

# LE MONOPOLE BANCAIRE ET FINANCIER À L'ÉPREUVE DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS ET DU NOUVEAU DISPOSITIF MiFID 2 ET MiFIR



**WADIE SANBAR**  
Avocat à la Cour  
Kramer Levin  
Naftalis & Frankel  
LLP

Les réformes du droit des contrats et du dispositif MiF ont affaibli, sur le plan international, le monopole bancaire et financier par la création de nouveaux accès au marché français au profit d'établissements étrangers. Ces derniers peuvent désormais adresser en France, pour signature, des offres de contracter à des clients qui en ont fait la demande. Par ailleurs, dès 2018, ces établissements pourront commercialiser passivement en France des services d'investissement ainsi que des instruments financiers et bénéficier d'un véritable passeport européen pour offrir ces services à des contreparties éligibles et des clients professionnels.

Il est devenu commun de dire que le monopole bancaire est en passe de tirer sa révérence. Et pour cause, le législateur a multiplié, ces dernières années, les exceptions au domaine réservé des établissements de crédit français ou bénéficiant du passeport européen. Ainsi, récemment, le périmètre de ce monopole a été réduit par trois fois. La loi Macron du 6 août 2015 a d'abord introduit le crédit interentreprises<sup>1</sup>. Par la suite, la loi de finances rectificative n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 a précisé que certains fonds d'investissement alternatifs (dits FIA) pourraient octroyer des prêts et a renvoyé à un décret les

conditions dans lesquelles ces crédits pourraient être mis en œuvre<sup>2</sup>. Enfin, l'Ordonnance du 28 avril 2016 n° 2016-520 relative aux bons de caisse a créé les minibons. Ces exceptions au monopole ont été longuement décrites et commentées par la doctrine<sup>3</sup>.

Ces dérogations paraissent toutefois limitées au regard des transformations majeures qu'a subies le droit français à la suite de deux réformes importantes, lesquelles portent substantiellement atteinte, dans un contexte plus international<sup>4</sup>, au monopole bancaire et à celui des prestataires de services d'investissement (dits PSI). La première brèche à ces monopoles a été réalisée au détour de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. La seconde est consécutive à la transposition<sup>5</sup> de la Directive n° 2014/65/UE du 15 mai 2014 (dite MiFID 2) par l'Ordonnance n° 2016-827 du 23 juin 2016 relative aux marchés d'instruments financiers, et à la promulgation du Règlement (UE) n° 600-2014 du 15 mai 2014 (dit MiFIR). Ces ouvertures des monopoles offrent de nouvelles perspectives aux banquiers et aux intermédiaires financiers étrangers.

1. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (JORF du 7 août 2015, texte n° 181).

2. Il s'agit du décret n° 2016-1587 du 24 novembre 2016 fixant les conditions dans lesquelles certains fonds d'investissement peuvent octroyer des prêts aux entreprises (JORF du 26 novembre 2016, texte n° 10). L'AMF a publié de son côté, le 27 juin 2016, une instruction relative à l'organisation des sociétés de gestion de portefeuille pour la gestion de FIA qui octroient des prêts (DOC-2016-02).

3. Voir notamment B. Dondero et C. Tabourot-Hyest, « Le crédit interentreprises est désormais opérationnel », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 21, 26 mai 2016, act. 443. E. Rogey, « Minibons : un nouvel instrument de financement participatif sous la supervision de l'AMF », *Bulletin Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juillet 2016, n° 07-08, p. 310.

4. Dans ce même contexte, nous avons évoqué, au début de cette année, un arrêt récent de la Cour de cassation qui ouvrirait déjà une brèche en reconnaissant implicitement que la capacité juridique seule des établissements étrangers non européens habilités à pratiquer des opérations bancaires et financières au lieu où ils sont implantés leur permettait d'étendre, sans agrément de l'ACPR, leurs activités en France. Soulignons, pour la suite de cette note, que la jurisprudence n'a pas encore pris expressément position sur une telle interprétation (W. Sanbar, « Réflexions sur la portée du monopole bancaire – À propos de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 juillet 2015 (n° 13-88.557) », *Banque et Droit* n° 165, janvier-février 2016, p. 34 à 38).

5. La transposition est faite dans le Code monétaire et financier (CMF).

Il conviendra, dès lors, d'examiner les nouvelles évolutions des monopoles résultant, d'une part, de la réforme du droit des contrats (I.) et, d'autre part, de la refonte du droit des marchés d'instruments financiers (II.).

## I. MONOPOLES ET RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Le nouvel article 1121 du Code Civil, tel qu'il résulte de l'Ordonnance du 10 février 2016, en consacrant la théorie dite de « la réception » dans les contrats entre absents (1.), produit des conséquences importantes pour les établissements étrangers, principalement sur le plan du monopole bancaire<sup>6</sup> et celui des PSI<sup>7</sup>, mais également en droit international privé de la consommation (2.).

### 1. La consécration de la théorie de la réception par le nouvel article 1121 du Code Civil

La Cour de cassation juge, de manière constante, que la formation en France d'un contrat relevant des monopoles bancaires et des PSI suffit, à elle seule et indépendamment des autres éléments de l'opération en cause, à localiser l'activité professionnelle d'un établissement étranger non passeporté sur le territoire français, conduisant à une violation du régime de ces monopoles<sup>8</sup>. Sous l'empire du droit antérieur, elle en déduisait qu'il était interdit à un banquier ou un intermédiaire financier étranger d'adresser depuis son pays à un client établi en France une proposition de contrat (pourtant sollicitée par ce dernier) puisqu'elle considérait que l'acceptation de cette offre sur le territoire français réputait le contrat conclu en France. À titre d'illustration, dans un arrêt en date du 7 janvier 2004, la Chambre commerciale a considéré qu'une opération de crédit avait été pratiquée en France, au motif que la banque « avait elle-même reconnu dans ses écritures avoir émis, depuis [l'étranger], par lettre recommandée avec accusé de réception adressée à la société [emprunteuse] dont il n'a jamais été discuté qu'elle était domiciliée en France, une offre de crédit que cette dernière lui avait retournée après l'avoir acceptée, ce dont il se déduisait que le contrat s'était formé en France et que [la banque étrangère] avait donc pratiqué en France des opérations de banque »<sup>9</sup>.

Pourtant, cette solution de la Cour de cassation ne s'imposait pas avec évidence au regard de la diversité de la jurisprudence de droit commun relative à la localisation d'un contrat conclu entre absents. En effet, celle-ci appliquait tantôt le système dit de « l'émission » selon lequel le contrat se forme au lieu où le destinataire de l'offre a pris la décision de l'accepter, tantôt le système dit de « la

réception », lequel admet que le contrat est parfait au lieu où l'acceptation parvient à l'auteur de l'offre<sup>10</sup>.

La solution retenue en matière de monopoles – qui privilégiait la première thèse – était doublement critiquable tant d'un point de vue théorique que pratique. D'un point de vue théorique, car les règles sur les monopoles présentent un caractère territorial et n'étendent pas leur emprise au-delà des frontières françaises. Si à la rigueur on comprend que la territorialité interdise à un banquier étranger d'émettre et de réceptionner des offres de contrats sur le territoire français<sup>11</sup>, rien ne devrait l'empêcher de répondre depuis l'étranger à une demande spontanément faite par un client à partir de la France. En outre, d'un point de vue pratique, la solution retenue par la Cour de cassation obligeait un client français qui souhaitait conclure un contrat bancaire ou financier avec un établissement étranger à se rendre au lieu d'implantation du banquier pour conclure le contrat. Une telle contrainte constituait à l'évidence un frein pour l'activité des établissements étrangers puisqu'un client n'est pas toujours enclin à se déplacer loin de son domicile ou de son siège en France pour les seuls besoins de conclusion d'un contrat.

L'article 1121 du Code civil, tel qu'il résulte de l'Ordonnance précitée du 10 février 2016, vient remédier à toutes ces difficultés. Il résulte en effet de ce texte – applicable à tout contrat conclu depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>12</sup> – que « le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue ». Cette solution essentielle, tant en droit interne qu'en droit international privé français, met un terme aux fluctuations jurisprudentielles susmentionnées et prend clairement parti, en ce qui concerne le moment et le lieu de la formation d'un contrat entre absents, pour la thèse de « la réception », ce qui aura des conséquences importantes pour les banques et les intermédiaires financiers étrangers.

### 2. Les conséquences de la théorie de la réception pour les établissements bancaires et financiers étrangers

La règle édictée par l'article 1121 du Code Civil a le mérite de remettre en cause la jurisprudence passée de la Cour de cassation en matière de monopole dans des situations de contrats conclus à distance. Désormais, à la suite d'une demande faite par son client depuis son domicile ou son siège français, une banque étrangère peut émettre une offre à partir de son lieu d'implantation ou d'un quelconque autre lieu hors du territoire français et l'adresser aux fins de signature à son client, lequel va donc recevoir cette offre en France, la signer et la lui retourner. Dans ce cas, le contrat sera réputé être conclu à l'étranger au moment où la banque étrangère aura réceptionné l'offre acceptée par son client. La formation du contrat étant intervenue en dehors du territoire français, l'activité de

6. Art. L. 511-5 du CMF.

7. Art. L. 531-10 du CMF.

8. Sur le critère de la formation du contrat comme critère de localisation, voir Wadie Sanbar et Hugues Bouchetemple, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières*, RB Édition, 2013, n° 156 et s.

9. Cass. com. 7 janv. 2004, n° 01-02481. Cette solution est constante et a été retenue notamment dans l'arrêt suivant : Cass. com. 4 juin 2002, n° 00-16915, note F.-J. Crédot et Y. Gérard, RDBF, 2002, p. 181. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait jugé que « l'offre de prêt, transmise à [l'emprunteur] par [la banque étrangère], avait été réceptionnée et acceptée par ce dernier à Paris, ce dont il résultait que le contrat était devenu parfait en France ».

10. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, l'acte juridique, Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2014, n° 158 et s.

11. Et encore, une telle interdiction n'a pas lieu d'être lorsque tous les autres éléments caractéristiques du service bancaire ou financier sont localisés hors du territoire français, ce qui est nécessairement le cas, compte tenu du critère de l'exécution (voir infra).

12. Art. 9 de l'Ordonnance.