

Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°5

**La juridictionnalisation
de la régulation bancaire et
financière**

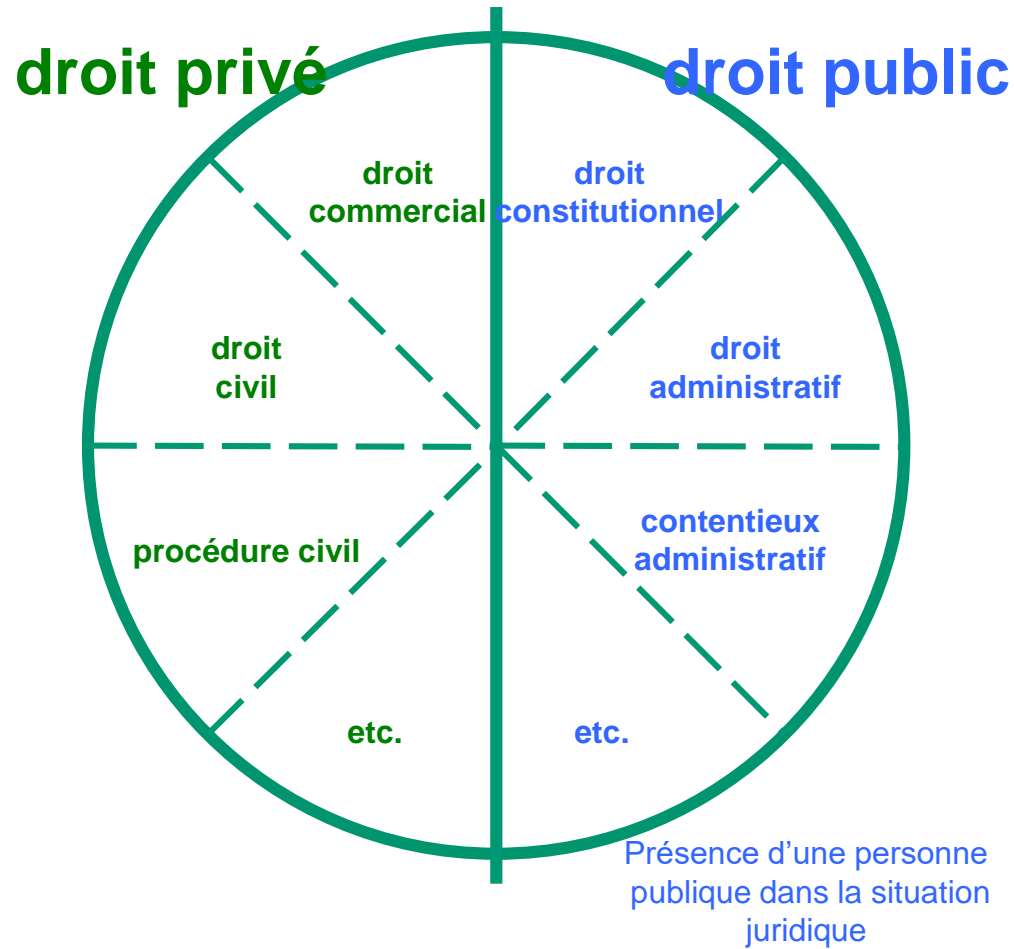
Mercredi 24 février 2016

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL « AU SENS EUROPÉEN »

1. La distance entre la conception française traditionnelle et le mouvement européen
 - Qualification juridique, définition et formalisme juridique
 - Le Droit est dans les mots

Méthodologie française des qualifications



Méthodologie française
des qualifications



Action en justice = droit
substantiel en état de guerre

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX
GARANTIES FONDAMENTALES DE
PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU
SENS EUROPÉEN

1. La distance entre la **conception française traditionnelle** et le mouvement européen
 - La duplication des branches procédurales par rapport aux branches de droit substantiel

Article 6, §1 CEDH :

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit **des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil**, soit du **bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle**.

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL « AU SENS EUROPÉEN »

1. La distance entre la conception française traditionnelle et le **mouvement européen**
 - Réveil de l’article 6 CEDH
 - La « matière civile » et la « matière pénale »
 - Impartialité

- Les idées mènent le monde
- La force des mots
- Le « droit au tribunal impartial
- Le « droit subjectif au tribunal
- Le droit au juge »
- Le droit à la justice »
- Le droit contre l'État »

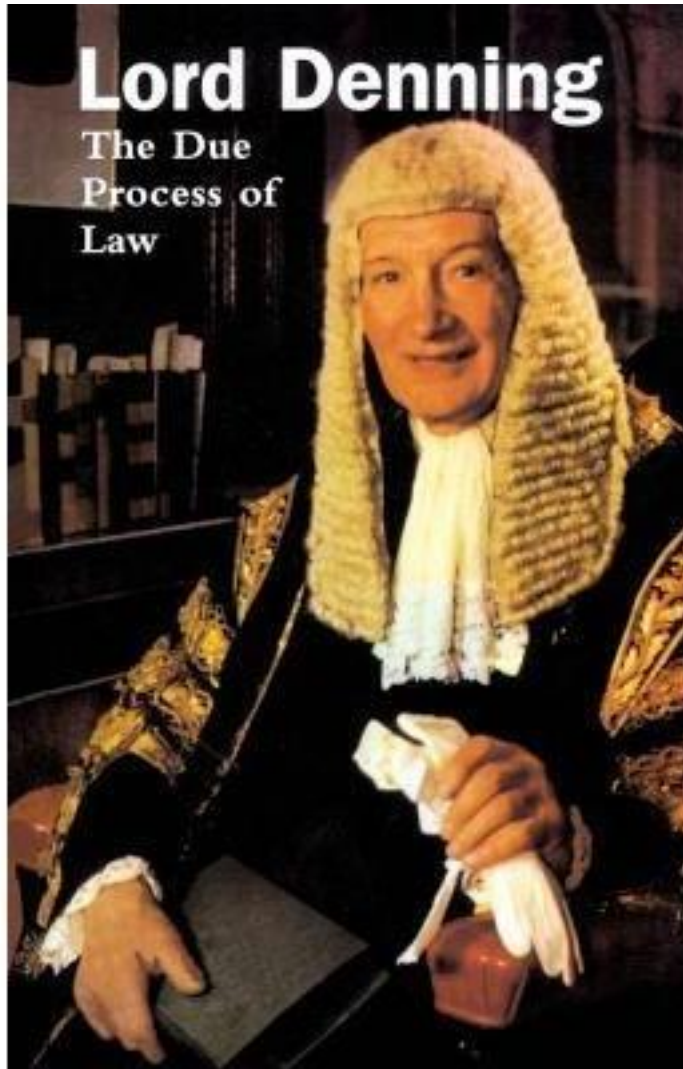
LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX
GARANTIES FONDAMENTALES DE
PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU SENS EUROPÉEN

1. La distance entre le droit français traditionnel et **le mouvement européen**

- **Le droit aux garanties fondamentales contre le pouvoir de répression par l'État légitime**





DÈLE
CTIONNEL’AFFIRMATION
GULATEUR COMME
NAL SOUMIS AUX
NTIES FONDAMENTALES DE
ÉDURE

... pénal et du droit pénal à la matière
... la matière pénale

... intègre à « l’impartialité
... »



Ass. Plén., 6
février 1999,
Oury

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA
RÉGULATION :
L’AFFIRMATION DU
RÉGULATEUR COMME
TRIBUNAL SOUMIS AUX
GARANTIES FONDAMENTALES
DE PROCÉDURE**

**A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL
AU SENS EUROPÉEN**

2. L'évolution chaotique des qualifications
 - Le choc provoqué par le juge judiciaire à propos du régulateur financier



**LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX
GARANTIES FONDAMENTALES DE
PROCÉDURE**

C.E., 3
décembre
1999, *Didier*

**A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU
SENS EUROPÉEN**

2. L'évolution chaotique des qualifications
 - L'ajustement de la jurisprudence administrative à propos du régulateur financier



CEDH., 23 juin
2009, *Dubus*

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA
RÉGULATION : L’AFFIRMATION
DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL
SOUMIS AUX GARANTIES
FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

**A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL
AU SENS EUROPÉEN**

2. L'évolution chaotique des qualifications
 - La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le superviseur bancaire



Cons. Const., 2
décembre 2011,
*Banque
populaire Côte
d'Azur*

I. **LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX
GARANTIES FONDAMENTALES DE
PROCÉDURE**

A. **LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU
SENS EUROPÉEN**

2. L'évolution chaotique des qualifications
 - **La condamnation par le Conseil
constitutionnel de l'impartialité objective de
la Commission bancaire**



- C.E., 11 avril 2012, *Banque populaire Côte d'Azur*
- Maintien des actes d'instruction
- Utilité des positions de principe ?

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU SENS EUROPÉEN

2. L'évolution chaotique des qualifications
 - **La position du Conseil d'État à l'égard des pouvoirs de l'ACPR**

- L'esprit du principe *Non bis in idem* :
- les « droits de la défense » et non pas l'efficacité

- CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens*
- Cons. Const., 18 mars 2015, *EADS*
- Cons. Const., 14 janvier 2015, *Alain D. et autres*

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU SENS EUROPÉEN

3. La saga *Non bis in idem*

- Saga, temps et insécurité juridique
- Civil Law et Common Law

- Impartialité personnelle subjective
- Impartialité personnelle objective
- Impartialité structurelle objective

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS

1. Les trois déclinaisons du principe d'impartialité

- La question qui demeure : le pouvoir d'auto-saisine
- Argument de l'efficacité
- L'habillage juridique : C.E., 20 octobre 2000, *Habib Bank*

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS

1. Les trois déclinaisons du principe d'impartialité

- Article 30 du Code de procédure civile
- A1.1 : *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.*
- A1.2 : *Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.*

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS

2. Le droit de protester

- **Contradictoire, droit de la défense, recours**

- Le clash *EADS*
- Effet pervers du qualificatif de « tribunal »



**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL
IMPRÉGNANT LA
RÉGULATION :
L’AFFIRMATION DU
RÉGULATEUR COMME
TRIBUNAL SOUMIS AUX
GARANTIES FONDAMENTALES
DE PROCÉDURE**

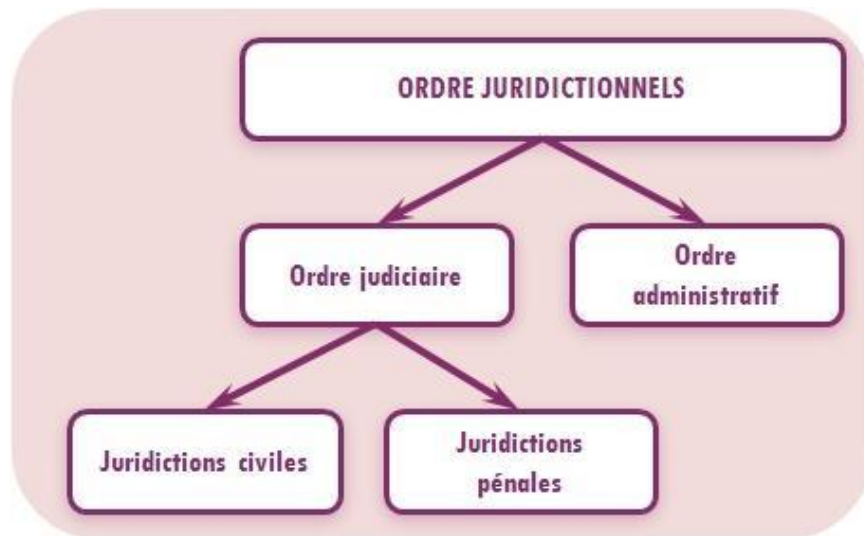
**B. LES GARANTIES
PROCÉDURALES DUES AUX
OPÉRATEURS**

3. Le droit de protester
- L'étrangeté du recours contre soi-même

- Poids des traditions
 - Lois des 16-24 août 1792
 - Consolidation dialectique par le Conseil constitutionnel
- Stratégies des opérateurs
- Stratégies institutionnelles

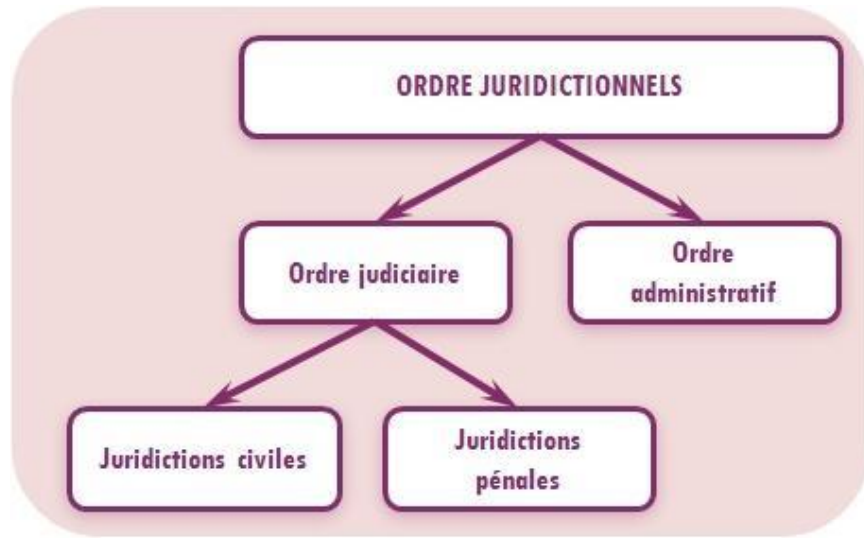
II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

A. LE JUGE DU RECOURS



1. Les difficultés liées à la spécificité française de la dualité des ordres de juridictions

- La dévolution des recours du contentieux des « abus de marché » au juge judiciaire
- La dévolution des recours du contentieux disciplinaires sur les professionnels au Conseil d'Etat



II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

A. LE JUGE DU RECOURS

1. Les difficultés liées à la spécificité française de la dualité des ordres de juridictions
 - La répartition progressive du contentieux

Est-ce tenable ?

- Trib. Conflits, 22 juin 1992, *Diamantaires d'Anvers*
- La Cour d'appel compétente en premier ressort...
- Dissociation droit processuel/Droit substantiel : nécessité d'une faute lourde

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

A. LE JUGE DU RECOURS

1. La mise en doute de sa nature de « juge du recours »
 - Le cas de la mise en cause de la responsabilité du régulateur
 - Élément essentiel du système général de régulation

Est-ce tenable ?

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LES JUGES « EN EMBUSCADE »



1. La Cour européenne des droits de l'homme
2. La Cour de justice de l'Union européenne
3. Le Conseil constitutionnel
4. Le juge pénal
5. Les arbitres

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LES JUGES « EN EMBUSCADE »

5. Les arbitres

- Exemple de « l'affaire Tapie »



- 15 février 1993 : vente des titres de la société Adidas,
- Ass. Plén., 6 octobre 2006,
- Sentence arbitrale, 7 juillet 2008

- C.E., 11 juillet 2011,
- Ouverture de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière,
- Ouverture de la procédure administrative devant la Cour de justice de la République,
- Ouverture de la procédure pénale pour escroquerie en bande organisée,
- Cons. Const., 24 octobre 2014, *Stéphane R.*,
- Paris, 17 février 2015, *CDR et autres c/ Tapie et autres*,

Article 5 du Code civil :

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER ?

1. La conception traditionnelle de l'autorité juridictionnelle en France : l'article 5 du Code civil



Jean-Claude Marin
Procureur general
près la Cour de cassation

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge



Jean-Marc Sauvé
Vice-Président
Du Conseil d'Etat

- Ce pour quoi est fait un juge ...
- Cas particulier ou grands d'un équilibres
- Appliquer les règles ou “évoquer” les grands débats
- Etre “aveugle” aux conséquences de son jugement ou intégrer les conséquences de celui-ci, voire être “conséquentialiste” ?

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge

- “Prendre en compte” ?
- Position de Posner
- Formation requise
- Prendre l'économie et la finance comme “norme internalisée”

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge

La place de l'Analyse Economique du du Droit

- “Prendre en compte” ?
- Position de Posner
- Formation requise
- Prendre l'économie et la finance comme “norme internalisée”

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge

La place de l'Analyse Economique du du Droit

- La juridiction parisienne comme juridiction économique et financière nationale
- Parquet financier national
- La “galerie financière”

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L’ambiguïté des « offices » du juge

L’enjeu pratique : la spécialisation

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge



Eliane Houlette
Procureur financier

- La déclaration de constitutionnalité difficile du Procureur financier par rapport à la compétence générale du Ministère public
- Le risque de derive du pouvoir de sanction des régulateurs et superviseurs vers le Procureur financier

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER

2. L'ambiguïté des « offices » du juge

L'enjeu pratique : la spécialisation

II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

C. PEUT-ON CONSIDÉRER D'UNE MÊME FAÇON LES DIFFÉRENTS JUGES ?

1. Le juge administratif, le juge commercial, le juge civil, le juge pénal

L'opinion publique ne voit que le juge pénal

- Existe-t-il vraiment un « dialogue des juges » ?



II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

C. PEUT-ON CONSIDÉRER D'UNE MÊME FAÇON LES DIFFÉRENTS JUGES

2. Le juge français, le juge européen, le juge américain



- Le juge est-il le signe du fonctionnement pathologique du droit bancaire et financier ?
- La juridictionnalisation est-elle le signe du fonctionnement pathologique du droit bancaire et financier ?