

Principes du droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2014

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°5

**La régulation bancaire et
financière et le juge**

Mercredis 12 et 19 mars 2014

Plan de la séance

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 »
- B. Les garanties procédurales dues aux opérateurs

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier

- A. Le juge du recours
- B. Le juge peut-il se considérer comme un régulateur bancaire ou financier ?
- C. Peut-on considérer d'une même façon les différents juges ?

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 »

a. De la conception traditionnelle française à l'impartialité qui se donne à voir

- Le régulateur, défini consubstantiellement comme une Autorité Administrative Indépendante (A.A.I.)
- Inapplicabilité de l'article 6 de la CEDH
- Ass. Plén., 6 février 1999, *Oury*
- C.E., 3 décembre 1999, *Didier*
- CEDH, 23 juin 2009, *Dubus C/ France*
- Cons. Const., 2 décembre 2011, *Banque Populaire Côte d'Azur*
- C.E., 11 avril 2012, *Banque populaire Côte d'Azur*

I. Le modèle juridictionnel imprégnant la régulation : l'affirmation du régulateur comme tribunal soumis aux garanties fondamentales de procédure (suite)

A. Le régulateur, tribunal au « sens européen » (suite)

b. L'amplitude de l'exigence d'impartialité

- La valeur constitutionnelle de l'impartialité
- Impartialité personnelle et structurelle ; impartialité subjective et impartialité qui se donne à voir
 - Le pouvoir d'auto-saisine

I. Le modèle juridictionnel imprégnant la régulation : l'affirmation du régulateur comme tribunal soumis aux garanties fondamentales de procédure (suite)

A. Le régulateur, tribunal au « sens européen » (suite)

c. Le préalable absolu de l'indépendance

- Indépendance du régulateur / indépendance du juge
- Dépendance du ministère public / problématique du Commissaire du Gouvernement
- Statut du procureur financier
- Pierre d'achoppement de l'action publique

I. Le modèle juridictionnel imprégnant la régulation : l'affirmation du régulateur comme tribunal soumis aux garanties fondamentales de procédure (suite)

B. Les garanties procédurales dues aux opérateurs

a. L'assistance d'un avocat

b. Le droit de former un recours contre la décision du régulateur

- L'incertitude sur la nature de l'acte de contestation : appel ou première instance
- L'incertitude lorsque c'est l'autorité qui agit

c. L'affaiblissement de la double qualification juge/autorité administrative

- C.E., 23 mai 2005, *Société Financière Hottinguer*

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier

A. Le juge du recours

a. L'incertitude de la dualité des ordres de juridiction

- L'embranchement entre la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'Etat
 - l'embranchement logique entre les juridictions (contrôle de légalité / contrôle des sanctions / contrôle des opérations sur le marché)
 - Attribution normative de la compétence : ex. compétence du Conseil d'Etat pour connaître du recours des sanctions contre les PSI
- Les lacunes textuelles
 - l'absence de ligne d'intelligibilité
 - intervention du Tribunal des conflits, ex. l'affaire des diamantaires d'Anvers

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier

A. Le juge du recours

a. L'incertitude de la dualité des ordres de juridiction

- La procédure devant la Cour d'appel de Paris
 - L'application analogique des dispositions de l'appel
 - « Juge du premier recours » ou régulateur comme juge ?
 - Présence du « juge » dans l'instance contestant son « jugement »
 - Objectivation de la procédure et importation des règles du contentieux administratif

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

b. Les juges « en embuscade »

- La Cour européenne des droits de l'Homme
 - CEDH, 11 juin 2009, *Dubus*
 - CEDH, 8 mars 2011, *Oury*
- La Cour de justice de l'Union européenne sur Question préjudicielle
 - Tribunal constitutionnel allemand, 7 février 2014
- Le Conseil constitutionnel
 - ACP, 13 mai 2010, *X*
 - Conseil constitutionnel, 5 juillet 2013, *Sté Numéricâble*
 - Tribunal constitutionnel allemand, 18 mars 2014, pacte européen de stabilité financière

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

b. Les juges « en embuscade » (suite)

- Les arbitres privés
 - Supplée l'absence de règlement des différends des régulateurs bancaires et financiers
 - Avantage de la confidentialité
 - Difficulté de l'arbitrabilité des litiges concernant l'État : exemple de « l'arbitrage Tapie »

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

c. Les contentieux « en étoile »

- Mixité du temps : grande rapidité et grande lenteur
- Mixité des organes : juridictions, gouvernements, régulateurs
- Importance de l'habilité stratégique des opérateurs
- Importance des avocats, des conseils et des experts privés

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

c. Les contentieux « en étoile » (suite)

- Premier exemple : l'affaire des commissions bancaires
 - Autorité de la concurrence, 20 septembre 2010, *Banque de France, BPCE, Banque Postale, BNP Paribas, Crédit mutuel, Crédit du Nord, CIC, LCL, HSBC, Société générale*, affaire dite « échange-image-chèque » :
 - ❖ Sanctions pour entente sur les commissions interbancaires
 - ❖ Sanction de commissions prises sur certaines opérations facturées aux clients (exemple : virement)
 - Paris, 23 février 2012 : réformation car l'entente n'avait pas un objet anticoncurrentiel et son effet anticoncurrentiel n'était pas démontré

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

c. Les contentieux « en étoile » (suite)

- Premier exemple : l'affaire des commissions bancaires (suite)
 - Pourvoi devant la chambre commerciale de la Cour de cassation
 - Les banques choisissent la stratégie de l'engagement (article L.464-2 du code de commerce)
 - 2012 :
 - ❖ Engagement des banques, à l'égard de l'Autorité de la Concurrence et désignation d'un tiers de confiance pour le suivi des engagements
 - ❖ Engagement de la Fédération Bancaire Française d'informer les « chefs de maisons » des banques de l'engagement pris par celles-ci

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

c. Les contentieux « en étoile » (suite)

- Deuxième exemple : l'affaire des dates de valeur
 - Jurisprudence coup de tonnerre de 1993.
 - Com., 31 mai 2011(un jour)
 - Pratique contractuelle
 - Rapport de la Cour des comptes
 - Position de l'ACP
 - = article L 131-1-1 du Code monétaire et financier

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

c. Les contentieux « en étoile » (suite)

- Troisième exemple : l'affaire naissante des droits de rediffusion télévisuelle du championnat de Ligue 1 de football
 - Système autorégulé : Association de la Ligue Professionnelle de Football (LPF), contrôlée par le Conseil d'Etat
 - Titularité de droits de propriété intellectuelle
 - Contrat avec des télévisions pour reproduire en exclusivité des matchs ; organisation par ensemble de matchs
 - Contrat en *ex ante*, juge *en ex post*, pas de régulateur spécifique
 - Annonce, 15 mars 2014, par la LPF de la nécessité d'une offre immédiate (deux ans avant l'attribution) et pour un « prix canon ». Justification : nécessité d'investissements à long terme par les clubs

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

A. Le juge du recours (suite)

c. Les contentieux « en étoile » (suite)

- Troisième exemple : L'affaire naissante des droits de rediffusion télévisuelle du championnat de Ligue 1 de football (suite)
 - Annonce par Canal+, 17 mars 2014, d'une saisine de l'Autorité de la concurrence
 - ❖ Question : qui est le régulateur ?
 - Les prétendants : la Ligue (qui est aussi opérateur)
 - L'Autorité de concurrence
 - Le CSA
 - Le juge administratif, le juge judiciaire

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

B. Le juge peut-il se considérer comme un régulateur bancaire ou financier ?

- a. **La conception traditionnelle de l'autorité juridictionnelle en France : l'article 5 et l'article 4 du Code civil**
- b. **Les décisions du juge interfèrent dans les grandes affaires financières :**
 - Mise sous séquestre d'actions en cours d'OPA
- c. **L'ambiguïté des offices du juge**
 - La pertinence de la distinction entre juge de *Civil Law* et juge de *Common Law*
 - La pertinence entre Hautes juridictions et juges du fond

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

C. Peut-on considérer d'une même façon les différents juges ?

- a. Le juge administratif et le juge commercial**
- b. La situation particulière du juge pénal**
- c. Le juge est-il le signe du fonctionnement pathologique du droit bancaire et financier ?**
 - La question de l'application dans le temps des positions jurisprudentielles nouvelles

II. Le rôle du juge en tant que tel dans le système bancaire et financier (suite)

C. Peut-on considérer d'une même façon les différents juges ? (suite)

- L'importation dans les méthodes du juge des méthodes du régulateur :
 - Le Rapport annuel comme *Guidelines*
 - La convergence des juges sur un objet commun
 - . Exemple du colloque commun en décembre 2014 sur les sanctions économiques entre le Conseil d'État et le Parquet général de la Cour de cassation
 - L'émergence d'une doctrine commune des juges sur la matière financière
 - La discussion autour du système « dialogue des juges » en matière financière