

Droits sectoriels de la Régulation

Cours du semestre de printemps 2018

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

**Le Droit sectoriel de
la Régulation bancaire et
financière:
Les buts**

Mercredi 10 avril 2019

I. ÉLÉMENTS DE BASE

II. QUESTIONS OUVERTES

III. UN CAS

- Caractère instrumental
/Toolbox
- Trouver l'objet = but
- Dessiner l'instrument (le droit)
- *Regulatory Designers*
- = les économistes écrivent le Droit de la Régulation et de la Compliance

I. ÉLÉMENTS DE BASE

Préalable :

Rappel du caractère téléologique des buts

- La finance est mondialisée

Intégrité des marchés
réglementés (marchés
boursiers)

-transparence

-information

-liquidité (« droit à la
liquidité »)

= convergence : IOSCO

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT DES SECTEURS EN POROSITE

1. Le but de la régulation financière

- La banque n'est pas mondialisée

Banque d'affaire / banque commercial

Conception

britannique/conception continentale

But = risque systémique = préservation de la monnaie (CJUE 14 juin 2015)

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT DES SECTEURS EN POROSITE

2. Le but de la régulation bancaire

Nouveau but assumé =
concurrence car innovation

Fin du monopole des
prestations

Digitalisation des prestations
bancaires et des prestations
financières : = passage de la
gouvernance des risques à la
gouvernance produits ?

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT DES SECTEURS EN POROSITE

3. Incidence de la digitalisation de l'espace bancaire et des prestations financières

Nouveau but assumé =
concurrence car innovation

Fin du monopole des
prestations

Digitalisation des prestations
bancaires et des prestations
financières : = passage de la
gouvernance des risques à la
gouvernance produits ?

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT DES SECTEURS EN POROSITE

3. Incidence de la digitalisation de l'espace bancaire et des prestations financières

Produits digitaux nouveaux :
monnaie virtuelle

Loi Pacte : mécanisme de
labellisation des cripty-assets
par l'AMF

La crypto-monnaie n'est pas
régulée car transformerait en
monnaie si adossée sur les
banquiers centraux

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT DES SECTEURS EN POROSITE

3. Incidence de la digitalisation de l'espace bancaire et des prestations financières

Prise de risque mutualisé

Technologie de la
centralisation des datas

Transfert sur l'Etat de la prise
en charge des dangers futurs
connus dès à présent (comme
pour la Responsabilité civile,
passée en Garantie)

I. ÉLÉMENTS DE BASE

B. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT LA CONCEPTION POLITIQUE DE LA BANQUE ET DE LA FINANCE

1. L'activité de crédit et d'assurance

Droit subjectifs des
débiteurs/contractants

Statut constitutionnel de la
liberté contractuelle

Interférence avec les « droits
subjectifs » :

- Droit au crédit ?
- Droit à l'introuvabilité de
l'information (droit à l'oubli
? Vie privée ?) *Loi pour une
République numérique*

I. ÉLÉMENTS DE BASE

B. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT LA CONCEPTION POLITIQUE DE LA BANQUE ET DE LA FINANCE

2. Interférence avec les droits subjectifs conférés par le Droit

Droit subjectifs des
débiteurs/contractants

Statut constitutionnel de la
liberté contractuelle

Interférence avec les « droits
subjectifs » :

- Droit au crédit ?
- Droit à l'introuvabilité de
l'information (droit à l'oubli
? Vie privée ?) *Loi pour une
République numérique*

I. ÉLÉMENTS DE BASE

B. DES BUTS HETEROGENES SUIVANT LA CONCEPTION POLITIQUE DE LA BANQUE ET DE LA FINANCE

2. Interférence avec les droits subjectifs conférés par le Droit

- Extension de la Régulation prudentielle, commune à la banque et la finance
- Passage de la « gouvernance opérateur » à la notion de « gouvernance produit »
- Gouvernance prudentielle des produits financiers
- Choc en retour sur les banques

I. ÉLÉMENTS DE BASE

B. LES FRONTIÈRES ENTRE FINANCE ET LE RESTE

1. Banque et Finance

- Risque systémique
- Identité avec la régulation bancaire ?
- Fusions institutionnelle et normative
- Seule distinction : origines des risques et des crises
- Mais divergences des buts ?
- Oui : « protection de l'épargne »

I. ÉLÉMENTS DE BASE

B. LES FRONTIÈRES ENTRE FINANCE ET LE RESTE

3. Le but de la Régulation financière

- La crise financière de 1920 aux Etats-Unis
- La finance comme source des risques et la volonté de les prévenir *Ex Ante*
- L'obligation des opérateurs de les prévenir sur ordre eux-mêmes
- La prévention « spontanée » des abus de marché

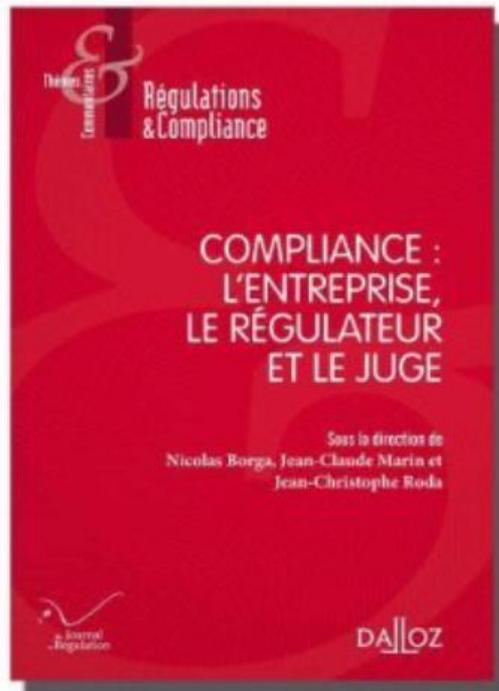
I. ÉLÉMENTS DE BASE

C. LE RETOURNEMENT DE LA REGULATION ENTRE LA FINANCE ET LES AUTORITES PUBLIQUES

1. Le mécanisme historique de la « Compliance »

Aujourd'hui, passage du « devoir négatif » au « devoir positif »

- Les opérateurs financiers relais de la lutte mondiale contre le blanchiment d'argent
- Les opérateurs financiers relais de la lutte mondiale contre la corruption
- Les opérateurs financiers relais de la lutte mondiale contre le changement climatique
- La suite ?



**Compliance :
l'entreprise,
le régulateur
et le juge**

Nicolas Borga,
Jean-Claude Marin et
Jean-Christophe Roda
9782247177912

44€

“Pour mieux comprendre ce qu'est la
compliance aujourd'hui et quels sont
ces acteurs.”

I. ÉLÉMENTS DE BASE

B. LES FRONTIÈRES ENTRE FINANCE ET LE RESTE

4. La fusion de la régulation et de la gouvernance : la *compliance*

II. QUESTIONS OUVERTES



1. La banque est-elle un établissement financier comme un autre ?



II. QUESTIONS OUVERTES

2. Le Droit de la régulation financière, dernier refuge de la vertu

II. QUESTIONS OUVERTES



3. La répression, signe de force ou signe de faiblesse dans la régulation financière mondiale

Article 41-1-2 du Code de procédure pénale (résultant de la loi dite « Sapin », dans la partie de la Loi relative à la Lutte contre la corruption et autres « manquements contre la probité »)

Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles [433-1](#), [433-2](#), [435-3](#), [435-4](#), [435-9](#), [435-10](#), [445-1](#), [445-1-1](#), [445-2](#) et [445-2-1](#), à l'avant-dernier alinéa de l'article [434-9](#) et au deuxième alinéa de l'article [434-9-1](#) du code pénal, pour le **blanchiment** des infractions prévues aux articles [1741](#) et [1743](#) du code général des impôts, ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion de celles prévues aux mêmes articles 1741 et 1743, de **conclure une convention judiciaire d'intérêt public imposant** une ou plusieurs des **obligations** suivantes :

- 1° **Verser une amende d'intérêt public au Trésor public**. Le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements. Son versement peut être échelonné, selon un échéancier fixé par le procureur de la République, sur une période qui ne peut être supérieure à un an et qui est précisée par la convention ;
- 2° Se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le **contrôle de l'Agence française anticorruption**, à un **programme de mise en conformité** destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article [131-39-2](#) du code pénal.
- Les **frais occasionnés** par le recours par l'Agence française anticorruption à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées, pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques, financières, fiscales et comptables nécessaires à sa mission de contrôle sont supportés par la personne morale mise en cause, dans la limite d'un plafond fixé par la convention ;

- La victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Elle transmet au procureur de la République tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice.
- Les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques. Ils sont informés, dès la proposition du procureur de la République, qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat avant de donner leur accord à la proposition de convention.

- **II.**- Lorsque la **personne morale** mise en cause donne son **accord** à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal de grande instance aux **fins de validation**. La proposition de **convention** est jointe à la requête. La requête contient un exposé précis des **faits** ainsi que la **qualification juridique** susceptible de leur être appliquée. Le procureur de la République informe de cette saisine la personne morale mise en cause et, le cas échéant, la victime.
- Le président du tribunal procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat. A l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la **conformité** du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et **la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements**. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à la personne morale mise en cause et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours.

- Si le président du tribunal rend une **ordonnance de validation**, la personne morale mise en cause dispose, à compter du jour de la validation, d'un délai de dix jours pour exercer son **droit de rétractation**. La rétractation est notifiée au procureur de la République par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si la personne morale mise en cause n'exerce pas ce droit de rétractation, les obligations que la convention comporte sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque.
- **L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation.**
- La convention judiciaire d'intérêt public n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire. Elle fait l'objet d'un **communiqué de presse du procureur de la République**.
- L'ordonnance de validation, le montant de l'amende d'intérêt public et la convention sont publiés sur le site internet de l'**Agence française anticorruption**.
- La **victime peut, au vu de l'ordonnance de validation, demander le recouvrement des dommages et intérêts** que la personne morale s'est engagée à lui verser suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le **code de procédure civile**.

III.- Si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention, si la personne morale mise en cause décide d'exercer son droit de rétractation **ou si, dans le délai prévu par la convention, la personne morale mise en cause ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations prévues**, le **procureur de la République met en mouvement l'action publique**, sauf élément nouveau. Si la convention a été conclue dans le cadre d'une information judiciaire, le dernier alinéa de l'article 180-2 est applicable. En cas de poursuites et de condamnation, il est tenu compte, s'il y a lieu, de l'exécution partielle des obligations prévues par la convention.

• Si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, le procureur de la République ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la personne morale au cours de la procédure prévue au présent article.

• A peine de nullité, le procureur de la République notifie à la personne morale mise en cause l'interruption de l'exécution de la convention **lorsque cette personne ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations prévues**. Cette décision prend effet immédiatement. Le cas échéant, elle entraîne de plein droit la restitution de l'amende d'intérêt public versée au Trésor public prévue au 1° du I. Elle n'entraîne cependant pas la restitution des éventuels frais supportés par la personne morale et occasionnés par le recours par l'Agence française anticorruption à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques, financières, fiscales et comptables nécessaires à sa mission de contrôle.