

# Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2019

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Leçon 4

**La Répression  
dans le Droit de la Régulation  
bancaire et financière**

Mercredi 20 février 2019

**I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DES SANCTIONS DANS LA RÉGULATION BANCAIRE ET FINANCIÈRE**

**A. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL, DONT LES SANCTIONS BANCAIRES ET FINANCIÈRES NE SERAIENT QU'UNE DÉCLINAISON**

**II. LE DÉPLOIEMENT D'UNE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE PROPRE À LA RÉGULATION BANCAIRE ET FINANCIÈRE**

**A. LA CONSTRUCTION PARALLÈLE DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE  
B. LA MISE EN PLACE D'UNE RÉPRESSION FINANCIÈRE À DEUX BRANCHES**

**III. LA TRANSFORMATION RADICALE DU DROIT PÉNAL FINANCIER : LA LOI « SAPIN II »**

**A. UN TRADUIT-COLLÉ  
B. LES CHANGEMENTS DE PLACE**

- Importance des **définitions** : qu'est-ce que la **répression** ?



classiquement = **Droit pénal**

**Mais la Régulation va métamorphoser le droit pénal et va internaliser la répression dans la Régulation**

En droit positif : **Pouvoirs de l'Autorité des Marchés Financiers**

Code **M**onétaire et **F**inancier (insertion en 2010) :

### **Composition administrative**

**Article R621-37-1** : La notification des griefs qui comporte la **proposition d'entrée en voie de composition administrative** est adressée à la personne mise en cause ...

Le destinataire dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de cette notification **pour se prononcer sur la proposition..**

**Article R621-37-2** : à compter de l'**acceptation** de la proposition d'entrée en voie de composition administrative, l'**accord** mentionné au troisième alinéa de l'article L. 621-14-1 est **conclu** dans un délai de quatre mois.

En droit positif : **Pouvoirs du procureur**

Code Pénal (insertion en 2016) :

**Convention judiciaire d'intérêt public**

**Article 41-1-2** : 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 ..... 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.....

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.

## Compatibilité ?

Entre un outil de « type **contractuel** » (accord pour organiser au mieux le futur pour la satisfaction de leurs intérêts) et

- La **Régulation** , comme ordre unilatéral donné en Ex Ante par l’Autorité publique
- La **Répression**, comme la sanction en Ex Post d’un comportement moralement reprochable, infligée à quelqu’un qui doit rendre des comptes pour une faute qu’il a personnellement faite et pour lequel il doit endurer une « peine »

Tout dépend de la **définition** de la **répression** dans le **système juridique**

Aujourd’hui, perte des « repères » : production de contentieux **constitutionnels**

## Conception classique



### **I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PENAL**

#### **A. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL, EXPRESSION DU PRINCIPE DE LIBERTÉ INDIVIDUELLE**

#### **B. LE DROIT PÉNAL, SANCTION D'UNE FAUTE PERSONNELLEMENT COMMISE**



- Base (principe /exception) : la liberté est le principe ; l'entrave à la liberté est l'exception
- La libre entreprise est une expression de la liberté
- L'entrave à la liberté d'agir économiquement doit être une exception
  
- Les entraves s'expriment par des interdictions de comportements : des « prohibitions »
- Les interdictions sont « anormales » : « nécessité » de la répression
- Il n'existe pas de « prescriptions de comportement ». Sinon, économie dirigée. Encore moins, assorties par une disposition répressive

**I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL**

**A. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL, EXPRESSION DU PRINCIPE DE LIBERTÉ INDIVIDUELLE**

1. Le principe de la sanction, comme expression moderne de l'homme libre

Conception classique



Qu'en reste-t-il ?

- Seul le « souverain » peut adopter des mesures répressives (exceptions légitimes au principe de liberté)
- Les « non-souverains » ne peuvent pas manier la répression (monopole de la violence)
- La personne doit connaître la sanction qu'elle encourt quand elle agit : **non-rétroactivité de la répression**
  
- **Interprétation *a contrario*** des règles répressives
- **Interprétation *ad favorem*** des règles favorables à la personne dans le sous-système répressif (**droits de la défense**)
- Apanage du **juge judiciaire** (en ce qu'il est constitutionnellement le défenseur des libertés individuelle contre l'Etat)
  
- Cœur inversé du Droit = **autonomie** du Droit pénal

**I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL**

**A. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL, EXPRESSION DU PRINCIPE DE LIBERTÉ INDIVIDUELLE**

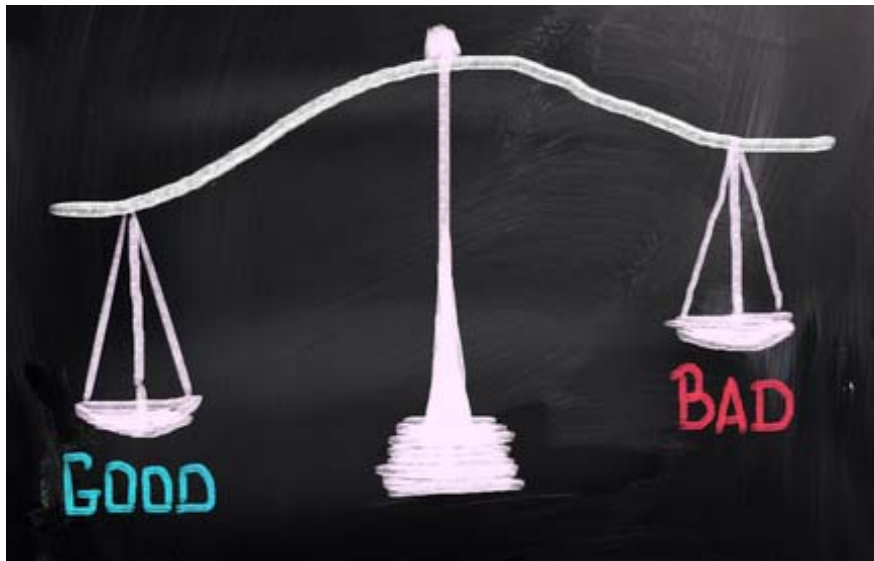
2. Les conséquences juridiques techniques de la sanction, expression moderne de l'homme libre

Conception classique



Qu'en reste-t-il ?

## I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL



### B. LE DROIT PÉNAL, SANCTION D'UNE FAUTE PERSONNELLEMENT COMMISE

1. Le principe d'un droit pénal, indissociable de l'aptitude à choisir entre le bien et le mal

## Les principes consubstantiels

- Si la sanction est l'effet imputé à la limite posée à la liberté de la personne liberté, autonome, rationnelle, Alors :
- Elle est attachée à la faute de celle-ci
- Nécessité de « l'aptitude » de l'acteur à être puni
  - Exclusion de l'enfant et du fou
  - Exclusion des organisations, des choses, des morts
- Exclusion de la responsabilité pénale du fait d'autrui
- *Summa divisio* entre Responsabilité civile et responsabilité pénale

## I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

### **B. LE DROIT PÉNAL, SANCTION D'UNE FAUTE PERSONNELLEMENT COMMISE**

2. Les conséquences techniques  
indissociables de l'aptitude requise à  
choisir entre le bien et le mal

## I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

- **La personnalité des délits et des peines**
- **La légalité des délits et des peines**
- Les trois éléments de l'infraction
  - Élément légal
  - Élément matériel
  - **Élément intentionnel**
- Exclusion de la responsabilité pénale du fait d'autrui
- La **preuve** de l'intention de mal faire
- La **protection procédurale** de la personne : la procédure comme entrave à la répression : le **juge**
- ***Non bis in idem***

## **B. LE DROIT PÉNAL, SANCTION D'UNE FAUTE PERSONNELLEMENT COMMISE**

**2. Les conséquences techniques  
indissociables de l'aptitude requise à  
choisir entre le bien et le mal**

*Que reste-t-il du Droit pénal face au principe d'efficacité sur lequel repose le Droit de la Régulation bancaire et financière?*

- **Le droit pénal : série d'obstacles à la répression** (hommage à la liberté + violence souveraine)
- La légalité des délits et des peines
- Les trois éléments de l'infraction
  - Élément légal
  - Élément matériel (*habeas corpus*)
  - **Élément intentionnel**
- Sauts d'obstacles **probatoires** ( pas de présomption)
- La **protection procédurale** de la personne : présomption d'innocence
- ***Non bis in idem***
- **Le droit pénal est constitutionnellement conçu comme « inefficace »**

Choc de culture et de finalité : le Droit de la régulation doit être efficace et servir les fins poursuivies par le système de régulation

Donc, l'inefficacité du droit pénal pose problème

Faut-il rejeter le droit pénal ?

Non, il faut mais il suffit de changer la définition de la « répression », qui ne passera plus par le « Droit pénal classique », mais par un droit pénal d'efficacité (responsabilité pénale des personnes morales) et par la répression administrative

## II. DES SANCTIONS PÉNALES SPÉCIFIQUES DANS LA RÉGULATION BANCAIRE ET FINANCIÈRE



### **A. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL GOUVERNÉ PAR L'EFFICACITÉ**

#### 1. Le blanchiment d'argent

**Article 324-1 du Code pénal** : Le **blanchiment d'argent** est le fait de **faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.**

Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un **concours** à une opération de **placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.**

Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.

## **II. DES SANCTIONS PENALES SPECIFIQUES DANS LA RÉGULATION BANCAIRE ET FINANCIÈRE**

### **A. LE DROIT PÉNAL SPECIAL GOUVERNE PAR L'EFFICACITE**

#### **1. Le blanchiment d'argent**



La métamorphose du délit du blanchiment d'argent : de l'incrimination accessoire d'un tiers à l'incrimination centrale de l'opérateur bancaire ou financier

### Au départ, moyen de se saisir de la criminalité sous-jacente

- Incrimination non-autonome
- Extension de la procédure répressive/réduction des droits de la défense
- Élaboration par textes internationaux
  - Conventions internationales
  - Textes européens
  - Textes américains
  - Liens avec la corruption, le trafic d'influence, le trafic de drogue, **le terrorisme**

## Conséquences juridiques de l'autonomie qui ont « justifié » celle-ci

- Non-nécessité de prouver ni même de poursuite de l'infraction sous-jacente
- Extension de la procédure répressive/réduction des droits de la défense
- Élément matériel : tout concourt pour dissimuler le produit direct ou indirect de l'infraction
- Élément intentionnel: « connaissance » du caractère frauduleux des fonds (fonctionnement « atypique » du compte = connaissance)
- = création et renforcement de l'obligation de déclaration de soupçon à Tracfin : passage de l'Ex Post pénal à l'Ex Ante d'efficacité
- Premier exemple du mécanisme plus général de Droit de la Compliance

- Internalisation de la répression dans l'opérateur économique
  
- Qui a l'information
- Qui a les moyens de sanctionner
  
- = Compliance

**II. DES SANCTIONS PÉNALES  
SPÉCIFIQUES DANS LA  
RÉGULATION BANCAIRE ET  
FINANCIÈRE**



**B. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL  
GOUVERNÉ PAR L'EFFICACITÉ**

2. Les abus de marchés (renvoi)

### III. DES SANCTIONS PÉNALES SPÉCIFIQUES DANS LA RÉGULATION BANCAIRE ET FINANCIÈRE



#### **C. UNE RÉPRESSION « REDOUBLÉE » PAR LA DUPLICATION EN DROIT ADMINISTRATIF**

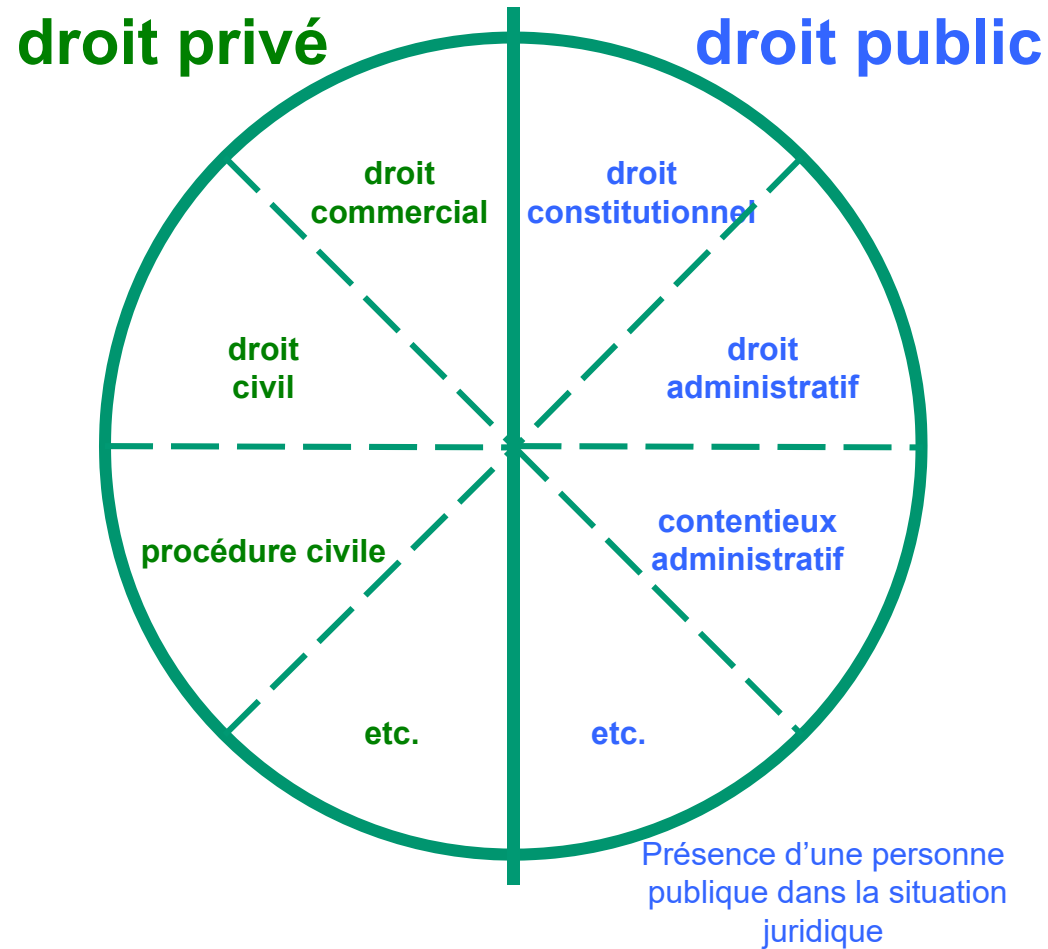
1. Dédoublement dans la sanction des comportements (renvoi)
2. Dédoublement entre le juge pénal et l’Autorité publique administrative

## IV. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR 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
  - Rappel du mécanisme général de 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

#### IV. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

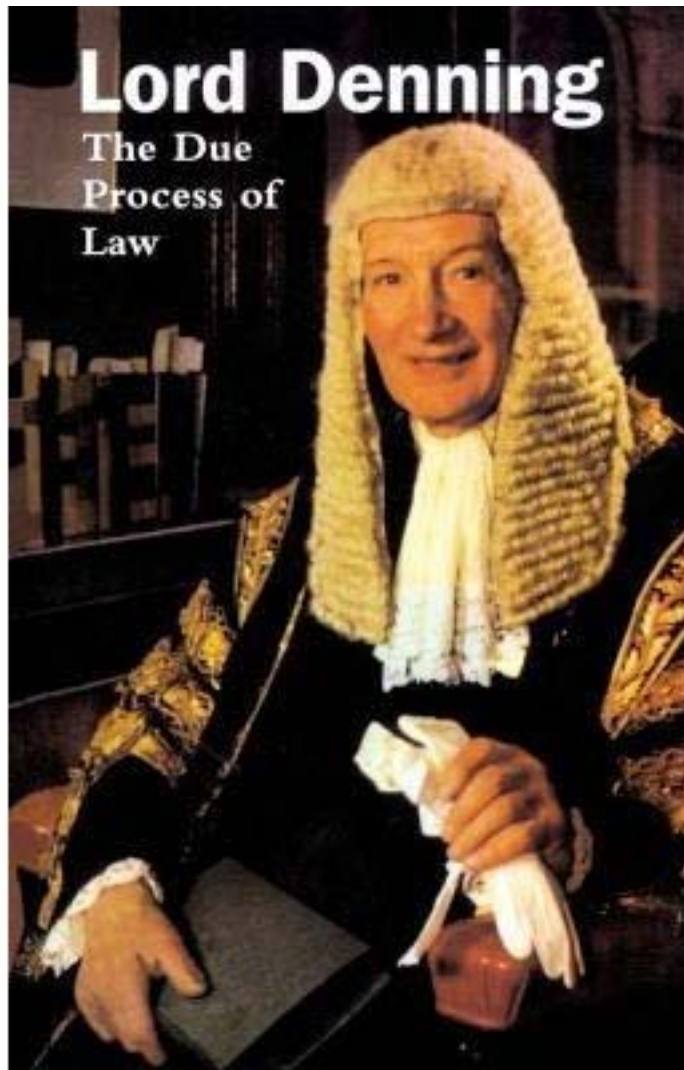
##### **A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL « AU SENS EUROPÉEN**

1. La distance entre la **conception française traditionnelle** et le mouvement européen
  - La duplication des branches procédurales par rapport aux branches de droit substantiel
  - Qu’est-ce qu’un « tribunal »



Le “réveil” de l’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**.



- Du droit civil et du droit pénal à la matière civile et à la **matière pénale**
- Du juge intègre à « **l'impartialité qui se donne à voir** (« **apparente** »)



Ass. Plén., 6  
février 1999,  
*Oury*

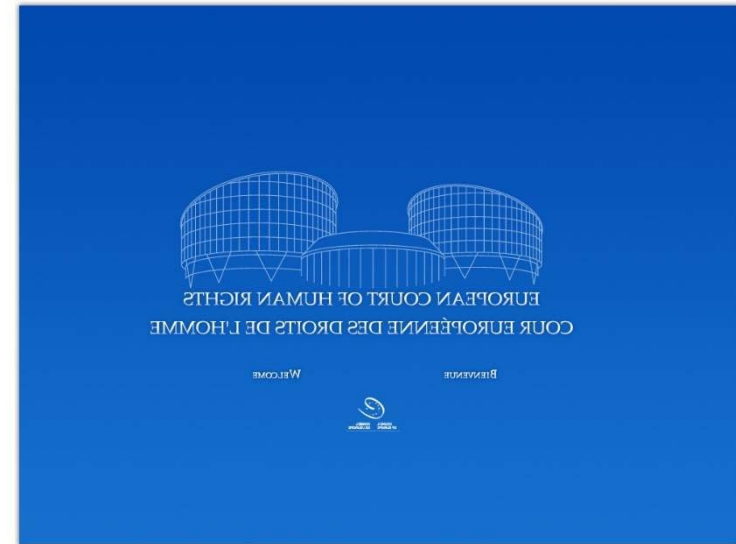
**IV. LA REVANCHE DU  
JURIDICTIONNEL PAR  
L’AFFIRMATION DU  
RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL  
SOUMIS AUX GARANTIES  
FONDAMENTALES DE  
PROCÉDURE**

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

2. Le choc provoqué par le juge judiciaire à propos du régulateur financier et la cascade de jurisprudence et réformes conséquences



C.E., 3 décembre 1999,  
*Didier*



CEDH., 23 juin 2009,  
*Dubus c/ France*



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

La suppression de la Commissions bancaire par  
la création de l'ACP (devenue depuis ACPR)  
par une Ordonnance de 2010, évolution  
chaotique des qualifications



Cons. Const.,  
18 mars 2015,  
*EADS*

Application de *Non bis in idem*

Loi du 21 juin 2016

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

**IV. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

**B. LES GARANTIES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES**

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 DÛES AUX OPÉRATEURS**

1. Les trois déclinaisons du principe d'impartialité



- Article 30 du Code de procédure civile
- Al.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*
- Al. 2 : *Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*

**IV. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

**B. LES GARANTIES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES**

2. Le droit de protester

- Connaissance du dossier, Contradictoire, droit de la défense, recours



- 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 ?