

# 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](mailto:mafr@mafr.fr)

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

# Leçon n°8

**Régulation bancaire et  
financière et contrat**

Mercredi 23 avril 2014

## Plan de la séance

### I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers

- A. Les contrats, corrélation des relations bancaires et financières bilatérales
- B. Les contrats, corrélation du fonctionnement du marché financier

### II. Les contrats à l'intérieur de la régulation

- A. Les contrats d'accès
- B. Le contrat, mode de régulation à la disposition du régulateur

## I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers

### A. Les contrats, corrélation des relations bancaires et financières bilatérales

#### 1. Rappel de la définition subjective traditionnelle d'un contrat

- L'article 1101 du Code civil : *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*
- L'autonomie de la volonté : philosophie des Lumières et conséquences techniques
  - Liberté de ne pas contracter et de contracter
  - Liberté de choisir mon cocontractant (concurrence)
  - Liberté de choisir ce à quoi l'on s'oblige
  - Force obligatoire entre les parties (article 1134 du Code civil)
  - Absence de contrainte sur les tiers (article 1165 du Code civil)

# I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers (suite)

## A. Les contrats, corrélation des relations bancaires et financières bilatérales (suite)

### 1. Rappel de la définition subjective traditionnelle d'un contrat (suite)

- La conception abstraite de l'autonomie de la volonté
- Appréciation des puissances contractuelles : opération entre opérateurs économiques d'égale puissance et opération entre opérateurs d'inégale puissance
- Volonté de rééquilibrer les puissances contractuelles :
  - Le consumérisme bancaire et financier
  - L'injection exogène de l'information de l'investisseur dans les contrats financier
  - Le régulateur, protecteur de la partie faible au contrat

# I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers (suite)

## A. Les contrats, corrélation des relations bancaires et financières bilatérales (suite)

### 2. La définition objective du contrat bancaire

- Le « contrat bancaire » et le « contrat financier », nouvelles sortes de contrats spéciaux
- Le contrat bancaire et financier, contrat de consommation (Loi *Dodd Frank*, du 23 juillet 2010)
- Le contrat bancaire et financier, contrat relationnel (contradiction avec la conception classique du contrat « coup de foudre » entre parties « infidèles »)
- Les contrats, socle des projets économiques et financiers : les ensembles contractuels

# I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers (suite)

## B. Les contrats, corrélation du fonctionnement du marché financier

### 1. Le contrat, expression de l'intermédiation financière

- Le contrat de gestion de portefeuilles de valeurs mobilières
  - Le portefeuille de valeurs mobilières, universalité fiduciairement confiée
  - La responsabilité contractuelle, outil judiciaire de régulation comportementales des banques
- Le contrat fait par les robots : le trading à haute fréquence
  - La déconnexion de la technologie par rapport à un système issu du droit romain
  - Aporie juridique
  - Solution faible : interdiction du trading à haute fréquence ou régulation fiscale (taxe Tobin)

# I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers (suite)

## B. Les contrats, corrélation du fonctionnement du marché financier (suite)

### 2. Les contrats, objets cessibles sur les marchés financiers

- Les cessions d'actions et d'obligations, cession de créance
- Les cessions de contrats : le contrat devenu bien
- La dislocation du contrat en valeur : les options
  - L'option contractuelle de vente (*put*) ou d'achat (*call*) et le pouvoir d'acheter ou de vendre un actif à un prix fixé (*strike*) à une date fixée (date de maturité)
  - Détachement de l'option par rapport au sous-jacent : dislocation du contrat de vente
- Contrat dépersonnifié, réifié et objet de marché

### 3. Le contrat mode d'organisation de la notation



# I. Les contrats à l'intérieur des secteurs bancaires et financiers (suite)

## B. Les contrats, corrélation du fonctionnement du marché financier (suite)

### 3. Le contrat mode d'organisation de la notation

- La notation, prestation demandée par un créancier sur un débiteur
- La notation, prestation demandée par un débiteur pour démontrer *erga omnes* sa solvabilité
- Contradiction avec le principe de relativité des contrats
- Conflit d'intérêt structurel de l'agence de notation dans une relation à trois personnes : le débiteur, le créancier passé et le créancier futur (l'investisseur)
- La responsabilité délictuelle des agences de notation
- Supervision des agences de notation (ESMA)

## II. Les contrats à l'intérieur de la régulation

### A. Les contrats d'accès

#### 1. L'accès au marché du pouvoir par le contrat de vente (OPA/OPE, clause de défense)

- OPA et OPE
  - Invention de la pratique : 1959, *Warburg*
  - Vente et achat procéduralisées par la loi, gouvernées par les principes directeurs de la vente et procéduralisés
  - Principe de l'égalité des compétiteurs : obligation des déclaration de franchissement de seuil ; analyse des « actions de concert »
  - OPA spontanée ou obligatoire
- Supériorité du principe de l'égalité et de liquidité du marché du pouvoir sur l'autonomie de la volonté

## II. Les contrats à l'intérieur de la régulation (suite)

### A. Les contrats d'accès (suite)

#### 2. L'accès au marché du financement par l'alternative banque / marché financier

- L'accès au marché financier
  - La liberté d'émettre des titres financiers
  - La liberté de construire des produits financiers sur les biens d'autrui (sous-jacent)
  - Limite de cette liberté contractuelle sur le sous-jacent d'autrui ? : exemple des sous-jacents agricoles et notion de « spéculation excessive »
  - Limité de la notion de liberté (virtualité) par rapport à la notion de droit subjectif (effectivité)

## II. Les contrats à l'intérieur de la régulation (suite)

### A. Les contrats d'accès (suite)

#### 2. L'accès au marché du financement par l'alternative banque / marché financier (suite)

- L'accès au crédit bancaire
  - Application de la théorie de l'autonomie de la volonté
  - Système de notation des entreprises demanderesses au crédit
  - Demande d'un fichier positif de la solvabilité des emprunteurs, Cons. Constit. 13 mars 2014, *loi relative à la consommation* : refus du Registre national des crédits aux particuliers, pour disproportion de l'atteinte à la vie privée par rapport au but poursuivi
  - Emergence d'un droit au crédit bancaire ?

## II. Les contrats, outils de régulation (suite)

### B. Le contrat, mode de régulation à la disposition du régulateur

#### 1. La qualification juridique de la composition administrative

- Article L 621-14 du Code monétaire et financier :
- Exemple « accord de composition administrative », AMF, 22 avril 2013, *Société Axiom Alternative Investments*
  - Accord entre le contrevenant et le Secrétaire Général de l'AMF
  - Nécessité d'homologation de l'accord par la Commission des sanction
  - Conséquence : sorte de « contrat judiciaire

## II. Les contrats, outils de régulation (suite)

### B. Le contrat, mode de régulation à la disposition du régulateur (suite)

#### 2. L'avenir incertain du contrat dans le système bancaire et financier