

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

Cours n°4

**Régulation bancaire et
financière et répression**

Mercredi 12 février 2014

Plan de la séance

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
- B. La construction parallèle de la répression administrative

II. La sanction, outil non-autonome de la régulation bancaire et financière

- A. La répression économique objective
- B. Le cumul de répressions aux principes directifs hétérogènes

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

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre

a. Le pénal, exception attestant du principe de liberté

- Principe constitutionnel de la présomption d'innocence
- Droit « actif » à travers un procès
- Droit posant des interdictions et non des prescriptions
- Principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines
- Nécessité de la loi pénale
- Interdiction de la répression « arbitraire
- Clarté de la loi pénale
- Non-rétroactivité de la loi pénale et rétroactivité *in mitium*
- Interprétation *a contrario* et analogie *ad favorem*
- Exclusivité du pouvoir judiciaire

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

b. Le pénal, indissociable de l'aptitude à choisir entre le bien et le mal

- La sanction comme peine : la punition d'une faute
- Nécessité d'une culpabilité
- Irresponsabilité de l'enfant et du « fou »
- Distinction majeure avec la responsabilité civile

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 (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

b. Le pénal, indissociable de l'aptitude à choisir entre le bien et le mal (suite)

- Lien entre la gravité de la faute et de la peine
 - ❖ *In abstracto* : crime, délit, contravention
 - ❖ *In concreto* : corrélation dans le texte (Cons. Const., 4 décembre 2013, loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière)
 - ❖ Pouvoir du juge
- Principe de la personnalité des délits et des peines
 - ❖ Révolution de la responsabilité pénale des personnes morales
 - ❖ Transformation vers un droit pénal « efficace »

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 (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

b. Le pénal, indissociable de l'aptitude à choisir entre le bien et le mal (suite)

- Lien entre la gravité de la faute et de la peine
 - ❖ *In abstracto* : crime, délit, contravention
 - ❖ *In concreto* : corrélation dans le texte (Cons. Const., 4 décembre 2013, loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière)
 - ❖ Pouvoir du juge
- Principe de la personnalité des délits et des peines
 - ❖ Auteur, co-auteur, principe
 - Efficacité du système des repentis
 - ❖ Révolution de la responsabilité pénale des personnes morales
 - ❖ Transformation vers un droit pénal « efficace »

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

c. Les trois éléments consubstantiels : l'élément légal, l'élément matériel, l'élément moral

- L'élément légal
- L'élément matériel
 - ❖ Commission de l'acte
 - ❖ Difficulté des commissions constituées par des abstentions
 - ❖ L'équivalence de la tentative et de l'acte accompli
 - ❖ Difficulté du fait de l'immatérialité du droit pénal bancaire et financier (exemple : fausse information ; initié)

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

c. Les trois éléments consubstantiels : l'élément légal, l'élément matériel, l'élément moral (suite)

- L'élément matériel (suite)
 - ❖ Centre : preuve de l'élément matériel : repentir, présomption
 - ❖ Standard flou
 - ❖ = tendance au renversement de la charge de preuve

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

c. Les trois éléments consubstantiels : l'élément légal, l'élément matériel, l'élément moral (suite)

- L'élément moral
 - ❖ Exigence d'intentionnalité
 - ❖ Dol général
 - ❖ Dol spécial
 - ❖ Constitution d'un droit pénal économique objectif : la matérialité prouve l'intention : l'intérêt présume l'intention

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

1. La sanction, expression moderne de l'homme libre (suite)

d. L'autonomie du droit pénal

- Principe du droit classique
 - ❖ Autonomie des qualifications pénales
 - ❖ Autorité absolue des jugements répressifs
 - ❖ Le criminel tient le civil et l'administratif en l'état
- Conception du droit pénal économique comme outil d'efficacité du droit économique

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

a. L'application du droit pénal « spécial-général »

- L'escroquerie,
 - ❖ articles 313-1 et suivants du Code pénal
 - ❖ Exigence de manœuvres frauduleuses
 - ❖ Remise de fonds, valeurs ou services
 - ❖ Préjudice subi par la victime (jurisprudence restrictive)

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

a. L'application du droit pénal « spécial-général » (suite)

- L'abus de confiance
 - ❖ Articles 314-1 et suivants du Code pénal
 - ❖ Contrat ou application de lois ou de règlements
 - ❖ Remise de fonds, valeurs ou biens même immatériels (information)

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

a. L'application du droit pénal « spécial-général » (suite)

- L'abus de faiblesse
 - ❖ Article 223-15-2 du Code pénal
 - ❖ Abus frauduleux de la faiblesse ou de l'ignorance d'autrui
 - ❖ Obtention d'un comportement préjudiciable à la victime

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial »

- **L'abus de biens sociaux**

- ❖ Articles L. 241-3 (SARL) et L242-6 (SA) du Code de commerce
- ❖ Délit d'intérêt privé
- ❖ Usage des biens ou des crédits de la société dans un intérêt contraire à celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou un autre entreprise dans laquelle le mandataire social a un intérêt direct ou indirect
- ❖ Intérêt matériel ou moral
- ❖ Recel d'abus de biens sociaux
- ❖ Équivalence associé-marché
- ❖ Délit d'intérêt public
- ❖ Loi relative à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013, article 27 : peine complémentaire : interdiction d'exercer une fonction publique

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial » (suite)

- Le blanchiment d'argent, article 228-38 du Code pénal
 - ❖ Conçu pour le trafic de drogues, extension à tout crime et délit
 - ❖ Elaboration principalement par convention internationale et directe européenne (abandon de l'idée régalienne du droit pénal)

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial » (suite)

- Le blanchiment d'argent, article 228-38 du Code pénal
 - ❖ Trois éléments :
 - l'infraction préalable dont l'argent est blanchi (crim., 21 février 2010 : non nécessité de poursuite, non nécessité que l'infraction soit commise en France)
 - Elément matériel : tout concours pour dissimuler le produit direct ou indirect de l'infraction
 - Elément intentionnel « connaissance du caractère frauduleux des fonds. Présomption par usage de standard : banque et fonctionnement atypique des compte crim., 8 avril 2010 – lien avec l'obligation positive de déclaration de soupçon
 - Internalisation de la répression des délits et des crimes sous-jacents dans les banques

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial » (suite)

- L'abus de marché : qualification générique pour l'ensemble des infractions visant des investisseurs boursiers ayant déformé indument les règles du marché financier :
 - Regroupement opéré par la Directive « Abus de marché » de 2003 et Règlement de 2011
- ❖ Article L465-1 du Code monétaire et financier : le délit d'initié se définit comme l'exploitation d'une « information privilégiée » pour réaliser ou permettre de réaliser sur le marché boursier une opération avant les autres. Nature « d'information privilégiée », preuve de l'information privilégiée (initié primaire) Contestation économique du bien-fondé de la sanction de délit d'initié

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial » (suite)

- Abus de position dominante : non-déclaration d'un franchissement de seuil sur le marché d'action ou d'instrument dérivé (part du marché « tel qu'il peut imposer son prix au reste du marché » :
 - analogie avec la concurrence
 - caractère vague de la qualification

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial » (suite)

- Obligation de déclaration de soupçon
 - passage de l'interdiction au prescriptif
 - Conséquence du jeu des présomptions (blanchiment d'argent)
 - Obligation de déclaration de soupçon pour le blanchiment (problématique des secrets professionnels)
 - Obligation de déclaration de soupçon pour abus de marché
 - Transformation des établissements bancaires et financier en auxiliaire de l'Etat
- La diffusion de fausses informations
- La manipulation de cours
- La non-déclaration de franchissement de seuil (prise de contrôle rampante)

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

A. Le droit pénal général, dont les sanctions bancaires et financières ne seraient qu'une déclinaison (suite)

2. Le droit pénal bancaire et financier (suite)

b. Le développement d'un droit pénal « spécial-spécial » (suite)

- Abus de position dominante : non-déclaration d'un franchissement de seuil sur le marché d'action ou d'instrument dérivé (part du marché « tel qu'il peut imposer son prix au reste du marché » :
 - analogie avec la concurrence
 - caractère vague de la qualification
- Obligation de déclaration de soupçon
- La diffusion de fausses informations
- La manipulation de cours
- La non-déclaration de franchissement de seuil (prise de contrôle rampante)

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

B. La construction parallèle de la répression administrative (suite)

1. La sanction dans la *Toolbox* du régulateur

- a. L'efficacité de la sanction
- b. Montant, visibilité, exemplarité, efficacité : retour à l'Ancien Régime
- c. Continuité entre l'*ex post* et l'*ex ante*

I. Les principes directeurs des sanctions dans la régulation bancaire et financière (suite)

B. La construction parallèle de la répression administrative (suite)

2. La dégradation des sanctions

- a. Le personne morale, apte naturellement à la sanction**
- b. Le développement des preuves par présomption**

II. La sanction, outil non-autonome de la régulation bancaire et financière

A. La répression économique objective

1. **La confluence entre la répression et la *Compliance***
2. **La preuve par présomption : le cas LVMH / Hermès (25 juin 2013)**
3. **Les droits de la défense**
4. **Le remplacement de l'*ex post* par l'*ex ante* : l'engagement (les commissions bancaires)**

II. La sanction, outil non-autonome de la régulation bancaire et financière (suite)

- B. Le cumul de répressions aux principes directifs hétérogènes
 - 1. Le recul de la règle *non bis in idem*
 - 2. Le délit d'initié et le manquement d'initié
 - 3. L'utilisation des pièces d'une instance à l'autre