UNIVERSITE DE VILLETANEUSE

FACULTE DE DROIT

THESE : NECESSITE ET EFFICACITE DU CONTRÔLE DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT EN FRANCE

Madame Germaine AGBESSI

DIRECTEUR DE THESE
Madame Le Professeur émérite Pascale BLOCH

UNIVERSITE DE VILLETANEUSE

FACULTE DE DROIT

THESE : NECESSITE ET EFFICACITE DU CONTRÔLE DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT EN FRANCE

Madame Germaine AGBESSI

DIRECTEUR DE THESE

Madame Le Professeur émérite Pascale BLOCH

MEMBRES DU JURY

Prénom Nom
Patrick BARBAN
Professeur de droit privé Université Paris 2

Prénom Nom
Pascale BLOCH
Professeur émérite Université Paris 13, directrice de la thèse

Prénom Nom
Valérie DEPADT
Maître de conférences, HDR, Université Paris 13

Prénom NOM
Haritini MATSOPOULOS
Professeur de droit privé Université Paris Sud Jean Monnet
Rapporteur

Prénom Nom
Stéphane PIÉDELIÈVRE
Professeur de droit privé Université Paris 12
Rapporteur

Prénom NOM
Philippe ROUSSEL-GALLE
Professeur de droit privé Université Paris Descartes

A ma mère.

Je remercie ma directrice Madame Le Professeur émérite Pascale BLOCH pour ses conseils, ses encouragements et sa disponibilité.

Je remercie Monsieur le Doyen Didier GUEVEL qui m'a donné l'opportunité et la chance de faire ce travail.

Je remercie Anne GRIMAL, Azzedine EL FAÏDI, mes amis pour leur aide précieuse dans l'élaboration du travail.

Résumé et mots-clés

Résumé en français

« Nécessité et efficacité du contrôle des établissements de crédit en France »

En raison du rôle et de l'importance particulière dans l'économie des établissements de crédit, leur activité est soumise à des obligations spécifiques découlant de règles dites « prudentielles » et à un contrôle de leur respect exercé par les pouvoirs publics pour assurer la stabilité financière et la protection des clients.

Dans l'intérêt général, il est nécessaire que les clients des établissements de crédit soient assurés de recouvrer leurs dépôts à vue et à terme mais ceux-ci n'ont pas suffisamment d'informations pour apprécier avec précision la solvabilité de l'établissement de crédit où ils effectuent leurs dépôts. De surcroît, les pouvoirs publics, pour des raisons économiques, cherchent à maîtriser la distribution de crédits.

La crise de 2008 a mis en exergue le rôle des banques dans l'économie réelle et la conséquence de leur prise de risque excessive.

L'étude de l'évolution de la règlementation soumise aux établissements de crédit montre que le législateur a tardé à intervenir pour règlementer et mettre en place des organes indépendants et efficaces et des règles gouvernementales de supervision.

Les contrôles sont nécessaires pour sauvegarder la stabilité et la sécurité financière qui supposent de plus en plus d'interventions de l'État français, d'ailleurs en coordination avec d'autres instances européennes et internationales pour faire face à l'aggravation des risques bancaires.

Face à l'impossibilité pour l'État de tout réguler lui-même dans le secteur bancaire, il a fait le choix d'une délégation de pouvoirs à l'ACPR, autorité administrative indépendante chargée du contrôle bancaire.

Mais le contrôle est rendu difficile car les règles à respecter sont trop nombreuses et parfois techniques. Elles sont élaborées par des professionnels. Elles évoluent et se renforcent en fonction des crises économiques.

La multiplicité et le champ d'application très large de la réglementation compliquent encore la mise en œuvre du contrôle des établissements. De surcroît, les décisions de l'ACPR, font l'objet de recours pour faire obstacle aux sanctions prononcées par cet organe de contrôle.

Du fait de la composition de l'ACPR, les contrôles des établissements de crédit sont faits principalement par leurs pairs, les sanctions pécuniaires ne sont pas suffisamment dissuasives, c'est-à-dire proportionnées aux préjudices causés.

Le contrôle fait donc apparaître des insuffisances qui sont parfois comblées par d'autres autorités administratives chargées de la surveillance du secteur bancaire : Autorité des marchés financiers (AMF), Autorité de la concurrence, CNIL[1]).

Pourtant des solutions existent : responsabilité des établissements de crédit dans la prise en charge de leur capital, renforcement des pouvoirs de l'ACPR, aggravation de la répression et des sanctions de certaines infractions économiques…

Mots-clés en français

Solvabilité, crédit, épargne, investissements, effet de levier, contrôle, auto contrôle, soft law, réglementation prudentielle, ratios de solvabilité, règles européennes, Bâle III.

Summary and keywords

Title

« Necessity and effectiveness of the control of crédit institutions in France »

Abstract

Due to the special role and importance in the economy of credit institutions, their activity is subject to specific obligations called "prudential rules" and to a control of their compliance by the public authorities to ensure financial stability and consumer protection.

It is necessary that customers are assured to recovering their deposits but they do not have sufficient information to assess the credit worthiness of the credit institution.
In addition, government, for economic reasons seek to control credit distribution.

The 2008 crisis highlighted the role of banks in the real economy and the consequence of their excessive risk taking.

The study of the evolution of the rules submitted to credit institution shows that the legislator has been slow to intervene in setting up independent and efficient governmental rules of supervision.

The controls are necessary to safeguard the stability and the financial security which suppose more and more interventions of the French government in coordination with other European and international authorities to face the aggravation of the banking risks.
Face to the impossibility for the State to regulate everything itself in the banking sector, he chose a delegation of powers to the ACPR, an independent administration Authority in charge

[1] CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

of banking supervision. But the control is made difficult because the rule to be respected are too numerous and sometimes technical. Professionals develop them.
They evolve and strengthen according to economic crisis.
The multiplicity and the very large broad scope of the regulation make it even more difficult to implement the control of credit institutions.
More over, the decisions of the ACPR are the objet of appeals to hinder the sanctions pronounced by the organ of control.

Because of the composition of the ACPR, the control of the credit institution are mainly done by their peers; professionals in the banking and insurance sector are involved in the development and implementation of the regulation they have to apply.

The financial penalties are not sufficiently dissuasive, that is to say proportionate to the damage caused.

The audit therefore reveals deficiencies that are sometimes filled by other administrative authorities responsible for the supervision of the banking sector: AMF, French competition authority, national commission for information technology and individual liberties (CNIL).
.
Yet solutions exist: responsibility of credit institutions in the assumption of their capital, strengthening the power of the ACPR, aggravation of the repression and the sanctions of economic infractions.

Keywords

Solvency, crédit, savings, investments, leverage, control, self controlling, soft law, prudent regulations, solvency ratios, european regulation, Base 3.

Résumé et mots-clés 5
Summary and keywords 6
Principales abréviations 14

Introduction GÉNERALE 17

PARTIE I. LA NECESSITE DU CONTRÔLE POUR LA MAÎTRISE DES RISQUES BANCAIRE 35

TITRE : I ÉVOLUTION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE 37

CHAPITRE I : LA REFORME DU CONTRÔLE BANCAIRE ET LA CONJONCTURE ECONOMIQUE 39

Section 1 : La mise en place progressive des autorités de contrôle 41

§ 1 : Les premières structures de contrôle 43

A – Une organisation centralisée avec les acteurs économiques 44

1 – Constitution d'une association professionnelle des banques 44

2 – Obligation de regroupement par catégories 45

3 – Supervision 46

a) Attributions du Conseil 48

b) Centralisation des risques 49

4- Le contrôle par le décloisonnement des activités des établissements de crédit 51

5 - Une nouvelle organisation du contrôle des établissements de crédit 52

B - La professionnalisation du contrôle 53

§ 1 : Avant 2008 53

a) Composition : 53

b) Missions : 54

2 – Le Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement 54

a) Composition 55

b) Missions 55

3 – La Commission Bancaire 55

a) Composition 56

b) Missions 57

4 – Le Collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier 58

a) Composition 58

b) Missions 58

§ 2 : Après la crise de 2008 59

Section 2 : Les réactions face aux situations de crise 63

§ 1 : Les comportements à risques 65

A – Comportements à risque des banques 65

B – Comportement à risque des entreprises 66

§ 2 : L'évolution face aux crises 68

1 – La crise de 1929 69

2 – 1992-1992 : La crise du système monétaire européen 72

3 – La crise des années 1997-1998 75

4 - La crise des Subprimes 77

CHAPITRE II : L'EVOLUTION DE LA RÈGLEMENTATION ET DES MARCHÉS DE CAPITAUX 80

Section 1. L'évolution de la réglementation 82

§ 1 : Les accords du Comité de Bâle 83

A - Bâle 1 : Les recommandations prudentielles 83

B - Bâle II : Transparence et responsabilisation pour réduire les risques 89

C - Bâle III, les nouvelles exigences prudentielles 95

1 – Critiques des dispositions de Bâle II 95
2 – Renforcement de la solvabilité et réduction de la pro cyclicité 97
§ 2 : Les décisions prises par le G 20 100
1 – La régulation des marchés 100
2 – Contrôle et sanction des agences de notation. 101
§ 3 : La réglementation Européenne 102
Section 2 : L'évolution des marchés de capitaux et ses conséquences 106
§1 : Un nouveau mode de financement et ses limites 107
A – Le financement par titrisation 108
B – Les limites du financement par titrisation 109
§ 2 : Les conséquences sur l'économie réelle 111
A – La pénurie de capitaux 112
B – Contagion à l'économie réelle 113
TITRE II : L'ORGANISATION DES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT 117
CHAPITRE I : LE CONTRÔLE INTERNE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT 121
Section 1 : Constitution et fonctionnement des établissements de crédit : règles spécifiques 121
§ 1 : Pour la création de la société 122
A – Une condition de fond : l'obtention de l'agrément. 122
1 – Les modalités de l'agrément 122
2 – La portée de l'agrément 126
B – Les autres conditions : structure de contrôle interne, adéquation des fonds propres et règles de publicité 127
1 – Mise en place d'une structure de contrôle interne 127
2 – Adéquation des fonds propres 128
3 – Les règles de publicité 130
§ 2 : Au cours de la vie sociale 132
A – La singularité de la direction de l'établissement de crédit 133
1 – Dans la mise en place d'un contrôle interne permanent des risques 133
2 – Et d'un contrôle périodique de conformité 135
B – Les responsabilités spécifiques de la Direction générale 138
Section 2 : La surveillance par les commissaires aux comptes et le comité d'audit 140
A – Le commissaire aux comptes : un surveillant permanent du fonctionnement 140
1 – Une organisation hiérarchisée 142
2 – Qui justifie une mission de vérification et de certification des comptes 143
Pour effectuer les vérifications, les commissaires dispose de pouvoirs d'investigation.. 144
3 – Facilitée par des pouvoirs d'investigation 144
4 – exercée en totale indépendance 146
B – Le Comité d'audit : une surveillance des procédures mises en place dans le cadre du contrôle interne 148
1 – Des exigences quant à sa composition 149
2 - Pour atteindre les objectifs qui lui sont fixés 151
CHAPITRE II : LE CONTRÔLE INTERNE RENFORCÉ PAR LE CONTRÔLE EXTERNE DE L'ACPR 156
Section 1 : L'organisation de l'ACPR 158
§ 1 Une organisation représentative de la profession 160
A – Le Collège de supervision : organe d'investigation et de contrôle 160
B – La Commission des sanctions assure la discipline des établissements de crédit 164
1) Composition 164
2) Le fonctionnement 164

C – Le Secrétariat général : organe d'administration et de gestion des fonctions de l'ACPR 166
1 – La gestion des activités de supervision 166
2 – Les particularités de la résolution 167
§ 2 Un contrôle marqué par la séparation des pouvoirs au sein de l'ACPR. 168
A – Incidence de la séparation sur la composition de l'ACPR 168
B – Incidences en cas de procédure disciplinaire 170
1 – La mise en œuvre par le Code monétaire et financier 170
2 – Les limites du contrôle de l'ACPR 171
a) La place déterminante des banques dans l'économie nationale 171
b) Est-il possible d'infliger des sanctions efficaces à ses pairs en toute impartialité ? 172
c) La forte représentativité des professionnels au sein de l'ACPR 173
§ 3 : Un contrôle renforcé par le respect des principes fondamentaux contrôlé par le juge 173
A – La bonne foi dans les relations contractuelles civiles ou commerciales 174
B - La bonne foi dans les relations de la banque avec ses clients 177
Section 2 : Les missions de contrôle de l' ACPR 180
§ 1 Une mission de : service public ? 181
A – Service public et intérêt général 181
a) Service public, définition de la notion 181
b) Application aux établissements bancaires et précision de l'intérêt général 183
B – Préserver la stabilité du secteur financier 185
1 - Surveillance nationale 185
a) contrôle de la situation financière par l'ACPR 185
b) Le contrôle des missions de police à la charge des banques 187
2 - Surveillance européenne 189
a) Les instances de la surveillance européenne 189
b) Les autres missions des Autorités européennes pour assurer la stabilité financière 190
C - Assurer la protection des consommateurs 191
1 – Une protection des consommateurs assurée par l'ACPR 191
a) définition de la notion de protection des consommateurs ou de la clientèle 191
b) Mais qu'en est-il de l'étendue de ce contrôle ? 192
c) Un contrôle spécifique des engagements bancaires avec la clientèle 197
2 - La collaboration avec d'autres institutions européennes et internationales 200
a) Au niveau national : 200
b) Au sein de l'Espace Economique Européen (EEE) et hors Europe 203
§ 2 : Procédures de vérification et sanctions 207
A – Le contrôle sur place et sur pièces 207
1 - Le personnel 207
2 - Les missions de contrôle 209
3 - Les droits et obligations des établissements contrôlés 214
4 - Les poursuites décidées par le Collège de supervision de l'ACPR 215
B – Les sanctions 216
1 – La procédure devant la Commission des sanctions de l'ACPR 216
2 – Les sanctions ou mesures administratives prononcées par l'ACPR 217
a) Avertissement 218
b) Interdiction d'effectuer certaines opérations 218
c) Suspension d'un ou plusieurs dirigeants avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire 219
d) La radiation de la liste des personnes agréées 220

e) Sanction pécuniaire de plus d'un million d'euros ... 221
f) Mais qu'en est-il du retrait total d'agrément ? ... 223
3 – Les recours contre les décisions de l'ACPR ... 224
C – Les sanctions en étroite collaboration dans la surveillance avec la BCE ... 226
1 - Quels objectifs poursuit le MSU ? ... 227
2 - Mais qu'est-ce qu'un établissement de crédit important ? Comment est-il défini ? 227
3 - Qui sanctionne ? ... 228

PARTIE II : LES FAILLES ET LES PERPECTIVES D' AMELIORATION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE ... 235

TITRE 1 : LES FAILLES DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE ... 240

CHAPITRE I : LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE ... 241

Section 1 : Multiplicité des sources de la regulation sur le contrôle bancaire ... 243
§1 Des règles de plus en plus contraignantes et évolutives ... 244
A – Les sources internationales ... 248
B – Les sources européennes ... 250
C - Les sources nationales ... 251
1 – Le CCSF ... 251
a) Composition ... 251
b) Missions ... 252
2 – Les règles issues de la transposition du droit européen ... 255
§ 2 : Des règles inspirées par les professionnels du secteur bancaire ... 261
A – Les professionnels acteurs des organes de régulation et de contrôle ... 262
B – La participation des professionnels à l'aménagement des pratiques ... 264
Section 2 : Difficulté des moyens de contrôle de l'ACPR sur le secteur bancaire ... 266
§ 1 : Étendue du champ d'intervention de l'ACPR ... 266
A – Nombreux secteurs d'intervention ... 267
a) Pour vérifier la mise en œuvre des règles prudentielles ... 267
b) Pour vérifier les pratiques et bonnes conduites bancaires ... 272
1 – La protection des consommateurs. ... 272
2 - Les crédits destinés aux PME ... 277
c) Pour contribuer à la stabilité financière ... 278
B – Exclusion des contrôles pour le « shadow banking ». ... 283
a) Description ... 284
b) Les risques ... 286
c) Réactions limitées ... 288

CHAPITRE II. : LES OBSTACLES AUX CONTRÔLES PAR DES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE L'ACPR ... 292

Section 1 : Les pouvoirs délégués par l'État à l'ACPR ... 293
A – Les pouvoirs délégués à l'ACPR ... 295
1 - Le contrôle de l'intérêt général comme justification de la délégation ... 295
a) La notion d'intérêt général ... 295
b) L'application de la notion aux établissements de crédit ... 297
2 – L'étendue de la délégation ... 301
a) L'élaboration des règles applicables aux établissements de crédit et les sanctions ... 301
b) Les limites à l'exercice de pouvoirs délégués ... 304
B – Absence de contrôle hiérarchique sur l'ACPR ... 306
1 - Absence de contrôle du pouvoir exécutif ... 306

2 – Absence de contrôle par le pouvoir législatif ... 307
Section 2 : Les recours contre les décisions de l'ACPR ... 310
§ 1 : Recours administratifs devant une juridiction administrative ... 312
A - Fondement de la compétence d'attribution exclusive au Conseil d'Etat ... 312
B - Contrôle du respect des principes fondamentaux du droit administratif ... 314
a) Les recours devant le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel ... 316
b) Les recours devant la CEDH ... 319
§ 2 : Recours devant la juridiction judiciaire : la Cour d'appel de Paris ... 321
A - Compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris ... 321
B - Contrôle du respect des règles de procédure et des principes fondamentaux ... 323
§ 3 : Recours devant une juridiction pénale : non bis in idem ... 326
A - La position française ... 327
B - L'application du principe au sein de l'Union ... 332
CHAPITRE II : LES CUMUL DES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LE SECTEUR BANCAIRE ... 337
Section 1 : Le contrôle bancaire par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ... 340
1 – Un contrôle renforcé par le pouvoir règlementaire de l'AMF ... 343
2 – La transaction et la médiation pour éviter ou adapter les sanctions ... 346
a) Le principe de la procédure amiable ... 348
b) La médiation et la transaction dans la protection de la clientèle par l'ACPR ... 348
3 – La Commission des sanctions de l'AMF : une véritable juridiction ? ... 350
a) La procédure ... 351
b) Les sanctions administratives ... 352
Section 2 : l'Autorité de la concurrence : garante de la loyauté de la concurrence des établissements de crédit ... 357
A– Une composition représentative de l'autorité publique ... 359
B – Une compétence spécifique : la concurrence bancaire ... 361
1 - Les textes et leur interprétation ... 362
a) Les législations nationales ... 362
b) Le droit européen ... 364
2 - L'application des règles de concurrence ... 366
a) L'intervention de l'Autorité ... 366
c) Le contrôle des décisions prises par l'Autorité de la concurrence ... 378
d) La comparaison avec l'ACPR ... 380
Section 3 : La CNIL, organisme de contrôle de la licéité des traitements de données à caractère personnel ... 384
A – Quelles règlementations applicables dans le domaine de la protection des données ? ... 386
Les règles applicables relèvent soit des législations nationales soit des autorités européennes ... 386
1 - Au niveau national ... 386
2 – La protection des données en Europe et le problème posé par les « Big data » ... 389
a) La protection des données en Europe ... 389
b) La problématique des « big data » ... 391
B – Une composition, une procédure et des sanctions particulières au contrôle de la CNIL ... 392
1 – Une composition démocratique et une procédure contradictoire ... 392
a) Composition ... 392
b) Missions ... 393
2 – Procédure et sanctions ... 399
3 – Comparaison CNIL et ACPR ... 403

TITRE II. LES AMELIORATIONS..... 412
CHAPITRE I : LES SOLUTIONS DE NATURE ADMINISTRATIVE, ORGANISATIONNELLE ET JUDICIAIRE..... 416
A – Les solutions de nature administrative..... 417
1 - Modification de la composition et du budget de l'ACPR..... 417
2 - Elargissement des pouvoirs de l'ACPR en matière de résolution..... 418
a) Le contrôle du testament de la banque en difficulté par l'ACPR..... 419
b) L'élaboration du plan de résolution par la banque..... 420
B – Les solutions de nature organisationnelles..... 424
1 – Vers une réelle prise en charge du capital des établissements de crédit par les actionnaires ?..... 424
a) Actionnaires responsables ?..... 424
b) Le choix des dirigeants..... 425
2 – Une gouvernance des établissements de crédit plus responsable ?..... 426
a) Une information renforcée des dirigeants..... 427
b) L'interdiction du cumul des fonctions dans certains établissements..... 427
c) La gouvernance aidée par des comités spécialisés..... 428
d) L'encadrement de la rémunération des dirigeants..... 429
e) Le contrôle de l'ensemble du dispositif de gouvernance par l'ACPR..... 432
C – Les solutions de nature judiciaire..... 433
1 – Un tribunal des marchés financiers ?..... 434
2 – Le renforcement des poursuites judiciaires..... 440
CHAPITRE II : LA LIMITATION DES RISQUES ET LA RESPONSABILISATION DES ETABLISSEMENTS DE CRÉDIT..... 443
A – Une limitation des risques par la séparation des activités bancaires..... 444
B – Ethique et responsabilité des établissements de crédit..... 450
1 – Le contrôle judiciaire de la réparation des fautes bancaires commises à l'encontre du client..... 452
2 – La nature des fautes contrôlées..... 459
C – Les autres solutions..... 466
1 – Au niveau national et européen..... 466
1.1 - Niveau national..... 466
a) Renforcement de l'arsenal coercitif en matière de consommation..... 466
b) L'action de groupe..... 468
1.2 – Au niveau européen..... 470
a) Le renforcement de l'harmonisation des règles..... 470
b) La Banque Centrale Européenne nouvel acteur clé de la supervision bancaire..... 473
c) L'ABE acteur de la convergence des pratiques de surveillance au sein de l'Union..... 477
2 – Le respect des principes éthiques et la responsabilité sociétale des établissements de crédit..... 479
a) Quelle pratique de l'éthique dans la relation client des établissements de crédit ?..... 481
b) Quelle éthique pour les relations collectives ?..... 486
CONCLUSION..... 506
Bibliographie..... 514
Table des matières [Style « Titre 1 »]..... 536

Principales abréviations

AAI : Autorité administrative indépendante

ABE : Autorité bancaire européenne

ABS : Asset Backed Securities

ACAM : Autorité de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance.

ACN : Autorités compétentes nationales

ACPR : autorité de contrôle prudentiel et de résolution

AES : Autorités européennes de surveillance

AEAPP : Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles

AEMF : Autorité européenne des marchés financiers

AFECEI : Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissements

AMF : Autorité des marchés financiers

ANC : Autorité Nationale de la Concurrence

APD : Archives de la philosophie du droit

BCE : Banque Centrale Européenne

BJB : Bulletin Joly bourse

BNF : Bibliothèque nationale de France

BPI : Banque publique d'investissement

BRI : Banque des règlements internationaux

CB : Commission Bancaire

CAE : Conseil d'analyse économique

CCA : Commission de contrôle des assurances

CCMIP : Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance.

CECEI : Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.

CERS : Comité européen du risque systémique

CCLRF : Comité Consultatif de la législation et de la règlementation financière

CCSF : Comité consultatif du secteur financier

CNC : Conseil national du crédit

CNCF : Commission nationale de certification professionnelle

CNIL : Commission nationale informatique et libertés

COB : Commission des opérations de bourse

CRBF : Comité de la réglementation bancaire et financière

CRC : Comité de la réglementation comptable

CRD : Capital requirements directive

CREDA : Centre de recherche sur le droit des affaires

CSF : Conseil de la stabilité financière

DCPC : Direction de contrôle des pratiques commerciales

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

DGFIP : Direction générale des finances publiques

EEE : Espace économique européen

ESMA : European Securities Market Autority

ETNC : Etats ou Territoires Non Coopératifs

FBF : Fédération bancaire française

FESF : Fonds européen de stabilité financière.

FGDR : Fonds de garantie des dépôts et de résolution.

GAFI : Groupe d'action financière

H3C : Haut Conseil du Commissariat aux comptes.

HCSF : Haut conseil de stabilité financière

IME : Institut monétaire européen

JCP : La semaine juridique-Entreprise et affaires

LME : Loi de modernisation de l'économie

MESF : Mécanisme européen de stabilité financière

MIF : Marché d'instruments financiers (directive MIF)

MSU : Mécanisme de surveillance unique.

NRE : Nouvelles régulations économiques.

ORIAS : Organisme pour le Registre unique des intermédiaires en banque, assurance et finance,

OSB : Observatoire des services bancaires

PSI : Prestataires de services d'investissement

REC : Réseau Européen de la Concurrence

RDBF : Revue de droit bancaire et financier

RDP : Revue de droit public

RTD : Revue trimestrielle de droit commercial

SEBC : Système européen de banques centrales.

SESF : Système européen de surveillance financière

SME : Système monétaire européen

SPA : Services publics administratifs

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

TIP : Titre Interbancaire de Paiement.

TRACFIN : Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins

INTRODUCTION GÉNERALE

1. En France, les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque[2]. Ils sont contrôlés par des institutions de l'État, chargées, en son nom, d'assurer le contrôle et la régulation du secteur.

2. L'activité bancaire concentre des risques dont l'impact, outre la possible défaillance des établissements bancaires eux-mêmes, peut déborder sur les autres acteurs de l'économie : elle peut mettre en cause **la sécurité** de la clientèle (déposants, emprunteurs), elle peut affecter **la stabilité** de l'ensemble du secteur financier et par conséquent le financement de l'économie (risque systémique). Face à ces risques, l'État français soumet les établissements de crédit à un corpus de règles spécifiques dites prudentielles et charge un organisme de surveiller l'application des dites règles et plus généralement de veiller à la bonne santé du secteur bancaire[3].

3. L'État est une personne morale de droit public, une entité abstraite qui repose sur un régime exorbitant du droit commun, régime qui déroge au droit commun en raison de sa qualité de personne publique.

L'existence de l'État repose sur des conditions définies au début du 20e siècle et formalisées par la « théorie des trois éléments[4] ».

Selon Weber, l'État doit bénéficier d'un pouvoir de contrainte sur une population et un territoire donné.

4. Les fonctions de l'État ont fait l'objet d'une justification par R. Musgrave[5] qui explique l'intervention de l'Etat dans l'économie par trois raisons qui sont également le fondement de son contrôle sur l'activité des banques :

- La première est **l'affectation de ressources** ou l'allocation qui consiste à rétablir un usage des ressources optimal au sens de Pareto à chaque fois que le jeu spontané des marchés s'écarte de cet optimum[6], c'est à dire lorsqu'il est impossible d'arbitrer en faveur d'un acteur économique sans en pénaliser un autre.

---

[2] Article L. 311-1 du Code monétaire et financier.

[3] Bulletin de la Commission bancaire n° 17. Novembre 1997.

[4] On considère que l'État repose sur trois éléments : un territoire, un gouvernement et une population. Dans l'ouvrage de Max Weber, « Le savant et le politique », Édition Poche 10/18, 2002.

[5] Musgrave R. (1910-2007), « A theory of public finance », édition Mc Graw Hill, 1959.

[6] L'optimum de Pareto est la situation dans laquelle on ne peut améliorer le sort d'un individu sans détériorer celui d'au moins un autre.

De par leur rôle d'intermédiation et de transformation, les banques assurent des fonctions d'allocation de ressources en permettant à l'épargne de rencontrer les besoins de financement de l'économie.

Selon l'auteur[7], le jeu spontané et la liberté des marchés s'écartent de l'optimum dans cinq circonstances, cinq raisons pour justifier l'intervention de l'Etat dans l'allocation des ressources aux acteurs économiques.

- La définition des règles et des droits qui favorisent, au mieux, le libre jeu de la concurrence à chaque fois que les marchés concurrentiels constituent la solution la plus efficace. Les quatre raisons suivantes concernent des situations où la libre concurrence ne permet pas d'assurer l'optimum de Pareto[8].
- Les situations de rendements croissants dans lesquels la concurrence oblige à pratiquer des prix inférieurs aux coûts de production. Les activités utiles à la collectivité sont ainsi condamnées à disparaître faute de rentabilité ou ne peuvent être maintenues que par un monopole ou un oligopole. L'Etat est censé intervenir soit pour sauvegarder les productions nécessaires à la collectivité, soit pour réguler l'action des monopoles dans un sens conforme à l'allocation efficace des ressources.

Le monopole bancaire[9] dans sa forme actuelle trouve son origine dans les lois des 13 et 17 juin 1941. Avant ces lois et jusqu'en 1929, les banques n'étaient assujetties à aucune réglementation particulière ni dans leur création ni dans leur fonctionnement.

C'est une loi du 19 juin 1930 qui définit la profession de banquier comme celle exercée par des personnes « qui accomplissent à titre professionnel, des opérations de banque ». En France le monopole bancaire a été défini par la loi bancaire du 24 janvier 1984 et a été repris par le Code monétaire et financier.

Ce monopole porte sur la collecte des dépôts, la distribution des crédits ainsi que la gestion de la mise à disposition des moyens de paiement.

C'est un monopole particulier puisqu'il s'agit de réserver l'exercice des activités bancaires à certaines catégories de personnes morales. Il s'explique par la confiance que le déposant doit avoir en son dépositaire et ce, d'autant plus que la remise d'une somme d'argent s'assimile juridiquement à un transfert de propriété du fait de la nature fongible de la monnaie. La banque n'a donc qu'une dette de restitution en équivalent envers les déposants. La confiance conduit donc à n'autoriser que les entreprises ayant une

---

[7] Musgrave R.

[8] Les trois fonctions de l'Etat par R. Musgrave, extrait de « L'économie politique », Généreux J., Editions Larousse Bordas, 1996. L'optimum de Pareto est la situation dans laquelle on ne peut améliorer la situation d'un individu sans détériorer celui d'au moins un autre.

[9] Piedelièvre S., Putman E., « Droit bancaire », Économica, Corpus droit privé, 2011 p.97.

organisation et un fonctionnement plus à même de recevoir des fonds du public[10] et à pouvoir le leur restituer

Le monopole bancaire en France repose sur l'interdiction à toute personne autre que certaines catégories d'entités régulées, autorisés, d'effectuer des opérations de banque à titre habituel.

Il ne s'agit pas, comme spécifié précédemment, d'un monopole au sens économique du terme mais de la réservation de l'exercice de certaines activités à certaines catégories de personnes morales.

Cette réservation dont la violation est sanctionnée pénalement[11] est entendue de façon particulièrement large par la législation et la jurisprudence française et s'étend non seulement à la réception des dépôts et autres fonds remboursables au public, aux services de paiement ainsi que d'émission et de gestion de monnaie électronique, conformément à la réglementation européenne, mais aussi aux opérations de crédit, réservées aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays européens[12].

Le monopole s'analyse comme un instrument dont s'est doté l'État pour mieux contrôler l'activité bancaire afin de déterminer la création et la circulation de la masse monétaire.

- Les externalités ou effets externes c'est à dire les situations dans lesquelles les choix d'un individu, agent économique, modifient le bien être des autres individus sans que les mécanismes de marché conduisent cet individu à tenir compte de ses effets sur la collectivité. Or les banques ont une fonction de distribution de crédit, le crédit touche l'économie et le pouvoir d'achat. L'intervention de l'Etat dans ce domaine est un moyen de stabiliser l'économie, de prévenir les risques systémiques.

  Les deux autres situations dans lesquelles la libre concurrence ne rend pas possible l'optimum de Pareto concernent :

- Les biens collectifs ou biens publics (éclairage, autoroutes…) qui se caractérisent d'une part, par la consommation collective[13], la consommation par un individu ne prive pas un autre de les consommer de la même manière, d'autre part, la non « excluabilité » des usagers qui ne peuvent pas payer, c'est à dire qu'une personne ne peut en aucun cas être

---

[10] Vauplane H., « Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ? », Alternatives économiques, 11 février 2014.

[11] Article L. 571-3 du Code monétaire et financier « La violation du monopole bancaire est passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

[12] Haut Comité Juridique de la Place de Paris, « Rapport sur le monopole bancaire », 14 mars 2016. p. 1.

[13] On parle de non-rivalité des biens publics.

privée de consommer ce bien. La consommation d'un bien public ne peut pas être individualisée, il est impossible d'en tarifer l'usage.

- Les biens tutélaires[14] (alcool, tabac, éducation, santé ..), qui sont spontanément produits sous des formes et des proportions conformes à la demande effective des utilisateurs, mais pour lesquels, l'Autorité publique considère qu'elle doit interférer avec la souveraineté du consommateur et imposer un usage plus important ou au contraire modéré.

❖ Les autres fonctions de l'État concernent **la fonction de distribution** qui vise à corriger la répartition spontanée des revenus et des richesses dans le but d'instaurer une juste répartition.

❖ **La fonction de stabilisation** retient les objectifs de plein emploi et de stabilisation des prix.

5. **L'État** apparaît comme un **acteur incontournable de la vie économique** en tant que dépositaire du pouvoir régalien qui lui permet, d'une part, de garantir le bon fonctionnement du marché, d'autre part, en tant qu'émanation d'une volonté démocratique, de se faire l'instrument de la réalisation des préférences collectives.

   Pour Pascal LAMY[15], Commissaire européen du commerce, les préférences collectives sont l'ensemble des choix opérés par les collectivités humaines en tant que groupement de personnes qui s'est doté d'institutions capables de faire émerger des préférences collectives. Ces dernières sont délicates à appréhender car elles ne sont pas figées mais évoluent dans le temps.

   De surcroit, elles ne sont pas toujours rationnelles et dépendent de vécus politiques. Elles sont d'un point de vue normatif, difficiles à faire émerger à partir d'un ensemble hétérogène de préférences individuelles[16].

   Parmi les pouvoirs régaliens de l'État, figure celui de **battre monnaie**. L'État a la responsabilité d'alimenter l'économie en monnaie. La création monétaire doit se faire à un rythme compatible avec la croissance de la production de biens réels. Trop lente, elle risquerait d'entraver le processus de développement économique, trop rapide, elle serait

---

[14] Biens sur la consommation desquels l'Etat exerce une « tutelle », oriente la consommation, c'est à dire qu'il intervient pour encourager ou décourager le public de le consommer.

[15] Lamy P. « L'émergence des préférences collectives dans le champ de l'échange international : Quelles implications pour la régulation de la mondialisation ? » Septembre 2004. Trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/september/tradoc

[16] On peut citer à titre d'exemples ; le service public en matière d'enseignement et de santé, les droits sociaux, la protection en matière de risque.

source d'inflation et par là même de distorsion des prix relatifs, de perturbation dans la fixation des anticipations des agents et de pénalisation de l'épargne.

Le contrôle de l'émission monétaire n'est plus assuré par le gouvernement par le biais de la Banque de France mais confié à la **Banque centrale européenne** (BCE). Ainsi les banques doivent se procurer auprès d'elle la monnaie fiduciaire dont elles ont besoin pour répondre aux demandes de leurs clients.

Elles sont également dans l'obligation de constituer auprès de la BCE des réserves appelées réserves obligatoires, sur un compte spécial ouvert à la BCE. Réserves dont le montant est calculé pour chaque banque sur la base d'un pourcentage des dépôts de sa clientèle.

De surcroît, la BCE fixe le taux de refinancement auquel doivent souscrire les banques pour disposer de la monnaie centrale[17].

La **mission d'alimentation de l'économie** a été en partie **déléguée par l'État aux établissements de crédit** qui grâce au crédit qu'elles accordent à leurs clients vont permettre à ces derniers de disposer des ressources nécessaires pour la réalisation de leurs projets.

Les banques jouent un rôle de prestataires de services monétaires et financiers qui les situent au cœur du financement de l'économie.

Les crédits accordés proviennent de dépôts existants et du capital social ; ainsi les banques transfèrent les ressources en provenance d'agents en capacité d'épargne vers les agents ayant des besoins de financement.

Comme les dépôts de leurs clients sont généralement liquides et à court terme et que les prêts qu'elles accordent sont souvent à court, moyen ou long terme, les banques transforment une épargne liquide préexistante en financement plus adapté aux besoins de l'économie. Ce processus est résumé par l'adage « les dépôts font les crédits », dans ce cas, il n'y a pas de création monétaire mais transfert de fonds d'une catégorie d'agents à une autre.

Pour accorder du crédit, la banque a la possibilité de créer de la monnaie scripturale en créditant le compte courant de son client du montant du prêt accordé, c'est à dire par simple jeu d'écriture. Dans ce cas, « les crédits font les dépôts », puisque le montant du crédit octroyé vient alimenter le compte courant du client de la banque.

C'est ce processus qui permet l'accroissement du stock de monnaie en circulation en liaison avec les besoins de monnaie du système économique.

---

[17] La monnaie Banque centrale comprend la monnaie émise par la BCE et les comptes créditeurs des banques commerciales, dit de second rang, auprès de la Banque centrale. C'est la seule monnaie acceptée par tous les agents économiques.

Seules les banques commerciales ont le pouvoir de **création de monnaie scripturale** et disposent d'un monopole.

6. **L'État est responsable du bon fonctionnement du système économique** dans son ensemble, dans ce cadre, il est chargé d'organiser et de protéger la concurrence sur les divers marchés qui régulent l'activité économique.

   Pour ce faire, il établit les « règles du jeu » devant régir les opérations de marché. Il lui faut ensuite veiller à ce que ces règles soient réellement respectées par les opérateurs du marché. Cette **fonction d'arbitre** se double de l'obligation d'intervenir en tant que **prêteur de dernier** ressort lorsqu'une défaillance importante des opérateurs bancaires remet en cause l'existence même du marché.

   Ainsi, les banques ne peuvent pas accorder autant de crédit ni créer autant de monnaie qu'elles le veulent. Il existe deux limites à leurs activités de prêts aux agents économiques : la réglementation prudentielle et la politique monétaire de la Banque centrale européenne.

7. **La réglementation prudentielle** est destinée à éviter que les banques ne prennent trop de risques et finissent par faire faillite.

   Si trop de clients de la banque ne peuvent rembourser leurs emprunts, c'est la banque elle-même qui se trouve dans une situation difficile. Et ne peut restituer les dépôts Compte tenu des liens de financement entre les banques qui se prêtent mutuellement, les difficultés d'une banque peuvent se transmettre à l'ensemble du secteur bancaire, c'est l'effet domino ou systémique. C'est pourquoi les règlementations prudentielles imposent aux banques des limites dans le montant total de leurs engagements.

   Par ailleurs, les banques sont tenues de mettre en place des procédures de contrôle interne destinées à permettre d'apprécier la capacité de remboursement des demandeurs de crédit et limiter ainsi les risques de défaut de paiement.

8. **La libéralisation des capitaux** par la dérèglementation des marchés a favorisé la une forte mobilité des capitaux sur le plan international et une multiplication des crises bancaires.

   De 1940 à 1970, période marquée par une forte règlementation des banques et un contrôle des mouvements internationaux des capitaux s'est caractérisée par une rareté des crises économiques : les lois des 13 et 17 juin 1941 fixent un cadre rigide d'organisation et de délimitation du métier de Banque en France avec la création d'organisme de contrôle (Comité permanent d'organisation des banques, de l'association professionnelle des banques et de la Commission de contrôle des banques), et du transfert de la propriété de certaines banques à l'État (la loi du 2 décembre 1945 procède à la nationalisation de la Banque de France et de grandes banques de dépôts qui passent ainsi sous le contrôle de l'État).

Dans les années 1980, les crises se développent d'une part du fait de l'environnement international caractérisé par la politique de désinflation de la dette américaine et d'autre part, du surendettement international des pays en développement.

La loi bancaire de 1984 dérèglemente en France le secteur bancaire. Ce mouvement de dérèglementation et les progrès de la technologique est général et constaté dans l'ensemble des pays développés. Il favorise la concurrence entre les banques et l'émergence et le développement de produits financiers complexes. Il est source de libéralisation globale des marchés de capitaux et d'interdépendance des économies des États.

Ce mouvement de libéralisation est un des facteurs explicatifs de la crise de 2008.

9. **La crise de 2008** résulte d'un ensemble de facteurs microéconomiques[18] et macroéconomiques[19], plus particulièrement des innovations financières et les déréglementations opérées depuis 1980.

   Favorables à la libéralisation financière, les banques ont sans cesse poussé la limite de l'exercice de leurs activités.

   Beaucoup de pays émergents, en libéralisant leur compte de capitaux ont connu des crises de changes et financières importants dans les années 1990. Face à l'incapacité du Fond Monétaire International (FMI) et de la communauté internationale pour les aider à sortir de la crise financière, certains pays émergents ont modifié leur comportement en accumulant de plus en plus de réserves de change et en adaptant une politique budgétaire prudente. Ces réserves accumulées impliquent que ces pays ne sont plus dépendants des financements des banques occidentales et que celles-ci doivent trouver d'autres marchés pour augmenter sans cesse leurs profits et les bonus de leurs dirigeants.

   De surcroît, suite à **l'éclatement de la bulle spéculative sur les valeurs internet en 2000**, pour contrer les effets négatifs sur l'économie, la FED[20] a baissé sont taux directeurs et l'a maintenu bas pendant une période prolongée. Un transfert massif de liquidité s'est opéré à partir de l'an 2000 vers le marché immobilier. La hausse du prix de l'immobilier stimule les constructions nouvelles. La baisse des taux d'intérêt a également

---

[18] Système de rémunération favorisant la prise de risque à court terme, régulation insuffisante des banques d'investissement, absence de contrôle des produits de refinancement des banques, normes comptables et prudentielles contribuant à aggraver la situation en cas de crise.

[19] Déséquilibres globaux : excédent des paiements des pays d'Asie et déficit des paiements américains, absence d'ajustement de certains taux de change, taux d'intérêt américain durablement bas qui ont permis aux Etats-Unis d'entretenir un modèle de croissance fondé sur l'endettement.

[20] Federal reserve system. Banque centrale des États -Unis

contribué à stimuler les investissements des entreprises. Ce mécanisme de stimulation économique a été renforcé par **les innovations financières**[21].

Le fait que les entreprises puissent accéder facilement au marché financier via des émissions directes de titres a poussé les banquiers à inventer de nouveaux instruments financiers qui leur permettent de diminuer la consommation de fonds et augmenter la rentabilité de leur capital.

Les banques ont ainsi trouvé le moyen d'augmenter leur rentabilité en **transformant leurs créances en titres pour les revendre** à d'autres institutions et investisseurs. Ce procédé est appelé « titrisation ». En cédant les créances, les engagements sont inscrits hors bilan.

La banque qui « titrise » ses créances n'est pas nécessairement celle qui les a distribuées, elle n'est donc pas responsable des risques de défauts de paiement une fois les titres vendus.

Les banques d'investissement ont eu l'idée de mettre sur le marché un produit basé sur les contrats d'hypothèque. Elles achetaient des hypothèques auprès des banques conventionnelles et les revendaient à des investisseurs qui désiraient avoir un rendement important[22]. Pour ce faire, elles ont créé un produit en regroupant des milliers de contrats d'hypothèque, un peu comme un fonds commun de placement privé. Un investisseur privé pouvait acheter une part dans ce produit et en retour recevoir un rendement provenant des paiements des emprunteurs. Ces rendements étaient supérieurs aux autres produits à moindre risque sur le marché.

Les agences de notation, qui avaient le mandat d'analyser les produits et de déterminer leur risque, ont toujours maintenu que ces derniers étaient sécuritaires. C'est en se fiant à cette recommandation que les organismes, qui avaient une tolérance basse au risque, en avaient achetés.

Les banques ont ainsi entrepris de vendre leurs prêts hypothécaires à des investisseurs. Ces titres connaissaient une forte demande. Pour répondre à la demande croissante, les banques baisaient leurs exigences de qualification aux prêts. Elles acceptaient des candidats aux prêts qui n'avaient pas de revenu et n'exigeaient aucun dépôt initial lors de l'achat d'une propriété.

Les problèmes ont commencé lorsqu'un grand nombre de propriétaires ont été dans l'incapacité de faire leur paiement hypothécaire. Ils ont donc perdu leur maison. Les banques se sont trouvées propriétaires de quantité de maison dont il fallait qu'elles se

---

[21] Meixing Dai, « La grande crise de 2008, causes conséquences et mesures politiques », Bulletin de l'observatoire des politiques économiques en Europe, n°19, 2008.

[22] Les investisseurs qui ont acheté les produits n'ont pas tous acheté au comptant, mais en s'endettant pour bénéficier de l'effet de levier d'un endettement à bas taux d'intérêt. On se trouvait dans un mécanisme de transformation bancaire qui consistait à utiliser des ressources à court terme pour effectuer des prêts à long terme.

débarrassent en les vendant à profit. L'abondance de maisons à vendre a eu pour conséquence la diminution de leur prix.

La contagion et l'amplification ont été liées à la structure des produits offerts à la vente par les banques d'investissement. Ils étaient découpés en « tranches » :

- certaines tranches comportaient des rendements plus élevés mais avec plus de risque ;

- des tranches intermédiaires venaient ensuite, puis des tranches plus sécurisées « dites senior ».

L'effondrement des produits a entrainé un mouvement de retrait massif ainsi que l'assèchement brutal de la liquidité bancaire.

Les banques ont mobilisé toutes leurs ressources pour leur propre financement et ont refusé de prêter même à très court terme aux autres banques.

Cet engrenage a touché l'ensemble du système bancaire américain mais aussi européen parce que, dans le contexte de globalisation financière, les banques européennes avaient également participé à ces montages.

La contraction du crédit a précipité les pays industrialisés dans la récession. La crise s'est étendue à l'économie réelle et aux finances publiques des États. Les taux de chômage grimpent et les produits intérieurs bruts (PIB) s'écroulent. L'accumulation des dépenses pour relancer les économies, les frais entraînés par les politiques budgétaires et le coût de mesures d'aide financière ont, de fait, eu un impact sur le niveau des dettes des États (dettes souveraines).

10. **Les réactions face à la crise** ont été nombreuses et ont émané de plusieurs instances :

Au **niveau mondial**, les pays du **G20** ont prévu de nouvelles règles pour mieux réguler le système financier, notamment le **contrôle des fonds spéculatifs, des sanctions contre les paradis fiscaux et une supervision internationale**.

- Les fonds spéculatifs devront être déclarés et respecter les normes internationales de transparence dans leur gestion. Les engagements des banques vis à vis de ces fonds sont contrôlés.
- Les agences de notation devront signer des codes de bonne conduite afin d'éviter les conflits d'intérêt.
- Les critères de définition des fonds propres des banques seront harmonisés au niveau international pour plus de clarté.

- Le Conseil de stabilisation financière remplace le Forum de stabilisation financière[23] avec trois missions principales :

- déterminer les vulnérabilités du système financier mondial et évaluer les régulations à mettre en œuvre pour les prévenir ;
- promouvoir la mise en œuvre et s'assurer du respect des standards internationaux en matière de régulation financière ;
- favoriser la coordination et la cohérence des activités de normalisations techniques internationales pour éviter les lacunes dans le domaine prudentiel, de la prévention des risques systémiques, de la protection des investisseurs et des consommateurs du renforcement des structures de marché et de l'évolution des normes comptables.

Le Comité de Bâle a tiré des enseignements de la crise et a élaboré un programme de réformes répondant aux objectifs de refonte du secteur bancaire par le G20.

Les réformes proposées sont destinées à améliorer la capacité du secteur bancaire à absorber les chocs consécutifs à des tentions financières et à réduire le risque de propagation à l'économie réelle.

Elles comportent une **dimension micro prudentielle**, au niveau des établissements bancaires, qui contribuera à accroitre la résilience de chaque banque durant les périodes de tensions. Cette réglementation est complétée par une **dimension macro prudentielle** qui visent les risques susceptibles de s'accumuler au sein du secteur bancaire et de gagner l'ensemble du système[24].

Les approches micro et macro prudentielles du contrôle bancaire sont liées : une meilleure résilience des établissements de crédit réduit le risque de chocs à l'échelle du système.

Les recommandations du Comité de Bâle ont été reprises par l'Union Européenne. L'Europe a adapté les exigences du Comité à son secteur bancaire par la publication de la directive CRDIV et du règlement CRR du 26 juin 2013. Ces textes ont été transposés en droit français par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014.

---

[23] Le forum de stabilité financière a été créé en février 1999 à l'initiative des ministres des finances et des gouverneurs des banques centrales des pays du G7. C'est le résultat d'une réflexion menée à la suite des perturbations financières survenues en 1997-1998. Ces dernières avaient montré l'utilité, pour les différentes autorités financières des grands pays et les principales institutions financières internationales, compte tenu de l'intégration croissante des systèmes financiers, de croiser leurs analyses et de s'assurer qu'aucun aspect de la stabilité financière n'échappe à leur vigilance.

[24] Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, octobre 2010, « Réponse du Comité de Bâle à la crise financière : Rapport au groupe des vingt », p. 5.

En Europe, La commission européenne a décidé de mettre en place un système de régulation uniformisé : le **Système Européen de Surveillance Financière (SESF**).

Ce système comprend le Comité Européen du Risque Systémique (CERS). Son rôle est de veiller à la stabilité financière. Il assure la surveillance macro prudentielle. Il doit identifier et évaluer les risques systémiques, alerter l'Union Européenne sur ces risques et formuler des recommandations pour y faire face. Il travaille en coopération avec les trois principales organisations de régulation européenne :

- **l'Autorité Bancaire Européenne (ABE)**[25] qui a pour objectif principal de garantir la stabilité et l'efficacité du système bancaire dans l'ensemble de l'Union européenne. Elle doit s'assurer de la transparence des produits financiers et la protection des déposants et des investisseurs.
- **L'Autorité Européenne des Assurances et des Pensions professionnelles (AEAPP**)[26] participe à l'élaboration de normes et standards de régulation et de surveillance financière essentiellement dans le domaine des assurances.
- **L'Autorité Européenne des Valeurs mobilières (AEVM**)[27]. Elabore les règles et normes techniques en matière de régulation financière. Elle assure la protection des investisseurs et contribue à uniformiser les règles auxquelles ils sont assujettis sur l'ensemble du territoire européen.

Face à la crise des dettes souveraines, du début des années 2010, du fait de l'interdépendance des systèmes financiers, les dirigeants européens ont décidés lors du Conseil européen d'octobre 2012 de réaliser une union bancaire européenne constitué par la **mise en place d'un mécanisme de surveillance unique (MSU)** des banques de la zone euro. La responsabilité de la mise en œuvre a été confie à la BCE qui voit son champ de compétence s'élargir au delà de sa mission de définition de la politique monétaire de la zone euro.

Depuis novembre 2014, la supervision de la BCE s'exerce de deux manières :

- En direct, avec l'aide des autorités nationales de supervision pour les établissements jugés « significatifs »[28],
- Par l'intermédiaire des autorités nationales de supervision, mais sous le contrôle de la BCE, et dans le cadre qu'elle aura défini pour les établissements jugés « moins significatifs ».

---

[25] En anglais European Banking Authority (EBA)

[26] En anglais : European Insurance and Occupational Pension Authority (EIOPA).

[27] Ou en anglais European Securities and Market Authority (ESMA).

[28] Sont jugés significatifs les établissements dont le total d'actifs dépasse 30 milliards d'euros ou dont le poids dans le PIB du pays est supérieur à 20 °/°.

Pour gérer la crise de dette au sein de la zone euro a été institué **le mécanisme européen de stabilité (MES)** en octobre 2012 qui doit apporter une aide financière au États de la zone euro et participer directement à la recapitalisation des banques en difficulté.

11. **En France** une nouvelle organisation de la supervision a été réalisée avec la création le 21 janvier 2010, de l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP) devenue, **Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)** en août 2013.

Elle est directement issue de deux autorités de contrôle : la Commission bancaire et l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles (ACAM) et deux autorités d'agrément : le Comité des entreprises d'assurance (CEA) et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) du secteur bancaire et financier.

Elle est chargée de la surveillance et du contrôle des banques en France avec pour missions de contribuer au renforcement de la stabilité du secteur bancaire et financier, de protéger la clientèle et d'assurer la gestion et la résolution des crises bancaires.

La loi du 26 juillet 2013 a instituée le 3 juin 2014 le **Haut Conseil de Stabilité Financière** qui a en charge de veiller à la stabilité financière en France et de définir la politique macro prudentielle adaptée à la réalisation de cet objectif. Il collabore avec le CERS et la BCE.

12. La crise de 2008 amène à s'interroger sur l'efficacité du contrôle des établissements bancaires. Au cours de cette crise, l'État est intervenu pour soutenir les banques en difficulté et diminuer l'ampleur de la récession par des relances budgétaires.

Elle a partiellement altéré la confiance dans le système monétaire et plus particulièrement, de gestion des moyens de paiement. Elle et a fait émerger **des moyens de paiement et de financement substitutifs** : c'est le cas des monnaies locales complémentaires, du bitcoin ou du financement participatif.

13. **Une monnaie locale** est une monnaie non soutenue par un gouvernement national. Elle n'a pas de cours légal et est destinée à n'être échangée que dans une zone restreinte. Elle peut prendre de nombreuses formes aussi bien matérielles que virtuelles[29]. Pour Philippe DERRUDDER « une monnaie locale complémentaire est émise par les citoyens eux-mêmes pour redonner sur leur territoire l'humanité et le sens que la monnaie conventionnelle n'incarne plus »[30].

---

[29] Valeurs monétaires dématérialisées : la « Muse » d'Angers ou la « Luciole » d'Ardèche » par exemple.

[30] DERRUDDER P. « Les monnaies locales complémentaires : Pourquoi ? Comment ? » Editeur : Yves Michel, juin 2014.

L'objectif est de mettre l'argent à sa juste place, à savoir un simple moyen d'échange.

En 2014, le législateur a souhaité reconnaître et promouvoir l'économie sociale et solidaire, à cet effet, la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 a défini le cadre juridique de ces monnaies. Elles peuvent être émises par des personnes morales de droit privé constituées sous forme de coopératives, de mutuelles, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901.

Selon la nature de titres de monnaies locales complémentaires émis, un agrément de l'ACPR ou une exemption d'agrément est requis.

Ces monnaies visent à investir à 100°/° dans l'économie réelle en redonnant du sens à l'argent pour relocaliser les échanges, favoriser l'emploi et créer du lien. La monnaie locale n'est pas émise par les banques ni contrôlée par l'État. C'est le cas par exemple en France de l'Agnel à Rouen ou de la Doume à Clermont-Ferrand, l'abeille à Villeneuve-sur-Lot,. A l'étranger il y a la Banca pour l'Italie, en Allemagne le Chiemgaen, au Brésil monnaie Saber.

L'argent traditionnellement déposé en banque est utilisé pour des placements souvent éloignés de l'économie locale, voire de l'économie réelle.

La monnaie locale ne présente pas que des avantages, elle peut subir une dépréciation automatique dans le temps qui pénalise une détention prolongée lorsque sa validité est limitée. Cette dépréciation ou inflation peut bloquer le mécanisme de crédit. La réduction des prêts d'argent peut entrainer une baisse des investissements car il n'est pas aisé d'assurer le lien entre les agents en capacité de financement avec ceux qui sont momentanément en situation de besoin[31].

Elle restreint le choix des consommateurs, acheteurs, la concurrence est moindre, ce qui peut avoir des conséquences sur leur pouvoir d'achat.

Les échanges de services que financent une monnaie locale se font sans paiement de cotisations sociales et donc sans garantie de qualité ou de responsabilité civile.

Faute d'instance de régulation publique, elle ne peut reposer que sur la confiance, c'est à dire uniquement sur les liens forts des participants.

La monnaie locale assure des débouchés aux producteurs locaux mais toute l'économie d'un territoire ne peut pas reposer sur la seule économie de proximité[32].

14. **Le bitcoin** est une monnaie cryptographique[33] et un système de paiement pair à pair[34]. C'est à dire sans passer par un établissement de crédit Ce système fonctionne sans

---

[31] Laurent S., « Les limites de la monnaies complémentaires », Contrepoints, 24 mai 2012.

[32] Rapport « Mission Monnaies Locales Complémentaires », Avril 2015, p.10

[33] Une monnaie cryptographique ou crypto-monnaie est une monnaie 100°/° électronique, magnétique, virtuelle. Il n'existe aucun billet ni pièce physique. Elle est uniquement

autorité centrale ni administrateur unique mais de manière décentralisée. C'est la plus importante monnaie décentralisée avec une capitalisation d'environ 46 milliards d'euros[35]. Les bitcoins peuvent être échangés contre d'autres monnaies, biens ou services selon la loi de l'offre et de la demande. Elle n'est pas contrôlée par les banques ni par les États[36].

En France, la Banque de France a d'abord mis en garde contre les risques du bitcoin. La banque insiste sur son caractère hautement spéculatif et sur les risques juridiques qu'il engendre du fait de son statut de monnaie non régulée et sur son utilisation possible à des fins criminelles[37].

Dans la même perspective, il faut noter que l'Autorité Bancaire Européenne a émis le 13 décembre 2013 une mise en garde aux consommateurs contre les risques du bitcoin[38]. Elle a également émis, le 4 juillet 2014, une recommandation aux institutions bancaires et financières de ne pas utiliser le bitcoin ou proposer des services autour de ce dernier[39].

15. **Le financement participatif** ou « crowdfunding » signifie qu'un grand nombre de personnes sont amenées à participer à l'élaboration en termes économiques et financiers d'un projet. C'est un ensemble de techniques et de méthodes pour « lever des fonds » dans le but de réaliser un projet.

Le financement participatif fait se rencontrer porteurs de projets et d'investisseurs privés par des plateformes en ligne. Les conditions de participation proposées par le porteur de projet sont connues dès le départ.

Ce mode de financement s'inscrit dans un processus de désintermédiation et la contribution peut se faire par des particuliers ou des entreprises quelque soit le domaine d'activité. Les banques n'étant plus les seules maîtresses des fonds et des capitaux, le projet est à même d'être réalisé librement.

---

virtuelle. Elle est cryptée, c'est à dire qu'elle n'est utilisable que par une personne possédant le code permettant de décrypter la monnaie. Il peut s'agir d'informations personnelles appartenant au détenteur. Ces informations sont stockées dans un système de fichiers ou réseau appelé « blockchain ». Les « blockchains » enregistrent et conservent toutes les opérations effectuées avec la crypto-monnaie. Ils sont consultables par tout le monde.

[34] Système de paiements en ligne directs d'une partie à l'autre sans passer par un établissement de crédit ou une institution financière.

[35] « Crypto-Currency Market Capitalizations » http://coinmarketcap.com

[36] Rapport « Mission Monnaies Locales Complémentaire » Avril 2015, p. 18.

[37] Recommandation 2014-P-01 de l'ACPR.

[38] D. ALBERTINI, « La Banque de France met le bitcoin en pièces », http://www.liberation.fr/economie, 5 décembre 2013.

[39] EBA opinion on virtual currencies http://www.ebaeuropa.eu/documents

Les transactions se font la plupart du temps auprès d'organismes agréés qui reçoivent des fonds sur un compte ouvert spécifiquement pour l'appel au projet, qu'un teneur de compte se charge de tenir.

De surcroit, le financement participatif est soumis à une réglementation[40] et un contrôle qui varie en fonction de la forme de transaction concernée.

Ainsi, si la plateforme fournit elle-même les services de paiements, elle doit être agréée à l'ACPR, même chose si la plateforme délègue le service de paiement à un prestataire tiers.

Si la plateforme consent les prêts rémunérés ou non par le biais d'une multitude de particuliers prêteurs, elle devra être inscrites sur le registre de l'ORIAS (Organisme pour le Registre des Intermédiaires en Assurance).

Si la plateforme consent des minibons[41] ou des obligations, elle devra obtenir le statut de conseiller en investissement participatif auprès de l'AMF (Autorité des Marchés Financiers).

Depuis le 1er juillet 2016, les plateformes ont l'obligation de souscrire un contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle[42].

16. Ces modes de financement de substitution, semblent être la manifestation de signes de défiance vis à vis des autorités monétaires et des établissements de crédit. Ils peuvent aussi être considérés comme des tentatives pour échapper aux contrôles étatiques.

Ils seront exclus du champ de l'étude car ils ne sont pas soumis au contrôle de l'État.

17. Le soutien financier de l'État aux banques, agents économiques privés, justifie la nécessité d'analyser les missions qui leur sont confiées et les moyens à mettre en œuvre pour les contrôler et contraindre les banques à les respecter.

La crise de 2008 a mis en exergue l'opposition entre la logique normative d'un État qui agit strictement au nom de l'intérêt général, et qui de ce fait, se cantonne à construire un environnement favorable au développement économique et une conception positive d'un État gouverné par la pression des groupes d'intérêts privés qui participent à la définition des préférences collectives.

---

40 Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif.

41 Bon de caisse spécialement conçu pour le financement participatif.

42 Décret n° 2016-799 du 16 juin 2016.

L'État peut utiliser sa position prééminente pour imposer la sécurité des opérations bancaires, indispensable pour éviter les faillites.

18. Ainsi, en raison du rôle et de l'importance dans l'économie des établissements de crédit, leur activité est soumise à des obligations spécifiques, notamment découlant de **règles dites « prudentielles »**, et à un contrôle de leur respect **pour assurer la stabilité bancaire** et **éviter le risque dit systémique**, protéger les déposants et les emprunteurs. Il est nécessaire que les déposants des établissements de crédit soient assurés de recouvrer leurs dépôts à vue et à terme. De surcroît, les pouvoirs publics, pour des raisons économiques, cherchent à maîtriser la distribution de crédit pour en faciliter l'accès aux entreprises et aux particuliers.

19. La réglementation applicable aux établissements de crédit n'a pas pour objet d'éliminer tous les risques encourus par ceux-ci, car une des justifications économiques du métier de banquier consiste à prendre des risques en échange d'une rémunération. Elle vise pour chaque établissement, à proportionner ses risques à sa surface financière.

Les établissements de crédit se diversifient, ils adoptent une stratégie qui consiste à exercer plusieurs, voire tous les métiers de la banque c'est à dire les activités de banque de détail, de banque de financement et d'investissement, de gestion d'actifs, de banque privée et de services financiers spécialisés.

Cette diversification de banques françaises – dites « universelles » permet d'offrir une gamme complète de produits et services aux clients, d'accroitre la rentabilité et constitue une réponse au contexte concurrentiel dans lequel les banques évoluent.

Les banques interviennent en tant qu'intermédiaires sur les marchés financiers par la distribution de valeurs mobilières qui est un mode de financement à long terme des entreprises. Elles proposent également des dérivés de leurs crédits (on a vu les dangers occasionnés par ce que l'on a appelé les « subprimes » lors de la crise de 2008). Elles ont de ce fait, un rôle d'intermédiation financière. En tant qu'entreprises d'investissement, elles sont soumises à des règles spéciales et au contrôle de l'Autorité des marché financiers (AMF), d'où la nécessité d'une coopération entre l'AMF et l'ACPR pour l'octroi de l'agrément lors de l'accès à la profession.

La réglementation s'intéresse également aux relations entre les établissements de crédit et leurs clients afin de garantir à la fois le respect des intérêts de la clientèle et la sécurité des opérations.

Les contrôles visent à limiter, voire éviter les dysfonctionnements des établissements de crédit qui peuvent constituer un frein à la circulation des capitaux et de ce fait au développement de l'activité économique et avoir des répercussions sur les autres établissements de crédit (effet domino).

L'arsenal règlementaire qui leur est applicable n'est efficace que s'il est respecté. C'est le rôle de l'ACPR, organe de contrôle, que d'y veiller.

20. L'étude portera essentiellement sur le contrôle des établissements de crédit en France dans le cadre de l'Union européenne. Elle ne s'étendra pas au contrôle des activités financières.

21. Comment l'ACPR accomplit-elle sa mission ? Comment sont organisés les contrôles des établissements de crédit en France ? Les responsables de la réglementation dans le secteur bancaire se sont-ils transformés en défenseurs des établissements de crédit qu'ils sont en charge de contrôler ?

Comment faire en sorte que les établissements de crédit adhèrent aux missions d'intérêt général qui leurs sont confiées et appliquent la réglementation qui leur est imposée ?

Quelles ont les dispositions prises ou à mettre en œuvre pour améliorer le contrôle des établissements de crédit ?

22. C'est à ces questions que des éléments de réponse vont tenter d'être apportés au cours de cette étude en abordant dans une **première partie la nécessité du contrôle pour la maîtrise des risques bancaires** qui se justifie par l'évolution du contexte économique. Ce contrôle est à la fois interne et externe.

Le contrôle interne vise le respect des règles de constitution et de fonctionnement spécifiques des établissements de crédit, il est complété par un contrôle externe, institutionnel, exercé par l'ACPR.

Dans la seconde partie seront analysées **les failles et les perspectives d'amélioration du contrôle du secteur bancaire.** Le contrôle de l'ACPR connaît des résistances et est perfectibles de ce fait, d'autres suggestions sont envisagées pour améliorer le contrôle des banques.

PARTIE I.

LA NECESSITE DU CONTRÔLE POUR LA MAÎTRISE DES RISQUES BANCAIRE

Pour limiter les risques pris par les banques, éviter les crises et permettre le financement de l'économie dans des conditions optimales, l'État français impose aux établissements de crédit le respect de certaines règles d'organisation et de fonctionnement en conformité avec la règlementation européenne.

L'État veut conserver la maîtrise de la création et de la circulation de monnaie en agissant sur la monnaie en circulation par le biais du crédit. L'utilisation trop importante du crédit est source d'inflation. De plus les banques reçoivent des fonds de leurs clients. Pour permettre à ces derniers la récupération de leurs dépôts, l'État impose aux banques certaines règles de gestion.

Le contrôle du respect de la mise en œuvre de ces règles est assuré par les acteurs ou organes internes de l'établissement.

De surcroit, l'État, pour éviter les conséquences des possibles défaillances bancaires sur les autres agents économiques a progressivement institué une surveillance, un contrôle par des organismes extérieurs. Contrôle qui s'affirme avec l'évolution de l'environnement économique en collaboration avec des partenaires européens.

La crise des subprimes a mis en lumière l'insuffisance de contrôle effectué par les autorités de supervision. On assiste aujourd'hui en matière de supervision d'une part à un transfert de compétence des autorités nationales vers les organes communautaires, d'autre part à un renforcement du rôle de la banque centrale européenne.

Cette partie comprend deux titres :

Titre I : Evolution du contrôle du secteur bancaire

Titre II : Diversité des contrôles du secteur bancaire.

TITRE : I
ÉVOLUTION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE

23. La mise en place du contrôle a été progressive. Les banques ont dans un premier temps organisé leur profession. Jusqu'au début du XXe siècle il n'existait pas de réglementation spécifique applicable au secteur bancaire.

24. Pendant de nombreuses années, les marchés sur lesquels intervenaient les établissements de crédit étaient des marchés autorégulés. Seules certaines règles de caractère privé prévoyaient les éléments de base nécessaires à leur fonctionnement : les établissements de crédit étaient contrôlés et soumis à une discipline par leurs pairs ou leurs associations professionnelles.

25. L'encadrement et le contrôle des activités bancaires sont extrêmement récents. Pour mémoire, on peut rappeler que l'intervention du législateur en France a été tardive et relativement limitée (1800 : création de la Banque de France, 1945 : loi sur les nationalisations, 1984 : loi bancaire) car le système bancaire français a connu une longue période de stabilité financière au XIXe siècle par comparaison avec d'autres pays, comme l'Angleterre ou les Etats Unis. Il a subi moins de crises sous forme de ruées et de paniques. Les faillites bancaires étaient liées à une mauvaise gestion ou des retournements conjoncturels. La faillite de banques a montré la nécessité de ne pas laisser sans contrôle les établissements de crédit.

26. L'absence de contrôle peut constituer un risque systémique dans la mesure où la faillite d'un établissement bancaire, au delà de l'impact direct qu'elle a sur ses actionnaires et ses créanciers peut fragiliser d'autres institutions bancaires en raison de ses interconnexions.

Ainsi, l'ensemble du système bancaire et l'économie réelle sont susceptibles d'être affectés par la matérialisation d'un risque pris par un seul établissement. Ce risque correspond aux coûts que font supporter les banques au secteur de l'économie réelle. Ce risque peut selon J.F. LEPETIT être appréhendé à travers la notion d'externalités négatives[43] car c'est un

---

[43] Une externalité ou effet externe est le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien être d'un autre sans qu'aucun des deux reçoivent ou paye une compensation pour cet effet. En d'autres termes, il s'agit d'un effet secondaire, une retombée extérieure d'une activité principale sans contrepartie marchande. Une externalité peut être positive ou négative selon que sa conséquence sur le bien être est favorable ou défavorable.

risque qui menace l'ensemble de la collectivité et qui génère des coûts qui ne sont pas supportés par les agents à l'origine de ces risques[44].

Ce titre comprend deux chapitres :

27. Un **Chapitre Premier destiné à montrer l'évolution de la mise en place du contrôle**. Les premiers organes de contrôle des établissements de crédit comprenaient plusieurs acteurs clés de la vie économique, puis les institutions se sont professionnalisées pour regrouper essentiellement des membres de la profession.

28. Le Deuxième Chapitre précise les raisons de cette mutation dans un contexte d'internationalisation des économies.

---

[44] LEPETIT Jean-François, « Rapport sur le risque systémique », Documentation française, p. 10 avril 2010.

CHAPITRE I : LA REFORME DU CONTRÔLE BANCAIRE ET LA CONJONCTURE ECONOMIQUE

29. Historiquement[45], le système bancaire français reposait principalement sur des opérations de banques (émission[46] et gestion de moyens de paiement, dépôt, crédit garantie[47]) accomplies par différents types d'établissements jusqu'à la Révolution :

- La banque commerciale, dite banque d'escompte, prêtait à court terme contre des sûretés constituées par les effets de commerce représentatifs de transactions commerciales réelles[48] ;
- la banque mutualiste (caisses d'épargnes et banques coopératives animées par un esprit mutualiste, à vocation d'entraide sociale, souvent d'inspiration chrétienne) assurait la bancarisation d'une clientèle d'agriculteurs, d'artisans, de petits entrepreneurs et d'épargnants particuliers et fournissait les premiers services financiers aux classes moyennes et modestes.

30. L'activité bancaire reposait sur le principe de la **liberté d'établissement pour effectuer des opérations bancaires**. Le crédit était réservé aux « marchands-banquiers » qui pratiquaient le commerce de lettres de change pour financer le commerce de gros. Des « financiers » prêtaient au roi et à l'Etat. Des notaires prêtaient aux aristocrates et aux bourgeois. Des prêteurs sur gage et des usuriers prêtaient de menues sommes pour les besoins de consommation courante. Il n'existait de contrôle ni des acteurs ni des opérations.

31. Les premières banques émettrices de papier-monnaie se sont organisées au XVIIe siècle. Deux des principales expériences : la Banque royale de Law (1718-1720) et les assignats sous la Révolution, ont échoué parce que l'Etat a utilisé les billets en question pour

---

[45] Lelièvre V., « le système bancaire et financier français », Edition Bréal, 2005.

[46] La banque commerciale est une entreprise qui collecte de l'argent par les dépôts et sur le marché monétaire et le distribue sous forme de liquidité ou de crédit. Elle propose de nombreux autres services aux clients comme l'émission de moyens de paiement (chèque, effet de commerce, chèque de banque, carte bancaire). La plupart de ces services sont facturés.

[47] Une garantie bancaire, également appelée caution bancaire, c'est assurer un remboursement dans le cas où l'une des parties concernées n'arriverait pas à honorer le contrat. En France, c'est seulement lors d'un achat immobilier financé par les banques que la garantie bancaire s'applique. Si l'emprunteur ne peut plus rembourser son prêt, la banque dispose de solutions de remboursement.

[48] Créances commerciales sur un débiteur, en contrepartie d'une vente ou d'une prestation de service. L'effet de commerce constate au profit du porteur une créance de somme d'argent et sert à son paiement.

rembourser la dette publique, entraînant des hyperinflations ce qui a contribué à durablement déconsidérer le papier monnaie[49].

32. A partir de 1796, un système bancaire s'est organisé autour de la fonction d'escompte d'effets de commerce, principale forme de crédit à court terme. Les banques d'escompte pouvaient ouvrir leurs portes sans demande d'autorisation formelle car le commerce de banque était une activité entièrement libre.

33. Constitué principalement de petites banques locales, le système bancaire a été dominé au milieu du XIXe siècle par la Haute Banque[50] dédiée au financement du commerce international et à l'industrialisation notamment par des prêts à long terme et des participations.

34. En 1800, la Banque de France, banque privée, est créée par un groupe de grands banquiers parisiens dans le but de redonner confiance aux français dans les billets de banque après l'échec des assignats sous la Révolution. D'autre part la reconstruction et la reprise d'activité après la Révolution faisaient apparaître une insuffisance de monnaie, de liquidité.

Cette banque bénéficiait d'un statut semi public : en contrepartie de la responsabilité limitée accordée à ses actionnaires, le gouvernement nommait ses gouverneurs.

Par étapes successives, elle a acquis entre 1800 et 1848 le monopole de l'émission de billets, soit par création de succursales, soit par reprises des banques départementales d'émission qui s'étaient librement créées. Par sa taille considérable, elle a dominé le marché de l'escompte tout au long du XIXe siècle. Elle était devenue par le système de l'escompte le pivot du refinancement des banques et surtout le régulateur de tout le système bancaire.

---

49 PLESSIS Alain (30 mars 1932- 16 Août 2010), « Histoire des banques en France », www.fbf.fr.

50 La haute banque est une élite, un sous ensemble de la banque privée, sorte d'appellation contrôlée correspondant à 20 ou 25 maisons sur un total de 200 recensées par l'annuaire parisien des adresses Didot Bottin. Elle se distingue par son honorabilité, son renom, sa responsabilité, sa solidité et sa stabilité et donc par la valeur de sa signature qui inspire la plus grande confiance à une époque où le risque lié aux paiements était important. Elle est organisée sous une base familiale, sous la forme de société en nom collectif ou de société en commandite simple qui permet un lien étroit entre l'entreprise et la famille. Elle s'occupe des grandes affaires, celles qui ont une dimension internationale, elle intervient dans le négoce et sur le marché international des capitaux. Elle intervient également dans les affaires qui concernent l'Etat par le biais des adjudications d'emprunts. Stoskopf N., « Qu'est-ce que la haute banque parisienne du XIXe siècle », p. 3.

35. Des banques commerciales universelles ont également été créées. Elles s'engageaient dans le financement du développement industriel des entreprises et assumaient les risques associés à la transformation de l'épargne liquide en investissement à long terme.

36. Au XIXe siècle, les faillites étaient fréquentes en l'absence de réglementation bancaire. Un certain nombre de banques commerciales parmi les plus importantes ont été frappées : le Crédit mobilier des Pereire en 1867, l'Union Générale en 1882. La Banque de France n'intervenait lors de ces faillites qu'à la demande du gouverneur.

37. Comment l'Etat peut-il intervenir pour faire face aux défaillances bancaires ? Comment la conjoncture économique influence t-elle l'organisation du contrôle des banques ?

38. Le rôle spécifique des banques dans l'activité économique et les conséquences de leurs prises de risques expliquent **la mise en place progressive des autorités de contrôle par les pouvoirs publics (Section 1)** et **constitue des réactions aux situations de crises (Section 2)**.

Section 1 : La mise en place progressive des autorités de contrôle

Les organes de contrôle apparaissaient de façon chronologique.

39. Le financement de la Grande guerre (1914) a imposé aux banques d'absorber en quantité importante des bons et des obligations du trésor dont les rendements étaient très négatifs en termes constants (abstraction faite de l'inflation). Les fonds propres et l'activité des banques ont été fortement réduits au profit d'institutions publiques ou semi publiques comme le Crédit National ou le Crédit Agricole qui étaient favorisés par l'Etat.

Une succession de ruées dans les années 1920 ont affecté des ensembles de banques et non plus seulement des ensembles isolés du fait de la multiplication interbancaire aux bilans des banques[51]. Ainsi, les banques qui avaient prêté hardiment aux industriels ont été victimes de la « congélation » de leurs crédits et exposées à des demandes massives de retraits de leurs dépôts. Elles ont, en cas d'excédent de liquidité, prêté à leurs consoeurs qui présentaient un manque de liquidité. Ces échanges ont créé une interdépendance entre les banques si bien que la faillite d'une d'elles pouvait entraîner celle des autres.

40. Les années 1930 ont été caractérisées par des paniques bancaires qui se sont produites après le retournement de conjoncture et la chute de la bourse. La production a chuté entraînant la faillite de grandes entreprises qui a mis les banques en difficulté[52].

---

[51] Dettes envers les autres établissements de crédit.

[52] Plessis A., « Histoire des banques en France », FBF, 30 janvier 2003.

41. L'Etat et la Banque de France ont tenté de limiter la propagation des crises en organisant le renflouement des banques touchées par des consortiums de banques appuyés par des crédits de la Banque de France mais cette solution s'est révélée inefficace. Elle n'a pas empêché un grand nombre de faillites et de restructurations qui ont occasionné d'importantes pertes aux déposants même dans les banques de grande taille. Ces crises ont conduit à un renforcement des parts de marché des banques survivantes qui se sont partagées les actifs des disparues.

L'absence de réglementation prudentielle et de système d'assurance dépôt a entraîné le dépôt de bilan de banques solvables qui auraient pu être sauvées. Ainsi, la Banque Nationale de Crédit créé en 1913 qui menaçait de s'effondrer a été liquidée et ses actifs repris la Banque Nationale pour le Commerce et l'industrie créée à cet effet.

42. Jusqu'en 1940, une certaine supervision des banques était exercée par la Banque de France sans aucun pouvoir légal. Elle était restreinte à la liquidité des banques ; lors des paniques elle s'interdisait d'augmenter ses prêts à toutes les banques sans liquidité et réservait ses concours aux seules banques qu'elle jugeait solvables. De surcroît, le gouverneur était saisi de tout incident ou de toute défaillance bancaire.

L'Etat ne mettait en place des plans de sauvetage que dans des cas très exceptionnels ; par exemple, à l'initiative du gouvernement, la banque Adam est renflouée en novembre 1930. Cette intervention permit aux déposants de cette banque de ne subir aucune perte mais ne suffit pas à enrayer la contagion des ruées sur les banques qui présentaient des caractéristiques comparables à celles de la banque Adam.[53].

43. En France, il faudra attendre la création du Fonds de garantie des dépôts par transposition de la directive du 30 mai 1994. Auparavant, en cas de faillite, l'État intervenait peu dans le sauvetage des banques. Ses actions étaient plutôt ponctuelles, par solidarité et pour sauver la réputation de la place de Paris, à l'instigation de l'Association Professionnelle des Banques (créée par la loi du 13 juin 1941), devenue par la suite en 1976 l'Association Française des Banques (AFB) puis en 2000 la Fédération Bancaire Française (FBF).

44. Il n'existait dans un tel système libéralisé, ni charte bancaire, ni réglementation prudentielle, ni assurance dépôt, ni séparations des activités bancaires et financières. Seules les banques qui distribuaient des prêts subventionnés par l'Etat (banques coopératives, caisses d'épargne) faisaient l'objet d'une étroite surveillance.

---

[53] Lacoue-Labarthe D., « La France a t-elle connu des paniques bancaires inefficientes ? Une analyse exploratoire des crises des années 1930 », Revue politique, Vol. 115, issue 5 p. 633-656, 2005.

45. Après la seconde Guerre mondiale, pour éviter que la cessation des paiements d'un établissement bancaire n'expose les déposants au risque de non restitution de tout ou partie de leurs dépôts et surtout que les difficultés d'une grande banque ne débouchent sur une déstabilisation du système bancaire, **les premières structures de contrôle ont été mises en place (§1)** et font l'objet de réorganisation lors de **l'apparition de comportements à risques §2)**.

§ 1 : Les premières structures de contrôle

46. La profession bancaire est une profession fermée et étroitement règlementée. L'organisation de la profession est relativement récente.

47. Le secteur bancaire et financier a été organisé de manière systématique pour la première fois par le gouvernement de Vichy avec les deux « actes dits lois » des 13 et 14 juin 1941 qui marquaient la fin du système libéral d'avant guerre.

48. Le contrôle de la profession assuré dans un premier temps par **des institutions centralisées avec de nombreux acteurs de la vie économique (A)** est effectué par la suite par les professionnels. On assiste une **professionnalisation du contrôle des banques (B)**.

49. Les banques sont classées, organisées et répertoriées dans le cadre d'une association professionnelle qui veuille au respect des décisions prises par les différents organismes de contrôle. Ces derniers voient leur composition et leur nombre modifiés et leurs rôles se renforcer au fur et à mesure que les banques deviennent des acteurs incontournables de l'économie.

50. De surcroît, la construction européenne qui nécessite l'harmonisation des règles applicables aux services bancaires dans les pays membres, influence l'organisation des structures de contrôle.

A – Une organisation centralisée avec les acteurs économiques

51. Plusieurs lois[54] sont les pierres fondatrices de la réglementation de l'activité bancaire. Elles définissent ce que sont les banques et les dépôts (loi du 13 juin 1941 articles 1 à 5)[55], et également les premières structures de supervision et de contrôle de la profession bancaire : le « Comité Permanent d'Organisation Professionnelle » (loi du 13 juin 1941 article 27) ainsi que la « Commission de Contrôle » (loi du 13 juin 1941 article 48).

52. Toutes les entreprises et tous les établissements inscrits sur la liste des banques sont tenus d'adhérer à une Association Professionnelle des Banques, constituée sous le régime de la loi du 1er juillet 1901 et placée sous le contrôle du Comité d'Organisation qui en approuve les statuts.

1 – Constitution d'une association professionnelle des banques

53. L'Association Professionnelle des Banques fait appliquer à ses membres les décisions du Comité d'Organisation ainsi que les règlements concernant les banques ; elle sert d'intermédiaire entre les banques et le Comité d'Organisation et peut jouer le même rôle entre les banques et la Commission de Contrôle.

a) **Le Comité d'Organisation** était composé de six membres nommés par le ministre de l'économie et des finances, choisis parmi les personnes exerçant la profession de banquier. Le Comité d'Organisation était chargé de la direction d'ensemble des professions touchant au crédit et au marché financier. Il prenait des décisions qui avaient pour objet de réglementer la technique du crédit et de perfectionner l'organisation des professions bancaires. Ces décisions devaient être approuvées par le ministre de l'économie et des finances chaque fois qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'un avis favorable de l'Association professionnelle.

b) **La Commission de Contrôle** était chargée de veiller à l'application de la réglementation de la profession bancaire, de sanctionner les manquements constatés et de statuer sur les appels et recours en annulation qui pouvaient lui être déférés. Elle pouvait proposer au ministre de l'économie et des finances, après avis du comité d'organisation, les modifications et compléments qu'elle estimait devoir être appropriés à la législation et à la réglementation applicables aux banques.

---

54 Loi du 19 juin 1930 portant interdiction de l'exercice de la profession de banquier aux individus frappés de certaines condamnations et aux faillis non réhabilités, Loi n° 41-2532 du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire.

55 Loi 1941-06-14 JORF 6 juillet 1941 rectificatif JORF 11 septembre 1941

c) **La Commission de Contrôle** était composée du gouverneur de la Banque de France, président, du directeur du Trésor au ministère de l'économie et des finances et du président du Comité d'Organisation.

54. Ces lois ont été pour l'essentiel confirmées par la **loi du 2 décembre 1945**[56].

55. Le lendemain de la seconde guerre mondiale se caractérise par un dirigisme financier qui s'est manifesté principalement par la nationalisation de la Banque de France et des quatre principales banques de dépôt (Société Générale, Comptoir National d'Escompte de Paris, Banque Nationale du Commerce et de l'Industrie et Crédit Lyonnais). L'Etat cherchait à contrôler l'activité de crédit de manière à réguler l'orientation de l'épargne vers des investissements d'avenir, risqués comme la sidérurgie, l'énergie et les transports[57].

56. Le marché monétaire, les marchés de dépôts, du crédit et des changes étaient séparés et réglementés. Les banques assuraient un rôle secondaire dans le nouveau système de financement de l'économie.

2 – Obligation de regroupement par catégories

57. Cette loi[58] institue trois catégories d'établissements bancaires :

- Les **banques de dépôt**, chargées d'effectuer des opérations de crédit et de recevoir du public des dépôts à vue ou à terme inférieur à deux ans. Elles ne pouvaient acquérir des participations dans les entreprises qu'à des conditions strictes et de façon limitée.

- Les **banques d'affaires** dont l'activité principale était, l'octroi de crédit, la prise et la gestion de participations dans des sociétés existantes ou en formation. Elles ne pouvaient pas y investir des fonds reçus à vue ou à terme inférieur à deux ans.

- Les **banques de crédit à moyen et long terme** qui ne pouvaient recevoir des dépôts pour un terme inférieur à deux ans. Leur activité principale était d'accorder des crédits de durées supérieures à deux ans. Elles étaient soumises aux mêmes limitations de prises de participation que les banques de dépôt.

58. Il appartenait à chaque banque de se classer dans la catégorie appropriée. Ce choix était enregistré par la Commission de Contrôle des Banques, qui, au termes de l'article 1er de la

---

56 Loi 45-15 ; 1945-12 JORF 3 décembre 1945 rectificatif JORF 14 décembre 1945.

57 Thiveaud J. M., « Les banques et l'Etat en France : Alliance, Finance et Croissance (1715-1966) », Revue d'économie financière, volume 28, n°1, 1994.

58 Loi 45-15 ; 1945-12 JORF 3 décembre 1945 article n°4

loi du 17 mai 1946[59], pouvait « faire connaître qu'elle n'accepte pas le classement sollicité par une banque et ranger celle-ci dans une autre catégorie. De même lorsque l'activité d'une banque ne correspond plus aux conditions qui avaient motivé son classement antérieur, la Commission de Contrôle peut modifier le classement. Dans les deux cas, la décision est susceptible d'un recours devant le Conseil National du Crédit ».

59. L'intérêt de cette distinction était d'instaurer un dispositif de **spécialisation bancaire** dont l'objectif était de permettre une adéquation entre les échéances des ressources collectées et celles des financements accordés.

- Elle limitait la pratique de la transformation et le risque qui en découlait
- Elle cherchait, de ce fait, à garantir la solidité du système en limitant le risque d'illiquidité en cas de retraits massifs de dépôts par les particuliers. Le risque d'illiquidité est issu du rôle de transformation d'une banque dont le terme des emplois est en général supérieur au terme des ressources. Cette transformation est inhérente à l'activité bancaire. Le risque découle des placements financiers qui sont très difficiles à liquider, c'est à dire à vendre très rapidement. Il s'agit d'évaluer, en cas de crise de liquidité et compte tenu de l'échéancier des actifs et passifs, en combien de temps et à quel prix la banque pourra t-elle honorer ses engagements. Cette question comporte deux aspects : la mesure du risque de liquidité et sa gestion.

3 – Supervision

60. Une supervision bancaire a été mise en place qui consistait en l'inscription des banques et des établissements financiers sur les listes du **Conseil National de Crédit** (CNC). Les banques ont dû se ranger dans l'une ou l'autre des trois catégories précédentes selon leur spécialisation (banque de dépôt, banque d'affaires ou banque de crédit à moyen et long terme). Chaque catégorie se voyait imposer des restrictions en matière de collecte de ressources et d'emplois. Le but était d'assurer la protection des clients et de contrôler le respect des obligations imposées à chacune des catégories de banques.

La supervision assurée par le Conseil National du Crédit et le trésor a été complétée par la **Commission de Contrôle des Banques** chargée d'un **pouvoir de sanction** des contrevenants aux dispositions du contrôle prudentiel mises en place par la loi du 2 décembre 1945.

61. Le Conseil National du crédit était composé de 38 membres classés en cinq grandes catégories :

---

[59] Loi n° 46-1068 du 16 mai 1946 modifie la loi du 2 décembre 1945 : modification par la Commission de contrôle du classement des banques. JORF du 18 mai 1956 p. 4271.

- Les deux premières étaient constituées « d'usagers du crédit : soit deux représentants de la Confédération générale de l'agriculture ; un représentant des coopératives agricoles ; un représentant des coopératives de production ; un représentant des chambres de métiers ; un représentant des industriels et commerçants exportateurs ; deux représentants, dont un industriel, des chambres de commerce ; un représentant des chambres de commerce maritime.
- la troisième catégorie constituant le Conseil était formée par les représentants des ministres spécialement impliqués par les problèmes économiques généraux de la France soit, les Ministres de l'Economie Nationale, de la Production Industrielle, de l'Agriculture, des Travaux Publics et Transports, de la Reconstruction et de l'Urbanisation, de la France d'Outre-Mer et le Commissaire Général au Plan.
- la quatrième catégorie était constituée par des financiers et des banquiers soit trois représentants des banques nationalisées ; deux représentants des banques du secteur libre ; un représentant de la Banque du Commerce Extérieur ; le syndic de la Compagnie des agents de Change de Paris.
- la cinquième regroupaient les présidents ou les directeurs généraux d'établissements ou services dont l'importance est considérable dans l'organisation bancaire et financière française : Le directeur général de la Caisse des Dépôts et Consignations qui gère d'importantes ressources financières à long terme, le gouverneur du Crédit Foncier de France qui joue un rôle fondamental dans le financement de la construction immobilière, Le président directeur général du Crédit National, dont l'intervention est capitale dans les financements à long et moyen terme ; le directeur général de la Caisse Nationale de Crédit Agricole, responsable de la bonne gestion d'un ensemble très étendu d'organismes locaux ou régionaux à compétence spécialisée, le directeur de la Chambre Syndicale des Banques Populaires, acteur important du Crédit Populaire, le directeur de la Caisse Centrale de la France d'Outre-Mer, responsable de l'administration monétaire et du financement des investissements dans une partie de l'Union Française[60], le directeur des Chèques Postaux au Ministère des Postes, Télégraphes et Téléphones, dont le service joue un rôle essentiel dans les mouvements de fonds.

62. Ainsi constitué, le Conseil National était selon les termes de la loi « placé sous la présidence d'un ministre qui était désigné par la gouvernement et qui pouvait déléguer ses pouvoirs au gouverneur de la Banque de France, vice-président de droit ». « Le directeur du Trésor assistait à toutes les séances du Conseil National du Crédit et des comités constitués dans son sein. » (Article 13 de la loi du 2 décembre 1945).

---

[60] L'Union Française est l'organisation politique de la France et de son empire colonial créé par la Constitution de la Quatrième République.

a) Attributions du Conseil

63. Les attributions du conseil pouvaient être occasionnelles, exceptionnelles ou permanentes.

- **Les attributions permanentes** sont énumérées par l'article 13 de la loi du 2 décembre. Elles concernent d'une part l'organisation de la profession bancaire, d'autre part l'orientation de la politique du crédit.

- **Les attributions exceptionnelles** sont définies par l'article 13 de la loi du 2 décembre qui fait du Conseil, dans certains cas déterminés, un organe juridictionnel en application des articles 14, 15 et 16 de la loi du 2 décembre 1945.

  Le Conseil National du Crédit disposait d'attributions exceptionnelles qui consistaient à mettre au point les projets de décrets règlementant les conditions de fonctionnement des établissements de crédit nationalisés et ceux du secteur libre, ainsi que les projets relatifs à l'organisation du crédit.

64. C'est ainsi que l'article 11 de la loi du 2 décembre avait prévu la présence au sein du conseil d'administration de certaines banques d'affaires, d'un commissaire du Gouvernement désigné par la ministre des Finances et des Affaires économiques, qui peut opposer son veto à toute décision du conseil d'administration ou des comités constitués au sein de celui-ci, ou des Assemblées Générales d'actionnaires, « qui serait contraire à l'intérêt général ». Le veto pouvait faire l'objet d'un recours auprès du Conseil National du Crédit.

Le commissaire était présent à toutes les séances du conseil d'administration et assisté d'un Comité de Contrôle[61].

65. Ces textes avaient créé un **Comité Permanent d'Organisation des Banques** et défini ses prérogatives et attributions. Ce Comité a été dissout par la loi du 2 décembre 1945 et ses attributions ont été dévolues au Conseil National du Crédit. C'est donc ce dernier qui a « organisé » la profession bancaire, c'est à dire qui tient à jour la liste des banques, examine et autorise les projets de créations nouvelles, transformation, changement de contrôle.

Il a procédé aux radiations qui s'imposaient, autorisé l'ouverture des guichets de banques sur toutes les places du territoire, fixé les taux et tarifs minima que les banques devaient pratiquer pour les principales opérations de crédit. Dans l'exercice de ses fonctions, la loi a conféré au Conseil National de Crédit un véritable pouvoir réglementaire qui s'est exprimé en décisions susceptibles d'être déférées à la censure de tribunaux administratifs,

---

[61] Le comité de contrôle qui assiste le commissaire du Gouvernement est composé d'un représentant des organisations commerciales et industrielles les plus représentatives, d'un représentant des organisations syndicales et ouvrières les plus représentatives et d'un représentant des organismes financiers publics ou semi-publics désignés conjointement, sur propositions de ces organismes, par les ministres de l'économie et des finances et du travail.

Commission de Contrôle des Banques en première instance, Conseil d'Etat en dernier ressort.

66. Quant aux dispositions relatives à **l'orientation de la politique de crédit**, elles étaient au nombre de trois et précisées à l'article 13 de la loi du 2 décembre 1945 :

« le Conseil du Crédit propose au ministre des Finances la part des disponibilités à réserver aux besoins du Trésor, aux émissions destinées au territoire d'outre-mer et à l'étranger ;

- il est consulté par le ministre de l'économie nationale sur la politique générale du crédit, en vue notamment du financement de la reconstruction et du plan de modernisation économique de la nation, du plan d'importation et d'exportation ;
- il donne son avis sur toutes directives qui concernent la distribution de crédit ».

b) Centralisation des risques

67. Pour réaliser sa mission en matière de crédit, le Conseil National du Crédit s'était appuyé sur des instruments d'information sans cesse perfectionnés comme les statistiques du Service Central des Risques.

68. Le **Service Central des Risques** était chargé de fournir au Conseil National du Crédit tout renseignement en matière de crédit, de l'informer avec une précision et une fréquence suffisantes du potentiel de crédit et des concours bancaires effectifs dont disposaient les banques. C'est à dire les autorisations et utilisations de crédit[62].

69. Antérieurement à 1946, faute d'informations centralisées sur leurs engagements mutualisés, les établissements de crédits ne disposaient pas de tous les éléments chiffrés permettant d'apprécier l'endettement réel de leurs clients. Un risque de concours disproportionnés à la surface financière d'un certain nombre d'entreprises pouvait conduire à un enchainement défavorable susceptible de déboucher, lors de phases de récession ou de crises économiques, sur de graves perturbations systémiques.

70. Pendant la crise de 1929, un congrès d'organisation bancaire a rassemblé les banquiers français et lancé officiellement, en 1931, l'idée d'une **centralisation des risques auprès de la Banque de France**. Les conditions de mise en œuvre de la centralisation des risques n'ont été possibles sur le plan juridique qu'après la création d'organismes comme, l'Association Professionnelle des Banques, la Commission de Contrôle des Banques et le Conseil National du Crédit.

---

62 RATTIER Gabriel, article, « Le service central des risques bancaires » , Revue économique n°5, volume 2 p. 600-609, 1951.

71. La justification du projet était de permettre à toute banque de répondre aussi largement que possible, mais sans risque excessif aux demandes de crédit présentées par les clients. Cet objectif s'ajoutait à l'impératif de fournir au Conseil National du Crédit « tous renseignements en matière de crédit susceptibles de l'éclairer dans sa mission d'orientation et de distribution du crédit »[63].

72. La centralisation des risques bancaires française mise en place en 1946 concernait uniquement les crédits aux entreprises.

73. Le contrôle des risques se met en place progressivement au fur et à mesure que la place des établissements de crédit dans l'économie devient fondamentale.

74. Par risque bancaire, il faut entendre concours, engagements bancaires. D'un point de vue économique, chaque fois qu'une banque accorde un financement, elle s'expose à un certain degré de risque de non remboursement, total ou partiel, ou risque de crédit.

75. Aujourd'hui, le Service central des risques est régi par un règlement du Comité de la Réglementation Bancaire du 27 février 1986[64]. Il assure périodiquement le recensement des crédits consentis au delà d'un certain seuil par les établissements de crédit à chacun de leurs clients. Il a fait l'objet d'une réforme en février 2006 qui accentue la logique économique. Le but est de répondre aux attentes de la profession bancaire en proposant, entre autres, une meilleure lisibilité des crédits à court terme et cela par un recensement plus précis de l'affacturage[65] et un repérage plus aisé des crédits liés aux besoins d'exploitation[66].

76. Le résultat de cette centralisation est diffusé par le service central des risques auprès des établissements déclarants via leur moyen de déclaration habituel. Ces derniers prennent ainsi connaissance de l'endettement total contracté en France, par catégorie de crédits, par leur clientèle. Ils fournissent également aux autorités monétaires, des informations utiles sur

---

63 Banque de France, Note d'information n° 115, Octobre 1999, p. 2

64 Règlement n° 86-01 du 27 février 1986 du comité de règlementation bancaire annexé à l'arrêté du 27 février 1986 portant homologation d'un règlement du comité de la règlementation bancaire.

65 L'affacturage ou factoring est une technique ancienne pratiquée en Angleterre et en France depuis le XVe siècle. C'est en 1973 que l'affacturage est définie par la Banque de France comme « L'opération qui consiste en un transfert de créances commerciales à un factor qui se charge d'opérer le recouvrement et qui en garantie la bonne fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Le factor peut régler par anticipation tout ou partie du montant des créances transférées ». Les sociétés d'affacturage ou factor sont des établissements de crédit spécialisés bénéficiant d'un agrément en qualité de sociétés financières ou des banques.

66 Bulletin de la Banque de France n° 152, Août 2006.

la distribution du crédit par établissement déclarant : nature de crédits, secteur d'activité et région.

4- Le contrôle par le décloisonnement des activités des établissements de crédit.

77. Dans un premier temps, le cloisonnement des circuits bancaires était organisé sous la protection du Trésor qui affectait à chaque secteur de l'économie une enveloppe de crédit en fonction des priorités désignées par les plans d'équipements de la nation. Le financement de chacun des secteurs était assuré par un organisme spécialisé sous la tutelle de l'Etat. Les banques se contentaient de drainer vers les organismes spécialisés les effets de commerce éligibles au réescompte et de participer aux syndicats de prêts mis en place par les pouvoirs publics.

78. Les banques ont ensuite été mises davantage à contribution pour offrir des prêts à moyen et long terme aux entreprises afin de compléter les crédits publics privilégiés qui se raréfiaient. Elles se sont vues autoriser à transformer leurs ressources liquides et à court terme en crédit à long terme. Pour limiter l'extension du risque d'illiquidité[67] des banques, les organismes publics de crédits (banques nationalisées, Banque de France, Caisse des dépôts et consignation) ont été chargés à la fois de surveiller la qualité des emprunteurs sélectionnés par les banques et de refinancer ces dernières en procédant au réescompte des effets représentatifs des prêts initiaux à moyen et long terme.

79. L'objectif de la spécialisation était de reconstruire le pays et freiner les excès du capitalisme en améliorant la redistribution des financements. Pour ce faire, l'Etat devait mobiliser les ressources, entre fiscalité, emprunt et crédit et développer une politique monétaire efficace pour lutter contre l'inflation et entreprendre la reconstruction.

80. Le cloisonnement des activités fondé, par la loi, sur le principe de la durée des opérations réalisées par chaque catégorie de banques était un moyen pour l'Etat de contrôler l'activité de crédit et ainsi de réguler la création monétaire et l'orientation de l'épargne.

Ce dispositif offrait une **garantie de sécurité et de solidité du système bancaire** puisque chaque banque avait le droit de réaliser seulement les opérations pour lesquelles elle disposait de ressources de même durées.

Le contrôle étatique ainsi mise en place a néanmoins montré ses limites et une nouvelle organisation a été constituée pour renforcer le contrôle des établissements de crédit.

---

[67] Incapacité pour une banque de faire face à des retraits massifs de sa clientèle.

5 - Une nouvelle organisation du contrôle des établissements de crédit

81. Les objectifs dictés par la loi de 1945 ont été assez vite détournés de leurs objectifs initiaux. En effet, les banques de dépôts effectuaient des opérations de crédit à court terme et recevaient des dépôts à vue. Peu à peu, elles ont fonctionné sur des durées de plus en plus longues pour satisfaire leurs clients.

- La spécialisation bancaire s'est de ce fait avérée **inadaptée au financement d'une économie en forte croissance.** La capacité financière des banques d'affaires était trop faible dans un contexte d'insuffisance d'épargne longue. Il était nécessaire qu'elles puisent l'épargne liquide de court terme des ménages pour l'investissement des entreprises.
- Elle était **source d'inflation et d'incohérence** ; des secteurs de financement connaissaient une pénurie alors que d'autres étaient dans une situation favorable. Les taux d'intérêt pratiqués variaient d'un secteur à l'autre.
- De surcroit, le système de financement administré, malgré les assouplissements était devenu **incompatible avec les exigences de la première directive bancaire européenne** de 1977 sur l'uniformisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire. La directive exigeait que toutes les institutions de crédit puissent exercer leur activité dans des conditions identiques dans les Etats membres de l'Union européenne[68].

82. La déspécialisation bancaire fut engagée par M. Debré, alors ministre des finances dans des décrets de 1966 et 1967 qui ont instauré une concurrence entre les banques de dépôt et les banques d'affaires[69] et qui leur a permis d'étendre librement leurs réseaux d'agences. Ces orientations ont été confirmées par la loi bancaire du 24 janvier 1984.

L'objectif était de favoriser le développement des investissements par la transformation de l'épargne courte, les dépôts des clients, en épargne longue, prêts accordés à d'autres clients. C'est à dire le financement par la création monétaire[70].

---

68 Directive n° 77-780 du 12 décembre 1977, 1er directive visant à la coordination des dispositions législatives, règlementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

69 CF n° 57 p.44

70 Les dépôts font les crédits. Chaque fois qu'une banque accorde du crédit à un agent économique, il y a création de monnaie car les moyens de paiements à la disposition de l'économie sont augmentés d'autant.

B - La professionnalisation du contrôle

83. Les organes de contrôle, dans leur structure, accordent progressivement une place prépondérante aux professionnels du secteur bancaire et financier. **Le contrôle essentiellement étatique se transforme progressivement en contrôle avec des professionnels**.

84. La loi bancaire du 24 janvier 1984[71] relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit a transposé en droit français la première directive bancaire européenne de 1977[72]. Cette loi a permis le décloisonnement de tous les établissements de crédit et le développement d'une activité de banque universelle (ou d'entreprise d'investissement à compétence mixte) de façon concurrentielle. Ces établissements ont été de ce fait soumis aux mêmes obligations de contrôle prudentiel.

La loi du 24 janvier 1984 a réformé le système de contrôle des établissements de crédit (§1). Il a été l'objet d'une restructuration après la crise de 2008 (§2).

§ 1 : Avant 2008

85. Le contrôle était assuré par :

1 – Le Comité de la réglementation bancaire et financière

Le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) institué par l'article 29 de la loi de 1984. Dans le cadre des orientations définies par le gouvernement, le Comité de la réglementation bancaire fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit.

a) Composition :

Il comprend le ministre chargé de l'économie et des finances, président, le gouverneur de la Banque de France, vice président et quatre membres nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances pour une durée de trois ans : un représentant de l'Association française des établissements de crédit, un représentant des organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit et deux personnalités choisies en raison de leur compétence.

---

[71] Loi n° 84-46-1984-01-24 JORF 25 janvier 1984

[72] Directive 77/780/CEE du 12 décembre 1977

Cette composition met en exergue une minorité des représentants de la profession 2/10 soit 20 °/° ou 40°/° (4/10) selon le statut des personnalités choisies en fonction de leur compétence. De surcroît le gouvernement participe activement au contrôle puisque représenté au sein du comité non seulement par le ministre chargé de l'économie et des finances mais également par les quatre qu'il nommait.

b) Missions :

Le Comité, chargé en collaboration avec la direction du Trésor de l'élaboration du contrôle prudentiel et de la transposition en droit français des directives de la Commission européenne dans le cadre du marché unique des services financiers, intervient dans la définition des conditions d'exercice de l'activité bancaire, dans la définition des opérations que pouvaient traiter les établissements de crédit, la réglementation du marché interbancaire, l'élaboration des normes de gestion, des procédures de contrôle interne (à ce propos, le CRBF a mis en place en 1997 un règlement central sur les conditions d'exercice du contrôle interne des établissements de crédit), la communication d'informations aux autorités compétentes.

Du fait de ses attributions, le Comité cumulait donc les pouvoirs de contrôle interne et externe et détenait un pouvoir règlementaire.

86. *Il a été réorganisé par la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1er août 2003* dans le but d'harmoniser et d'assurer une cohérence de la réglementation applicable au secteur de la banque et de l'assurance, de protéger les clients et de lutter contre le blanchiment de l'argent. La loi permet ainsi un rapprochement des instances consultatives dans le domaine de la banque et de l'assurance.

Dans le domaine de la banque et de l'assurance, le pouvoir réglementaire est désormais directement exercé par le ministre chargé de l'économie après avis du Comité Consultatif de la Législation et de la Réglementation Financière (CCLRF) qui remplace le CRBF et la Commission de la Réglementation du Conseil National des Assurances. Le CCLRF donne un avis sur l'ensemble des projets normatifs à portée générale touchant le domaine bancaire, financier ou des assurances sur saisine du ministre de l'économie en excluant les textes ayant trait à l'AMF.

2 – Le Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement

87. **Le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissements (CECEI)** mis en place également par l'article 29 de la loi de 1984 est chargé de prendre les décisions ou d'accorder les autorisations ou dérogations individuelles prévues par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux établissements de crédit, à l'exception de celles relevant de la Commission Bancaire.

a) Composition

88. Il comprend le gouverneur de la Banque de France ou son représentant, président, le directeur du Trésor et quatre membres ou leurs suppléants, nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances pour une durée de trois ans : un représentant de l'Association française des établissements de crédit, un représentant des organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit et deux personnalités choisies en raison de leur compétence.

b) Missions

Le CECEI, autorité administrative indépendante de l'Etat, mais dépourvu de la personnalité juridique, était chargé conformément à l'article L. 511-10 du code monétaire et financier et sous la surveillance de la Banque de France de « veiller au bon fonctionnement du système bancaire ». Par conséquent, il était le régulateur général de la stabilité financière ; il avait le pouvoir de délivrer ou retirer les agréments. Il vérifiait la compatibilité de la nomination des nouveaux dirigeants avec l'agrément délivré à l'établissement, compatibilités en termes d'honorabilité, de compétence et d'expérience imposées par la loi. Le CECEI se prononçait également sur les franchissements de seuil lors de fusions ou d'acquisitions d'établissements de crédits.

Responsable des conditions d'accès et d'exercice professionnel des opérations de banques et des services d'investissement il autorisait les prises de contrôle et les autres modifications de la répartition du capital des établissements existants.

89. Les règlements du Comité de la réglementation bancaire et les décisions du Comité des Etablissement de crédit et des Entreprises d'Investissement, qui doivent être motivées, sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative.

3 – La Commission Bancaire

L'article 47 de la loi de 1984 institue la **Commission Bancaire**

90. La Commission Bancaire est chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés. Elle examine les conditions de leur exploitation et veille à la qualité de leur situation financière. Elle veille au respect des règles de bonne conduite de la profession.

À la différence du CECEI dont le rôle de contrôler l'accès à la profession bancaire. La Commission Bancaire sanctionne des obligations prudentielles et toutes absences ou mauvaises applications des règles applicables aux établissements de crédit.

a) Composition

La Commission Bancaire[73] réunissait dix membres, le poids des représentants de la profession était lié aux membres nommés par le Ministre de l'Economie et des finances et pouvait atteindre plus de la moitié des membres de la Commission.

Elle a eu pour mission d'exercer la surveillance et le contrôle de la conformité des comportements des établissements à la règlementation prudentielle. Elle bénéficiait également d'un pouvoir juridictionnel partagé avec l'autorité judicaire. La Commission bancaire était une autorité administrative non dotée de la personnalité juridique, présidée par le gouverneur de la Banque de France.

L'article 50 de la loi prévoyait en outre la présence d'un commissaire du gouvernement, représentant de l'Etat dans les organes centraux des établissements de crédit. Son rôle était de veiller à ce que l'organe central[74] et les établissements de crédit qui lui sont affiliés exercent leur activité en conformité avec les textes réglementaires qui leur sont propres et avec la mission qui leur a été confiée. Il s'agissait d'un contrôle interne.

Les organes centraux pour l'application de la loi étaient : la Caisse Nationale du Crédit Agricole, la Chambre Syndicale des Banques Populaires, la Confédération Nationale du Crédit Mutuel, la Caisse Centrale de Crédit Coopératif, la Fédération Centrale du Crédit Mutuel Agricole et Rural ainsi que le Centre National des Caisses d'Epargne et de Prévoyance.

Pour l'accomplissement de ses missions, elle disposait de moyens mis à sa disposition par la Banque de France.

Cette composition a fait l'objet de transformations et la Commission Bancaire sera fusionnée avec d'autres autorités[75] pour donner naissance à l'ACP en janvier 2010[76]devenu ACPR en juillet 2013.

---

[73] La Commission bancaire est composée d'un collège qui se réunit une à deux fois par mois et d'un secrétariat général qui exécute les contrôles et prépare les réunions du collège. Ce dernier se compose de dix membres dont plus de la moitié représente la profession (6/10.

[74] L'organe central représente les établissements de crédit qui leur sont affiliés auprès de la Banque de France, du CECEI. Il est chargé de veiller à la cohésion de son réseau et de s'assurer du bon fonctionnement des établissements qui lui sont affiliés. Il prend toutes mesures nécessaires pour garantir la liquidité et la solvabilité de chacun de ces établissements et exerce à leur encontre un contrôle administratif, technique, financier et de gestion. (Article 21 de la loi 24 janvier 1984)

[75] Fusion de la Commission Bancaire avec l' Autorité de Contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) dans le cadre de la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008.

[76] L'Autorité de contrôle prudentiel fera l'objet d'une étude dans le chapitre 2.

La Commission Bancaire effectuait des contrôles sur pièces et sur place.

b) Missions

La Commission Bancaire cumulait de par sa composition les fonctions de contrôle et de sanctions. Il y avait confusion lors des procédures de contrôle dans la phase d'instruction et de jugement.

Dans l'exercice de son pouvoir de sanction, la Commission Bancaire qui se trouve être assimilée à une juridiction lorsqu'elle inflige une sanction a été confrontée à des moyens de défense de la part des établissements de crédit qui mettaient en doute son impartialité au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

91. Le Conseil d'Etat, dans plusieurs décisions du 30 juillet 2003 a estimé que « l'attribution par la loi à une Autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercés et de sanction des manquements constatés, **ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6-1 de la Commission de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que le pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision** »[77].

92. Le ministre chargé de l'économie et des finances pouvait également nommer un commissaire du gouvernement auprès de tout établissement de crédit auquel l'Etat avait confié une mission d'intérêt public.

---

[77] Banque d'escompte et Wormer, Conseil d'Etat arrêt n° 238196 du 30 juillet 2003 ; dans cette affaire, les membres du secrétariat général de la Commission bancaire ont été entendus par celle-ci sur l'affaire qui a donné lieu à la décision attaquée en dehors du cadre de l'audience et donc hors la présence de l'établissement poursuivi, cette circonstance constitue un manquement à l'exigence du caractère contradictoire de la procédure qui entache d'irrégularité la décision. Société Dubus S.A. Conseil d'Etat, arrêt n°240884 du 30 juillet 2003. En l'espèce, à la suite des contrôles administratifs effectués sur le fonctionnement de la société Dubus SA, la Commission bancaire, en application des dispositions du 24 juillet 1984, a fait savoir le 24 novembre 2000 à cette société qu'elle avait décidé d'engager une procédure disciplinaire à son encontre et l'a informée des faits qui lui étaient reprochés, la société a pu prendre connaissance de son dossier et faire valoir ses observations ; elle a ensuite été entendue par la Commission au cours d'une séance publique où elle a pu se faire assister d'un avocat, il s'en suit qu'à supposer même que la Société Dubus SA n'ait pas bénéficier de l'ensemble des garanties des droits de la défense lors des contrôles administratifs qui ont précédé l'engagement de la procédure disciplinaire, la Société Dubus SA n'est pas fondée à soutenir le droit à un procès équitable rappelé par le premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

93. Le commissaire du gouvernement pouvait s'opposer aux décisions des organes délibérants de l'organe central ou de l'établissement de crédit relatives à la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique ou de la mission d'intérêt public qui lui avaient été confiées.

94. En 2001 la loi renforce les contrôles dans les groupes bancaires en facilitant la collaboration des différentes autorités habilitées à les surveiller.

4 – Le Collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier

95. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 a institué un Collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier.

a) Composition

Il était composé du Gouverneur de la Banque de France, du président de la Commission bancaire, du président se l'Autorité des Assurances et des Mutuelles, du président de l'Autorité des Marchés Financiers ou leurs représentants.

Il était présidé par le Ministre chargé de l'économie ou son représentant.

b) Missions

Il avait pour mission de faciliter les échanges d'information entre les autorités de contrôle du secteur financier. Plus particulièrement les Autorités de contrôle des grands groupes financiers qui avaient à la fois des activités de crédit, d'investissement ou d'assurance.

Il pouvait invoquer toute question d'intérêt commun relative à la coordination du contrôle des groupes[78].

Il a été remplacé en 2010[79] par le **Conseil de la régulation financière et du risque systémique** pour renforcer la coopération et la coordination entre les autorités françaises et favoriser l'alerte et la prévention des risques du secteur financier, lui même suppléé par le **Haut conseil de stabilité financière** dans la loi de séparation et de régulations des affaires bancaires du 26 juillet 2013. Le Haut conseil de stabilité financière est l'Autorité macro-prudentielle française chargée d'exercer la surveillance du système financier dans son ensemble pour préserver la stabilité et la capacité à assurer une contribution soutenable à la croissance économique.

---

[78] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 article 6.

[79] Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010. Loi de régulation bancaire et financière. Le Conseil de régulation financière et du risque systémique était composé de représentants de la Banque de France et des autorités de contrôle du secteur financier. Il était chargé de conseiller le Ministre chargé de l'économie dans la prévention et la gestion du risque systémique.

96. Ces institutions ont fait l'objet de plusieurs réorganisations, aménagement nécessaires en réponse aux crises et aux réformes européennes.

§ 2 : Après la crise de 2008

97. L'une réorganisation récente est celle de la **création de l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP)** par l'ordonnance du 21 janvier 2010[80] résultant de la fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance. Cette Autorité fera l'objet d'une étude approfondie dans le chapitre 2.

98. Le premier objectif est de supprimer les angles morts et les redondances de la supervision dans des secteurs imbriqués pour améliorer la qualité de la supervision, son efficacité et sa compétitivité. En effet, le système reposait sur un mode « sectoriel » : des autorités de supervision sont en charge de différents secteurs : banque et assurance et assurent le contrôle prudentiel d'une part et le contrôle du respect des obligations professionnelles d'autre part. Chaque autorité était organisée sous forme duale avec un Collège délibérant et des services qui instruisent les dossiers et préparent les décisions soumises au Collège. Pour les secteurs de la banque et de l'assurance, ce sont deux autorités distinctes qui accordent l'agrément aux entreprises d'une part et qui exercent la supervision sur les entreprises agréées d'autre part[81]. Ces Autorités ont ex post le pouvoir de contraindre les parties à respecter des ordres généraux ou particuliers qu'elles leur adressent. D'une façon générale, il s'agit du pouvoir direct de sanctionner ceux qui n'ont pas obéi aux prescriptions soit issues du système juridique soit des prescriptions des Autorités elles-mêmes.

99. Le deuxième objectif est l'insertion du système de supervision français dans l'organisation européenne afin de permettre une adéquation aux impératifs de stabilité financière ainsi qu'aux évolutions règlementaires et de marché.

100. La loi du 26 juillet 2013[82] transforme l'autorité de contrôle prudentiel (ACP) en **Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)** : avec une mission

---

80 Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010. JORF n° 0018 du 22 janvier 2010

81 Rapport Deletré B., « De la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France », Janvier 2009.

82 Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. JORF n° 0173 du 27 juillet 2013

différente dans une optique de **prévention en défaillance bancaire**, les banques doivent fournir à l'Autorité des plans de résolution établis à l'avance, qui leur permettent, en cas de difficulté financière, de se restructurer rapidement afin de préserver les activités critiques pour le financement de l'économie.

101. L'ACPR met en œuvre entre autres des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires afin de préserver la stabilité financière, d'assurer la continuité des activités, des services et des opérations des établissements dont la défaillance aurait de graves conséquences pour l'économie. Elle a aussi pour objectif de protéger les déposants et d'éviter ou de limiter au maximum le recours au soutien financier public.

102. Les objectifs de la loi du 26 juillet 2013 sont d'encadrer et de réduire la prise de risque par les banques, d'assurer la sécurité des dépôts et leur financement de l'économie réelle, et enfin de réduire les conflits d'intérêts qui proviennent de certaines activités qui sont liées[83].

103. Pour accélérer l'intégration bancaire et financière au sein de l'Union européenne, la Commission européenne a élaboré à la fin des années 1999 un Plan d'Action pour les Services Financiers (PASF) qui prévoyait une série de mesures qui devaient être adoptées jusqu'en 2005. Parmi les textes promulgués dans le cadre du PASF se trouvaient ; la directive sur l'assainissement et la liquidation des banques[84], la directive sur les garanties[85] financières et la directive sur les marchés d'instruments financiers [86] (MIFID). Cette dernière a étendu la portée du concept de passeport européen à un nombre important des services bancaires et financiers.

Après avoir conclu avec succès le PASF, la Commission a défini dans un livre blanc sa nouvelle stratégie pour la période 2005-2010 dans l'objectif de **l'approfondissement de l'intégration bancaire et financière au sein de l'Union européenne**. Pour cela elle a procédé à la révision et à la refonte des textes précédents pour aboutir en 2006 à la **directive sur les fonds propres règlementaires (CRD)** qui établit des règles nouvelles

---

[83] Concrètement, il peut s'agir de cas où un établissements de crédit ou un de ses collaborateurs est susceptible de réaliser un gain financier ou d'éviter une perte financière aux dépens de clients ; du cas où l'un d'entre eux a un intérêt au résultat d'un service fourni au client qui est différent de l'intérêt du client au résultat ; est incité, pour des raisons financières au autres, à privilégier les intérêts d'un autre client ou d'un autre groupes de clients, par rapport aux intérêts du client auquel le service est rendu. Enfin, il peut s'agir d'un collaborateur qui exerce la même activité professionnelle que le client ; reçoit ou recevra d'une personne autre que le client un avantage en relation avec le service fourni au client, sous quelque forme que ce soit, autre que la commission ou les frais normalement facturés pour ce service. Du fait de l'évolution constante des activités et des relations d'affaires la liste exhaustive des conflits d'intérêts potentiels n'est pas possible à établir.

[84] Directive 2001/24/CE du Parlement et du Conseil du 4 avril 2001.

[85] Directive n° 2002/47/CE du Parlement et du Conseil du 6 juin 2002.

[86] Directive n° 2004/39/CE du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004.

sur le montant des fonds propres que les institutions bancaires et financières doivent détenir afin de se protéger des risques conformément aux exigences des accords de Bâle II. Directive 2006/48/CE qui inclut également des dispositions relatives au gouvernement d'entreprise.

En 2008, la Commission a proposé une révision de la directive sur l'adaptation des fonds propres de 2006. Les modifications obligent les établissements de crédit à détenir un niveau de fonds propres plus important qu'auparavant pour ce qui touche aux opérations de titrisation. Ces nouvelles dispositions harmonisent la notion de fonds propres, à la différence de la directive 2006/48/CE qui laissait une marge de manœuvre trop grande en la matière au États membres.

Cette première **modification de la directive CRD**, ne s'est pas avérée suffisante. Le 13 juillet **2009,** la Commission européenne a publié une **nouvelle proposition de révision** sur l'adéquation des fonds propres des banques. Ce texte dit **CRDIII** a été adopté par le Parlement et le Conseil le 24 novembre 2010. Ce texte avait pour objectif de mieux réguler le modèle « *Originate and ditribuate* » en imposant un ratio de fonds propres plus élevé pour la retitrisation ainsi que les conditions d'évaluation de risques liés au portefeuille de négociation.

Le 16 décembre 2009, le Comité de Bâle a publié une troisième version des accords de Bâle sur la réglementation bancaire. Suite à cela, le 20 juillet **2011**, la Commission européenne a proposé une nouvelle version de la directive sur l'adéquation des fonds propres **CRDIV.**

104. L'ordonnance du 27 juin 2013[87] transpose en droit français la directive européenne CRD4[88] et le règlement européen CRR[89] en redéfinissant la notion d'établissement de crédit pour la rendre conforme à la définition européenne qui se réfère à l'exercice à titre de profession habituelle « d'opérations de banques ». Ces textes visent à permettre un fonctionnement efficace du marché unique européen par l'adoption de normes uniques et l'application uniforme de celles-ci. Le CRR introduit le premier ensemble de règles prudentielles pour les banques dans l'Union. Il s'applique directement à l'ensemble des banques des Etats membres et devrait contribuer à garantir que les normes internationales de Bâle III, pour l'adéquation des fonds propres bancaires, soient pleinement respectées dans les pays de l'Union[90].

---

87 Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013.

88 Directive n°2013/36 UE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et leur surveillance prudentielle.

89 Règlement UE n° 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit.

90 Cassou P. H., « Les principales novations de CRD IV », Revue Banque n° 741, 25 octobre 2011.

105. Le **système européen de surveillance financière** se compose de deux volets :

- Le **volet macro prudentiel** assuré par le Comité de risque systémique[91],
- Le **volet micro prudentiel** intègre trois autorités de surveillance : l'Autorité bancaire européenne (ABE)[92], l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)[93] et l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)[94].

Pour assurer un contrôle efficace, ces institutions travaillent en collaboration avec les autorités nationales de surveillance, en France entre autres avec l'ACPR. Elles cherchent à favoriser la coopération et à harmoniser les pratiques au sein de l'Union européenne.

106. La création de **l'Union bancaire** en 2012 a modifié la configuration du système de surveillance de l'union en introduisant de nouveaux éléments de contrôle :

- Un règlement uniforme en matière de surveillance : le **Mécanisme de Surveillance Unique**[95] **devenu opérationnel en 2014 (MSU)** qui repose sur une supervision intégrée des banques de la zone euro. Ce système intégré permet à le Banque Centrale Européenne (BCE) et aux Autorités Compétentes Nationales (ACN) de supervision, dont l'ACPR, d'assurer un contrôle plus cohérent sur la base d'une réglementation, d'une approche et des procédures communes.
- Ce règlement est complété par le **Mécanisme de Résolution Unique** (MRU) qui est devenu opérationnel en 2016[96].

107. La réglementation applicable en France ainsi que le contrôle des établissements de crédit sont régies par les dispositions du Code monétaire et financier. Ils sont définis en conformité avec les dispositions européennes.

108. La réglementation bancaire communautaire est un des aspects de la construction progressive de l'Union européenne et influence l'évolution des structures des organes de contrôle en France en réaction aux situations de crise.

---

91 Règlement UE n° 1092/2010.

92 Règlement UE n°1093/2010.

93 Règlement UE n° 1094/2010.

94 Règlement UE n° 1095/2010.

95 Règlement UE 1024/2013.

96 Règlement UE n° 806/2014.

Section 2 : Les réactions face aux situations de crise

109. Le système bancaire est le poumon de l'activité économique, de son financement, la courroie de transmission de la politique économique. A ce titre, tout dysfonctionnement met en danger la confiance des agents économiques, perturbe leurs comportements et peut avoir des conséquences très lourdes sur l'activité et l'emploi.

110. Le développement du capitalisme dans sa phase industrielle reposait sur l'expansion de la production. Le capital (l'argent qui est réinvesti) devait être alloué en partie à des investissements productifs, permettant d'augmenter la capacité de production.

La financiarisation de l'économie[97] a favorisé une déconnexion du capital de la production, c'est à dire que le capital peut être fructifié sans la réalisation de production. Sa simple circulation engendre une création de capital neuf[98].

111. Les banques cherchent à attirer des capitaux et à les faire fructifier. Pour continuer de croître elles doivent créer davantage de monnaie en octroyant des prêts et en transformant de nouveaux flux d'argent en actifs financiers par exemple en transformant des dettes en titres revendables sur les marchés. Cette quête de rendements toujours plus élevés les conduit parfois à des agissements frauduleux sources de scandales bancaires et financiers.

La multiplication des scandales financiers, du fait de l'importance des pertes substantielles qu'elle a entrainé, a appelé à une plus grande vigilance et a accru l'intérêt porté d'une part aux risques opérationnels, d'autre part, à la gouvernance d'entreprise dans l'évolution de la réglementation prudentielle.

---

[97] Recours accru de la part de l'ensemble des agents économiques, par rapport aux périodes antérieures, aux financements extérieurs et en particulier à l'endettement. La financiarisation de l'économie est donc la part croissante des activités financières (services de banque, de placements et d'assurance) dans le PIB des pays développés.

[98] Posca J. « qu'est-ce que la financiarisation de l'économie ? », Institut de recherche et d'information socio-économiques, février 2013.

112. On entend habituellement par gouvernement d'entreprise, la manière dont sont organisées et dont fonctionnent les relations de pouvoirs entre les différents constituants de l'entreprise. Sont concernés, tout d'abord, les actionnaires et les conditions d'exercice de leurs droits vis à vis de la compagnie.

Plus que le contenu de leurs pouvoirs, qui sont en général définis par la loi et les statuts de la société, la manière dont ils peuvent l'exercer est déterminante. Leur accès à une information sincère et suffisamment précise sur la vie de la société, l'organisation et le droit de questionner les dirigeants, les modalités pratiques de l'exercice de leurs votes sont autant de champ d'application du gouvernement d'entreprise.

D'autres parties prenantes (salariés, créanciers, autorités publiques…) sont susceptibles d'améliorer la qualité du mode de gouvernance.

C'est l'ensemble des mécanismes assurant un équilibre des pouvoirs et garantissant un contrôle interne rigoureux qui contribuent à l'élaboration d'un bon gouvernement d'entreprise[99].

Les scandales peuvent encore s'expliquer par le fait que certaines entreprises et banques ont été tentées de dissimuler leur situation financière réelle, voire de se livrer à des agissements frauduleux au détriment des intérêts des actionnaires, des créanciers et des salariés.

113. Quant aux risques opérationnels, la complexité, la taille et la sophistication des produits financiers augmentent leur probabilité d'occurrence. A titre d'exemple, la réforme de Bâle II a imposé l'allocation de capital permettant de couvrir ce risque défini comme étant « le risque de pertes provenant de processus internes inadéquats ou défaillants, de personnes ou systèmes ou d'événements externes »[100]

114. La réorganisation du contrôle s'explique à la fois par le comportement des banques et de certaines entreprises qui se financent par leur intermédiaire (§1) et la récurrence des crises (§2)

---

[99] Rapport annuel de la Commission bancaire 2005, p. 169.

[100] Haouat Asli M. « Revue management et avenir » n° 48 2011/8 p. 226.

§ 1 : Les comportements à risques

Ces comportements peuvent être le fait soit de banques (A) soit de grandes entreprises (B).

A – Comportements à risque des banques

115. En ce qui concerne le CREDIT LYONNAIS : En 1993, le Crédit Lyonnais, alors propriétaire de l'Etat et plusieurs de ses filiales sont au cœur d'une série d'enquêtes, menées par la Commission bancaire, concernant des malversations qui conduisent le Crédit Lyonnais à la quasi faillite à cause d'investissements massifs opérés par l'intermédiaire de sa filiale aux Pays Bas dans la Metro Goldwyn Mayer. Le Ministre des finances de l'époque, Mr Bérégovoy était soupçonné car le juge avait mis en lumière en 1991, la persistance de découverts bancaires jugés « faramineux » accordés par la SDBD, filiale du Crédit Lyonnais, aux membres de la famille du Ministre. Début 1994, un premier rapport parlementaire dénonce le système des avances et prêts à risques, notamment dans le domaine immobilier, qui anticipaient la plus value envisagée sur ces opérations immobilières. L'affaire du Crédit Lyonnais a mis en lumière certaines des causes financières de la crise du logement[101].

116. LES CAISSES D'EPARGNE RÉGIONALES ESPAGNOLES : Dans les années 2000, l'Espagne a été prise d'une folie immobilière. La part du secteur immobilier passe de 11°/° à 17 °/° du PIB entre 1997 et 2006. Cette bulle a été alimentée par un accroissement démesuré de l'endettement des ménages souhaitant devenir propriétaires. Les prêts accordés étaient hypothécaires et indexés sur le taux interbancaire européen (Euribor). Lorsque la crise a frappé la zone euro en 2009 de nombreux espagnols ayant perdu leur emploi, n'ont pas pu rembourser leur prêt dont le taux augmentait parallèlement à l'Euribor. Comme la loi espagnole protégeait les créanciers, des milliers d'espagnols ont été expulsés de leurs logements alors que ceux-ci étaient invendables à cause du stock déjà important de logements vides. La bulle a été alimentée par la gestion catastrophique des Caisses d'Épargne régionales. Les élus locaux présents dans leurs conseils d'administration ont usé de leur influence pour que les projets immobiliers soient financés sans réalisation préalable d'études de rentabilité. Les banques ont donc accumulé de nombreuses créances douteuses. Les investisseurs, principalement les particuliers, ont

---

[101] Follorou J. « Bérégovoy, le dernier secret », édition Fayard, avril 2008.

vu leurs économies s'évaporer. L'État espagnol a dû faire appel aux fonds européens pour recapitaliser les banques ce qui a eu pour conséquence une aggravation de la dette publique espagnole[102].

117. BANCA MARCHE, BANCA DEL L'ETRURIA E DEL LASSIO, CASSA DI RISPARMIO CHIETI et CASSA DI RISSPARMIO FERRERA, quatre banques italiennes sauvées par l'État qui ont trompé leurs clients en leur vendant des actions et des obligations maison, qu'elles savaient à risque. Ces obligations ont été vendues à des personnes n'étant pas compatibles avec le type d'investissement. Pour se financer, les banques italiennes vendent leurs propres obligations dans leurs agences. Le Gouvernement Italien a lancé un fonds de sauvetage de 3,6 milliards d'euros pour sauver les quatre banques régionales plombées par des créances douteuses. L'objectif était d'éviter l'application de la directive européenne sur la résolution bancaire qui devait entrer en vigueur[103] en janvier 2016.

B – Comportement à risque des entreprises

118. L'affaire Elf est un vaste scandale qui a éclaté en 1994 sur des détournements de fonds totalisant 504 millions de dollars. A la suite d'une enquête de la Commission des opérations de bourse sur le financement de l'entreprise textile Bidermann par Elf entre 1989 et 1993. L'instruction révèle un impressionnant réseau de corruption mettant en cause des hommes politiques et des grands patrons.

L'entreprise pétrolière a été ainsi dévalisée par ses cadres dirigeants. Aujourd'hui, privatisée sous le nom de Total, la société pétrolière a abrité un vaste système de corruption permettant non seulement l'enrichissement de ses cadres principaux mais aussi la rémunération de dirigeants africains[104].

119. Pour l'affaire VIVENDI : De la CGE (compagnie générale des eaux) naîtront au début du XXIe siècle trois firmes du CAC 40 : Véolia, Vivendi et Vinci. Dans les années 1990, les grands groupes avaient privilégié, pour financer leur développement, le recours aux marchés boursiers plutôt qu'aux emprunts traditionnels auprès des banques. Au milieu des années 1990, J. M. Messier, prend la direction du groupe Vivendi et entend

---

102 Hadrien Leclerc, « Les scandales bancaires espagnols », actualités analysées europe, Les yeux du monde.fr, 6 janvier 2014.

103 Scandale bancaire en Italie, « en voulant sauver leur dépôts, ils ont perdu leur épargne », Capital.fr 12 décembre 2015.

104 L'affaire Elf en résumé », Challenges, 06 mars 2007.

transformer cette entreprise traditionnelle en un groupe international axé sur la communication. En quelques années, le groupe fera cohabiter les activités liées à l'environnement avec celles de la téléphonie (Cégétel-SFR), de la télévision (Canal +) de l'édition et de la culture grand public (Universal musique et cinéma). M. Messier a choisi la nouvelle économie comme axe de développement, quand celle-ci s'effondre en 2001, Vivendi en subi les conséquences dans ses résultats comptables et dans sa situation financière. Le dépôt de bilan sera effectif le 1er juillet 2002.

120. L'action Vivendi a perdu 90% de sa valeur et l'endettement du groupe estimé à 20 milliards d'euros. Vivendi a assuré son développement pas le biais des marchés financiers qui poussent à la hausse des cours des titres et permettent plus facilement des rachats par échange d'actions.

Certaines banques ont contribué à l'endettement de l'entreprise par l'attribution de crédit.

121. Le financement par le marché incite les entreprises à s'endetter pour réaliser leurs projets d'investissement plutôt que de renforcer leur capital, le coût de l'endettement étant plus faible que le coût des fonds propres. Augmenter le financement par la dette permet d'accroître mathématiquement la rentabilité des fonds propres ; c'est l'effet de levier financier mais dès que le coût du crédit devient supérieur à la rentabilité économique des activités, la situation des entreprises endettées devient insoutenable et elles doivent désinvestir et réduire leurs charges pour alléger le poids de la dette : c'est l'effet de massue financier[105].

122. Les scandales bancaires et financiers ont remis en cause la confiance qui constitue le fondement de base dans le monde des affaires ainsi que la réalité et l'authenticité des comptes publiés or comme le rappelle Alan Blinder ancien vice président de la réserve fédérale « sans une information financière honnête et fiable, un marché ne peut tout simplement pas fonctionner ». Les autorités de tutelle et les professionnels chargés d'effectuer les procédures de contrôle sont décrédibilisés.

123. Ces comportements à risque se cumulent avec l'état de la conjoncture économique.

---

105 On parle d'effet de levier quand l'endettement permet à une société d'accroître ses bénéfices et d'effet de massue quand celui-ci se retourne contre elle. Lorsque les actifs financés par la dette dégagent une rentabilité supérieure au coût de la dette, l'effet de levier est positif, en revanche, lorsque la valeur progresse moins vite que le poids de l'endettement, le levier se transforme en massue. L'entreprise perd de l'argent sur chaque euro emprunté. L'activité de l'entreprise chute (perte de parts de marché) et le remboursement de sa dette se complique. Les taux d'intérêt grimpent et le poids de la dette met en danger ses finances. En période de crise, les deux facteurs peuvent s'unir. Ce sont les actionnaires qui en font les frais.

124. Les nombreuses dispositions prudentielles et de contrôle mises en place n'ont pas réussi à prévenir la résurgence des crises du fait de la situation économique.

§ 2 : L'évolution face aux crises

125. La réorganisation du contrôle des établissements de crédits se justifie par des crises récurrentes du système financier international. Les crises trouvent leurs origines dans des déséquilibres macro économiques, des comportements mimétiques et des dysfonctionnements micro économiques liés à l'existence d'un aléa moral.

Le contrôle des banques et des activités particulièrement risquées est un moyen de limiter les crises.

- 1974 : faillite de la banque allemande HERSTATT et extension aux banques européennes.
- 1992-1993 : effondrement du système monétaire européen.
- 1997-1998 : les faillites d'entreprises et de banques en Asie provoquent des fuites de capitaux, la crise se propage ensuite dans la zone de l'OCDE du fait de l'interdépendance des économies.
- 2007 : crise des subprimes.

126. Les effets des crises ne sont pas uniquement nationaux. Les crises s'internationalisent par l'intermédiaire des échanges commerciaux mondiaux et par l'interdépendance des économies. Ainsi, la baisse de la demande globale d'un pays industrialisé peut provoquer une propagation de la crise aux autres États.

C'est pourquoi, elles ont progressivement permis de mettre en place une réglementation nécessaire en France et dans les pays industrialisés pour redonner confiance aux déposants en protégeant mieux leurs dépôts et contraindre les établissements crédit à limiter leurs risques.

Le rétablissement de la confiance des déposants et des investisseurs exige de la part des autorités publiques et des organes de contrôle, la prise de mesures claires concrètes et coordonnées au niveau international.

1 – La crise de 1929

127. **La crise de 1929** est une crise boursière qui se déroulait à New-York entre le 24 et le 29 octobre 1929. Elle est consécutive à une bulle spéculative dont la naissance remonte à 1927. La bulle s'est amplifiée par de nouveau système d'achat à crédit d'actions permis par Wall Street depuis 1926. Les investisseurs pouvaient acheter des titres avec une couverture de seulement 10 °/°. Le taux d'emprunt dépendait du taux d'intérêt à court terme, la pérennité du système était liée à la différence entre le taux d'appréciation des actions et le taux d'emprunt[106].

128. Suite à la hausse des taux d'intérêt en avril 1929, le remboursement des emprunts devient supérieur aux gains boursiers et de nombreux investisseurs étaient alors contraints de vendre leurs titres pour couvrir leurs emprunts. Ce qui va pousser les titres à la baisse et déclencher une réaction en chaîne.

129. La perte de confiance due à la crise affecte la consommation et les investissements. Les investisseurs qui ont spéculés en empruntant ne peuvent plus rembourser, ce qui conduit les banques à restreindre leurs crédits. Les entreprises connaissent alors des difficultés de trésorerie croissante. Les plus faibles font faillite, ce qui accroît la fragilité des banques.

Les épargnants paniquent et se précipitent auprès des banques pour retirer leur argent. Les banques les plus faibles font faillite à leur tour du fait des retraits de fonds massifs des épargnants.

La crise est devenue mondiale sous l'effet des échanges commerciaux internationaux et du poids des américains dans le monde.

130. La crise de 1929 a eu pour conséquences la suspension de l'étalon or[107] et le contrôle des changes[108]. Aux Etats Unis elle a entrainé la séparation des activités bancaires avec les banques de dépôts et d'investissement par le Glass Steagall Act et la création du gendarme boursier américain : la Securities and Exchange Commission (SEC).

---

[106] Hautcoeur P.C., « La crise de 1929 », éditeur : la découverte, collection repères, 2009.

[107] L'étalon or était un système qui permet qui permettait à un pays de rendre sa devise librement convertible en une certaine quantité d'or.

[108] Le contrôle des changes est constitué de mesures prises par l'Etat pour règlementer l'achat et la vente de monnaies étrangères par des ressortissants.

La Steagall Act a été contourné par les banques qui trouvaient les parades nécessaires pour ne pas se conformer à cette législation. Le Steagall Act a été abrogé en 1997.

131. En Europe, dans les années 1970, la **Banque Herstatt** est une banque familiale d'Allemagne de l'Ouest avec une forte activité liée au marché des changes. Sur son marché domestique, la banque connaît quelques difficultés financières, et doit de ce fait remplir des obligations face à la chambre de compensation, obligations qui doivent être payées en monnaie allemande, c'est-à-dire à l'époque en marks. Pour ce faire, elle décide d'utiliser le marché des changes en réalisant la vente de dollars pour se procurer des marks. Mais l'importance de l'activité « change » de la banque se trouve disproportionnée par rapport à son bilan et la part croissante des devises dans son financement inquiète les banques concurrentes qui deviennent de plus en plus réticentes à réaliser avec elle ce type d'opération. La banque allemande se révèle donc rapidement incapable de faire face aux obligations imposées par la chambre de compensation[109].

132. Le 26 juin 1974, la Banque Centrale allemande a ordonné la cessation des activités de la banque Herstatt et lui a retiré sa licence. Cette suspension a lieu à la clôture des marchés en Allemagne. La faible taille de la banque concernée a fait qu'elle n'a entraîné aucun impact sur le marché intérieur. En revanche, par le jeu des transactions sur le marché des changes, cette suppression va avoir de graves répercussions outre – Atlantique[110].

La suspension des activités de la banque entraîne la suspension de ses paiements sur tous les marchés. Mais plusieurs banques américaines avaient déjà versé des contreparties irrévocables en deutschemarks à la banque Herstatt avant sa cessation d'activité, sans avoir touché la contrepartie en dollars. Lorsque le correspondant de la banque allemande à New York apprend la fermeture de l'institution à laquelle il était rattaché, il suspend

---

109 L'objectif d'une opération de change est de réduire les coûts relativement élevés afférents aux paiements internes mais surtout d'assurer un meilleur contrôle interne des risques de contrepartie. Avec une procédure de compensation multilatérale, la totalité des créances et engagements d'une banque vis à vis de l'ensemble des autres participants au système est compensée de manière à obtenir une position nette globale par devise. Dans la pratique, une compensation multilatérale suppose un minimum d'organisation commune pour en assurer la gestion qui s'opère plus facilement avec le recours à une chambre de compensation. Chaque banque présentant une position nette globale débitrice n'a alors qu'un seul paiement à effectuer, au bénéfice de la chambre de compensation pour atteindre son obligation. La chambre de compensation règle, quant à elle, les banques présentant une position nette globale créditrice. Le nombre et la valeur totale des ordres de paiements sont alors considérablement réduits (au maximum un par participant et par devises).

110 En Amérique du Nord et en particulier aux Etats-Unis.

immédiatement les paiements sur le sol américain. De nombreuses banques se sont trouvées alors dans l'incapacité de récupérer les contreparties dues par la banque Herstatt.

La cessation des activités de la banque allemande suscita donc une réaction en chaîne auprès des banques américaines, incapables de récupérer les sommes qui leur étaient dues. C'est tout le système de paiement et de règlement du marché des changes qui est atteint. Plusieurs banques américaines refusaient alors d'ordonner le paiement de leur contrepartie tant qu'elles n'avaient pas réceptionné la contre valeur. En quelques jours, les montants qui circulaient sur le marché des changes diminuaient fortement.

La faillite de la banque Herstatt et l'effet boule de neige qu'elle avait eu sur le marché des changes a permis de mettre en valeur un risque systémique sur le marché bancaire, lié à l'internationalisation des échanges, à l'importance des volumes échangés et au décalage horaire.

133. Peu de temps après la faillite, Peter Cooke, directeur de la Banque d'Angleterre propose la réunion d'un comité des banques centrales, des organismes de réglementation et de surveillance bancaire des pays du **G 10** : Grande Bretagne, France, Espagne, Etats-Unis, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Italie, Suisse, Suède, Canada, Japon.

Ce comité sera à l'origine des accords de Bâle I puis Bâle II qui imposent la mise en place d'un nouveau ratio, dit ratio Cooke, remplacé en 2004 par le ratio Mc Donough qui intègre pour la première fois le risque de crédit, le risque opérationnel et le risque de marché.

134. La faillite de la banque allemande a donc eu pour réponse la **création du Comité de Bâle en 1975** dont le rôle était de déterminer les normes prudentielles à appliquer par les banques. Elle a entraîné une profonde révision du système bancaire pour lutter contre le risque de change, instaurer des normes de sécurisation et de prévention du risque systémique.

135. Les premières recommandations du Comité de Bâle ont été transcrites en Europe par la directive 89/647/CEE du 18 décembre 1989 transposée en droit français par le règlement n° 91-05 du 15 février 1991 relatif au ratio de solvabilité[111] du Comité de la réglementation bancaire et financier. **Les organes de contrôle sont amenés à expliquer les dispositions prudentielles mises en place par le Comité de Bâle pour mieux surveiller leur application par les établissements de crédit.** Ainsi

[111] Modifié par le règlement du 20 février 2007 et l'arrêté du 21 mai 2013.

dans son bulletin du 9 novembre 1993, la Commission bancaire a apporté des précisions sur le calcul des fonds propres règlementaires à mettre en œuvre et objet de contrôle[112].

2 – 1992-1992 : La crise du système monétaire européen

136. Pour ce qui concerne la crise de **1992-1993** ; en créant le Système monétaire européen (SME)[113], en 1979, le Conseil Européen[114] visait une collaboration plus étroite au sein de la Communauté Européenne (CE) en matière de politique monétaire, dans le but de mener une politique économique, monétaire et financière commune. Les Banques Centrales de la CE qui participaient au SME, s'étaient engagées dès 1993 à intervenir sur le marché des devises au cas où les écarts entre les monnaies dépassaient les limites autorisées. Certaines devises étaient surévaluées. Plusieurs devises ont ainsi fait l'objet d'attaques : la lire italienne, la livre britannique, la peseta espagnole puis l'escudo portugais. Quatre groupes de devises apparaissaient :

- la lire clairement surévaluée ;
- un groupe de devises douteuses : la livre, la peseta et, hors du SME, la couronne suédoise et le mark finlandais qui ont également subi des attaques en 1992 et ont été contraints d'abandonner leur lien unilatéral à l'ECU[115].
- Un troisième groupe de devises (les francs belges et français, la punt irlandaise et la couronne danoise) qui ont été attaquées à plusieurs reprises bien qu'aucune indication de

---

[112] Bulletin de la commission bancaire n° 9, novembre 1993, p. 4-5.

[113] Le Système Monétaire Européen créé en 1979 avait pour objectif de resserrer la coopération en matière de politique monétaire entre les pays de la communauté afin d'aboutir à une stabilité monétaire en Europe.

[114] Le Conseil Européen est composé de chefs d'Etat ou de gouvernement de l'Union Européenne. Il définit les orientations générales et les priorités politiques de l'Union.

[115] ECU : European Currency Unit ou unité de compte européen créé en 1979 avec le SME dans le but de donner aux pays membres de la CEE une zone de stabilité monétaire en limitant les fluctuations des taux de change entre les pays membres. Ce n'était pas une vraie monnaie mais un panier de valeurs. L'ECU a été utilisé comme unité de compte par les institutions européennes et les banques centrales des pays membres ainsi que comme monnaie de placement et d'endettement sur les marchés financiers.

surévaluation n'est été constatée à leur égard. Elles ont été forcées d'adopter les bandes de fluctuation élargies[116] en août 1993.

137. L'effondrement du Système monétaire européen peut aussi s'expliquer par l'unification allemande qui a engendré un choc réel asymétrique[117] pour toute l'Europe. Ainsi la politique de la Bundesbank qui a consisté à resserrer sa politique monétaire pour lutter contre l'inflation alors que la conjoncture du reste de l'Europe nécessitait une détente sur les taux d'intérêt et une dépréciation réelle des devises face au mark pour restaurer la compétitivité en est une illustration.

L'unification allemande avait pour effet d'augmenter soudainement le revenu permanent et donc une hausse rapide de la consommation. En même temps, les investissements privés bénéficiaient d'une productivité marginale du capital potentiellement très élevée, ce qui de plus attirait les capitaux étrangers. De surcroît, les investissements publics (infrastructures, logements, télécommunications, environnement) ne pouvaient que s'accélérer. Or, en économie ouverte, une demande excédentaire appelle une augmentation du prix des produits nationaux, donc une appréciation réelle.

Cette appréciation réelle pouvait être obtenue de deux manières : soit une appréciation nominale[118] du mark, soit une augmentation des prix allemands par rapport à ceux de leurs partenaires c'est-à-dire les autres pays du SME.

La première option a été rejetée par la France. En ce qui concerne la hausse des prix, soit l'inflation pouvait monter en Allemagne au-dessus des taux observés ailleurs dans les pays du SME, soit l'inflation pouvait baisser partout en dessous du taux allemand. La détermination de la Bundesbank à ne pas tolérer une montée significative de l'inflation en Allemagne fermait la première possibilité. La seule possibilité restante était la déflation si bien que, même si les autres devises n'étaient pas surévaluées avant l'unification, elles le sont devenues de ce fait. La transmission du choc impliquait l'amélioration des comptes courants et de la profitabilité des entreprises du secteur manufacturier dans les pays autres que l'Allemagne.

Cette politique économique a eu pour conséquence une désinflation assortie d'une récession et une augmentation du chômage dans toute l'Europe.

---

[116] Il existait entre les Etats de la Communauté Economique Européenne un taux fixe ou parité pour la conversion d'une monnaie en une autre avec l'intervention des Banques centrales pour maintenir le taux de change autour de la parité dans le cadre des marges de fluctuation prévues.

[117] On appelle choc asymétrique un événement ayant un impact macroéconomique seulement dans un pays ou avec une intensité différente selon les pays. Une variation de la demande, dans un secteur de spécialisation, un événement politique ou social peuvent constituer un choc asymétrique.

[118] Hausse de la valeur du mark, valeur de la monnaie sans prendre en considération l'inflation.

138. Les crises de change du SME ont générés des zones de réalignements décidées en présences d'attaques spéculatives. Les autorités n'ont pas été capables en 1992-1993 de préserver l'intégrité du SME ; l'abandon du contrôle de change à partir de juillet 1990 a rendu les réalignements impossibles. Une mesure prudentielle, l'obligation d'un dépôt non rémunéré[119] sur les positions ouvertes[120] restaure la stabilité perdue avec l'abandon du contrôle de change[121]. **Le système des réserves obligatoires**[122]**, institué en France en 1967, permet d'agir sur la liquidité et de stabiliser les taux d'intérêt du marché monétaire. Le respect de ces mesures fait l'objet de contrôle par la Commission bancaire.**

139. La crise des changes amorcée depuis 1990 a accéléré le processus de mise en place d'une monnaie européenne prévue dans le traité de Maastricht du 7 février 1992. Les pays européens, s'ils poursuivent leur intégration doivent renoncer à l'autonomie de leur politique monétaire. Le passage à la monnaie unique est la seule solution pour réduire les coûts de transactions liés aux opérations de change au sein de l'Union.

140. La mise en place du système européen des banques centrales (SEBC) a été préparée à partir de janvier 1994 par l'Institut monétaire européen (IME) en liaison avec les banques centrales nationales. Conformément au traité de Maastricht, l'IME a été mis en liquidation à la suite de la création de la BCE. Le SEBC et la BCE déterminent la politique monétaire[123], par exemple la fixation des taux d'intérêt directeurs, au sein de la zone euro et ce, depuis le 1er janvier 1999[124].

141. La politique monétaire s'appuie sur le système bancaire pour financer l'économie. Elle n'agit pas directement par un ajustement de la quantité de monnaie en circulation, mais

---

119 Obligation de dépôts ou réserves obligatoires sont des dépôts que chaque banque d'un pays doit effectuer sur son compte à la banque centrale dont elle dépend.

120 La position est ouverte quant elle expose au risque de marché exemple : le fait de détenir une action. En la cédant, la position se ferme et l'exposition au risque disparaît.

121 Eichengreen B. Wyplosz C., « Pourquoi le SME a explosé et comment le relancer ? », Revue économique n° 45, p. 673-680, 1994.

122 Système qui obligent les banques à constituer des dépôts non rémunérés auprès de la Banque de France, ce système permet à la Banque centrale de modifier, en modulant le taux des réserves, le coût de refinancement des banques commerciales, et pas conséquent celui du crédit accordé aux agents économiques.

123 La politique monétaire, mission principale des banques centrales, consiste entre autres à agir sur le prix de la monnaie et donc le taux de crédit.

124 Bulletin Banque centrale n° 61, janvier 1999.

indirectement par son action sur le prix de la monnaie, c'est à dire le taux d'intérêt. Une hausse ou une baisse des taux surtout si elle est rapide freine ou accélère les demandes de crédits et donc les investissements et les emplois**.**

142. La hausse des prix déprécie la valeur réelle de la monnaie. La hausse du taux de change[125] **correspond à une dépréciation de la monnaie nationale et une appréciation des devises.**

La Banque centrale est amenée à surveiller la position de la monnaie nationale sur le marché des changes et à en régulariser le cours par rapport aux devises étrangères conformément à la réglementation européenne.

Il est donc nécessaire que la Commission bancaire exerce sur les établissements de crédit un contrôle de liquidité[126] **et de solvabilité**[127]**. La loi du 31 décembre 1993**[128] **a institué une surveillance consolidée au niveau européen et celle du 8 août 1994 établit le principe de la garantie des dépôts**[129]**.**

3 – La crise des années 1997-1998

143. La crise des années 1997-1998 s'explique par le fait que dans les années 1990, les Dragons**[130]** apparaissent comme les champions de l'économie. On parle de « miracle asiatique, les capitaux affluent vers ces pays du fait des perspectives de rendement plus élevé qu'au Japon ou aux Etats-Unis. Le secteur privé s'endette vis à vis de l'étranger, il le fait en monnaie étrangère et à court terme, avec cet argent, il investit dans l'immobilier c'est à dire à long terme. La crise part de la Thaïlande, les investisseurs étrangers qui prêtaient sans retenue à ce pays révisent leur jugement. Les exportations ont commencé à ralentir, la monnaie que les autorités thaïlandaises ont « ancré » au dollar est attaquée. La monnaie thaïlandaise (le bath) entame une chute rapide.

---

125 Le taux de change est le prix relatif d'une monnaie par rapport à une autre. Son évolution est fortement corrélée à l'inflation. Celle-ci entraîne une dépréciation du taux de change.

126 Régulation du marché monétaire pour garantir l'approvisionnement en liquidité.

127 Surveillance de ratios prudentiels.

128 Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant sur la surveillance consolidée.

129 Loi n° 94-679 du 8 août 1994.

130 Taïwan, Corée du Sud, Hong-Kong et Singapour. Dans les années 1980 et 1990, ces pays ont enregistré, grâce à leur capacité de travail et leur politique économique et sociale attractive, des taux de croissance et des succès tels qu'ils ont été cités en exemples et ont détourné, au détriment d'autres régions du Sud des investissements importants.

La crise asiatique en Asie de l'Est apparaît donc d'abord comme une crise financière. Elle a commencé par une attaque spéculative sur la monnaie thaïlandaise (le bath) qui a vu son ancrage au dollar américain se rompre.

La crise se propage à d'autres pays d'Asie (Malaisie, Philippines, Indonésie, puis la Corée du Sud), dans ces pays, les monnaies et les cours boursiers partent également à la baisse. La chute du bath rendait les monnaies des autres pays relativement plus chères, donc affectait leur compétitivité en termes de prix. De ce fait les marchés ont considéré l'ensemble de ces pays avec méfiance.

L'extension rapide aux devises malaise, indonésienne et philippine, ainsi que l'apparition de tensions intenses dans les systèmes financiers domestiques telles que des taux d'intérêt très élevés, l'effondrement des marchés boursiers ont entraîné les faillites massives dans le secteur bancaire et manufacturier. Ces faillites d'entreprises provoquent des fuites de capitaux, la crise se propage ensuite dans les pays de l'OCDE[131] du fait de l'interdépendance des économies.

144. La particularité de la crise asiatique est d'intervenir alors que les fondamentaux économiques c'est à dire les chiffres de l'économie réelle, étaient plutôt bons. En Corée le taux de croissance moyen de 1994 à 1996 était supérieur à 8 %, l'inflation ralentissait, le taux d'épargne domestique s'élevait à 37% du PIB.

145. La source des problèmes s'est située dans la sphère financière. La libéralisation et la transformation peut être trop rapide des systèmes financiers asiatiques, a eu pour conséquence l'affaiblissement du contrôle de l'Etat sur le secteur financier dans la mesure où les établissements de crédit ont mis en place d'une part, un contrôle interne[132], autocontrôle des risques qui est une composante essentielle de leur gestion et d'autre part une gestion globale des risques qui leur permet de répondre aux exigences de fonds propres des règlementations et d'optimiser leurs fonds propres. Les banques ont donc pris davantage de risques. Quand la confiance des investisseurs étrangers prend fin, les banques nationales ne trouvent plus sur le marché international de banques étrangères désirant leur renouveler leurs prêts à court terme. Elles font donc face à un problème de liquidité qui risque de les rendre insolvables.

146. Suite à la crise de 1997, le rôle de la Commission bancaire a été renforcé par la loi du 25 juin 1999[133], il lui a été confié un rôle déterminant dans les procédures de redressement et de liquidation des banques avec notamment la possibilité de nommer, le

---

131 Organisation de Coopération et de Développement économique ; organisation internationale d'études économiques crée en 1960 et composée de pays développés à économie de marché et à gouvernement démocratique.

132 Loi bancaire du 22 mars 1993 relatif au statut et au contrôle des établissements de crédit. Modifiée par la loi du 15 mai 2007.

133 Loi n° 99—532 du 25 juin 1999

cas échéant un administrateur provisoire ou un liquidateur. De surcroit, un fonds de garantie unique couvrant les cautions, les dépôts et les titres a été créé.

147. La loi du 1er août 2003 réorganise la supervision du secteur bancaire et financier en étendant le champ de contrôle de la Commission bancaire aux teneurs de comptes conservateurs[134].

148. Au delà de leurs différences de nature, les crises successives revêtent pourtant des similitudes quant à leur déroulement on retrouve la séquence suivante : pertes de réserves, fuite de capitaux, brusque dépréciation du taux de change puis récession brutale permettant d'ajuster la balance commerciale. Contrairement aux autres, la crise des surprimes est une crise de liquidité.

4 - La crise des Subprimes

149. En 2007, la crise des Subprimes : le terme « subprime » désigne la note, la « cote » attribuée à des emprunteurs qui présentent un risque élevé de ne pas pouvoir rembourser leur crédit immobilier simplement parce que leurs revenus sont faibles.

Depuis les années 2000, aux Etats-Unis, des courtiers démarchent des ménages. Pour gagner le plus de commission possible, ils les poussent à s'endetter de façon imprudente. Avec certains prêts dits « No Doc » les emprunteurs n'ayant à fournir d'information ni sur leur revenu ni sur leur patrimoine. Les ménages s'endettent tellement que leurs échéances mensuelles futures atteindront au moins le montant de leur revenu. Des prêts bénéficient de « teaser rates » de taux d'intérêt faible la première année qui masque le fait qu'il grimpera ultérieurement. George Soros dans son livre « la vérité sur la crise financière » rapporte que certains prêts sont dits « ninja » (*no income, no job, no asset*) c'est à dire accordés à des emprunteurs sans revenu, sans emploi, sans patrimoine. Une fois qu'ils ont fait signer les demandes d'emprunts, les courtiers les passent aux banques en touchant leurs commissions. Le risque des prêts est donc transféré aux banques. Ces dernières se débarrassent de ces crédits en les vendant (on parle de modèle « originate ans distribute »). Elles les vendent à des structures ad hoc spécialement créées à cet effet (les « conduits »). En sortant ces crédits de leur bilan, elles contournent les réglementations prudentielles

---

[134] Le teneur de comptes conservateurs a en charge la conservation des actifs financiers ainsi que leurs enregistrements comptables dans le respect des normes fixées par les autorités.

qui les obligent à renforcer leurs fonds propres[135] quand elles accordent davantage de prêts.

150. Vendre le crédit que l'on vient d'accorder induit des comportements dangereux : Comme la banque sait qu'elle pourra se débarrasser de ce crédit, elle n'est pas incitée à être vigilante quant au risque qu'il présente. Tout comme les courtiers qui démarchent les ménages, elle n'est donc pas prudente dans la distribution des prêts.

Pour acheter aux banques les crédits immobiliers dont elles se débarrassent, les « conduits » empruntent sur les marchés en émettant des titres à court terme le plus souvent. Ces titres (dont les ABS[136], Asset Baked Securities), qui sont adossés aux titres vendues par les banques, peuvent ensuite circuler sur les marchés. Des crédits bancaires sont ainsi transformés. On parle de « titrisation »[137].

151. Début 2007, la proportion des ménages qui ne peut plus faire face à leur engagement augmente sensiblement. En raison du nombre croissant d'impayés, de nombreuses maisons sont à vendre. Les prix baissent. Des ménages voient leur maison saisie. Les ABS gagés sur des produits qui ne valent plus grand-chose, commencent à affecter la situation des banques, et, de ce fait à être regardés avec méfiance.

152. Les produits financiers nés de la titrisation, devenus des titres « toxiques » se sont échangés massivement sur les marchés et principalement entre les banques. Mais plus personne n'en veut et chaque banque se met à douter de la santé des autres. Par conséquent les banques ne se font plus confiance et ne se prêtent plus entre elles. D'un problème de solvabilité des ménages les plus pauvres aux Etats-Unis, on est passé à une crise de liquidités.

En 2007, **la crise des « subprimes »**, crise financière a débuté aux Etats Unis sur le marché des prêts hypothécaires aux emprunteurs, les plus risqués. Petit à petit, elle a atteint les marchés financiers puis l'économie réelle. La crise financière a d'abord entraîné une crise de confiance : les banques hésitent à se prêter entre elles, les ménages, par crainte du chômage augmentent leur épargne de précaution. Les prêteurs, devant faire face à un risque de défaut accru, font payer plus chers les emprunteurs et parfois refusent de leur prêter. La restriction de crédit et la crise de confiance ont pour conséquence une baisse des investissements des ménages et des entreprises, la baisse de la demande explique le resserrement du commerce mondial et l'élargissement de la crise au commerce international.

---

[135] CF p 36 note n° 44.

[136] Asset Backed securities (ABS) ce sont des produits financiers adossés à des créances telles que cartes de crédit, prêts étudiants, etc.,… qui sont émis par un fonds commun de créances et vendus sur le marché financier

[137] Technique financière qui permet de transférer des actifs financiers à des investisseurs. Les actifs ou les créances sont cédés à une structure ad hoc – fonds commun ou société de titrisation en France – qui émet des titres financiers vendus à des investisseurs.

153. A niveau européen, la crise a révélé des **carences du mécanisme de surveillance financière en matière de coopération, de coordination et de cohérence dans l'application des législations de l'Union européenne.** Le Parlement et le Conseil ont adopté en novembre 2010 quatre règlements mettant en place le système européen de surveillance financière qui se compose de deux volets.

Le volet macro prudentiel est confié au Comité européen du risque systémique[138]. Le volet micro prudentiel intègre trois autorités européennes de surveillance ; il s'agit de l'Autorité bancaire européenne[139], l'Autorité des assurances et des pensions professionnelles[140] et l'Autorité européenne des marchés financiers[141]. Elles sont complétées par un Comité mixte de l'Autorité européenne de surveillance et des autorités de surveillance des Etats membres visés par le règlement. Les autorités disposent de compétences normatives renforcées en matière de réglementation et de surveillance[142].

154. De surcroît, la surveillance a été renforcée par la création d'un fonds européen de stabilité financière en 2010,[143] la mise en place en 2011 du mécanisme européen de stabilité (MES). Les Autorités nationales de la zone euro vont communiquer davantage entre elles, se coordonner et avoir un pouvoir d'intervention élargi.

155. Les crises, dans leur ensemble, ont des conséquences sur les contrôles effectués sur les établissements de crédit puisqu'elles augmentent leur risque de solvabilité et peuvent mettre en péril leur survie et par voie de conséquence la sécurité de l'épargne qu'ils ont collectée.

156. Les crises et les scandales financiers mettent en lumière la nécessité de faire évoluer la réglementation applicable aux établissements de crédit afin d'éviter le renouvellement des crises, les malversations et de responsabiliser ces derniers sur les risques qu'ils prennent.

---

138 Règlement UE n° 1092/2010 du Parlement et du Conseil.

139 Règlement UE n°1093/2010 du Parlement et du Conseil.

140 Règlement UE n° 1094/2010 du Parlement et du Conseil.

141 Règlement UE n° 1095/2010 du Parlement et du Conseil.

142 Conférence de l'ACP « Les nouveaux enjeux de l'Union bancaire européenne », 14 juin 2013.

143 Crée par une résolution du Parlement européen du 7 juillet 2010, géré par la Banque européenne d'investissement, il pouvait contracter des emprunts avec la garantie des Etats membres en faveur d'un pays rencontrant des difficultés de solvabilité. Le FESF a été remplacé en septembre 2012 par le MES. Le FESF continue d'exister jusqu'à l'extinction des programmes irlandais, portugais et grec.

CHAPITRE II : L'EVOLUTION DE LA RÈGLEMENTATION ET DES MARCHÉS DE CAPITAUX

157. Les règles européennes déterminent et harmonisent les éléments de contrôle de l'activité bancaire et financière au sein de l'Europe.

Depuis la signature du traité de Rome de 1957[144], la Communauté Européenne s'est donnée comme objectif de mettre en place un marché commun, en commençant par les marchandises. Durant les vingt cinq premières années de la communauté, peu de mesures ont été prises pour libérer les échanges de services et les mouvements de capitaux. C'est par l'acte unique de 1986[145] que les Etats membres ont décidé de réaliser, le 1er janvier 1993, un véritable marché unique garantissant la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

158. La liberté des échanges nécessite la mise en place d'une harmonisation suffisante des règles applicables aux services bancaires dans tous les pays de l'Union pour assurer la stabilité du système bancaire, protéger les intérêts des clients et permettre le bon fonctionnement des systèmes de paiements. La réglementation bancaire communautaire repose sur plusieurs principes :

- la **liberté totale des mouvements** de capitaux au sein de l'Union européenne ; les États membres doivent mettre fin à toutes les mesures de contrôle des changes en vigueur,
- la **liberté d'établissement** ; tout établissement de crédit agréé par un Etat membre doit pouvoir implanter une succursale dans un autre Etat membre, sans avoir à demander d'autorisation aux autorités locales,

---

144 Traité de Rome : le 25 mars 1957 : l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas signent à Rome deux traités. Le premier crée la communauté économique européenne (CEE), le second la communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euraton). Ces deux traités sont entrés en vigueur le 14 janvier 1958.

145 Le 17 février 1986, neuf Etats membres ont procédé à la signature de l'Acte Unique Européen (AUE) suivis du Danemark, de l'Italie et de la Grèce le 28 février 1986. Ratifié par les Etats, l'AUE est entré en vigueur le 1er juillet 1987. C'est le prolongement du traité de Rome de 1957 qu'il révise pour relancer l'intégration européenne et mener à terme le marché intérieur. Il permet la transformation, le 1er janvier 1993, du marché commun issu du Traité de Rome en un marché unique sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée.

- **liberté de prestation de services** ; tout établissement agréé dans un Etat doit avoir la possibilité de proposer ses services à un client qui réside dans un autre Etat membre, sans obligatoirement y être implanté,

- **la reconnaissance mutuelle des agréments et des pratiques** ou principe du « passeport unique » : tout établissement régulièrement agréé dans son pays d'origine bénéficie de la liberté des prestations de services dans tous les Etats membres,

- la surveillance par les autorités du pays d'origine conformément au **principe de subsidiarité**, selon lequel chaque pays reste responsable de la définition précise de la nature des réglementations applicables sur son territoire et le choix des moyens de surveillance.

159. Les textes communautaires[146] comprennent de nombreuses dispositions relatives :

- à l'accès à la profession et à l'organisation des établissements de crédit ; c'est-à-dire « des entreprises dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour compte propre » ;
- aux règles comptables[147] c'est-à-dire les méthodes d'évaluation applicables aux diverses catégories des postes de bilan et de hors bilan, au mode de présentation des bilans et du compte de résultats annuels, aux conditions de publication des informations comptables et financières ;
- aux normes prudentielles[148] c'est-à-dire que les textes qui définissent les fonds propres, le ratio de solvabilité, le niveau des risques, l'importance des participations détenues dans les entreprises non financières ;

---

[146] Directive n° 2006/48/CE du Parlement et du Conseil du 14 juin 2006 relatif à l'accès de la profession bancaire, transposée en droit français par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007. Arrêté du 20 février 2007, relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédits et entreprises d'investissement.. Directive n° 2005/60/CE du Parlement et du Conseil du 26 octobre 2006 relative à la prévention de l'utilisation du système financier au fin de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, transposée en droit français par la loi n°2008-776 du 4 août 2008.

[147] Arrêté du 20 février 2007 relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement. Transposition de la directive 2006/48/CE et 2006/49/CE.

[148] Décret n° 2007-745 du 9 mai 2007 relatif à la solvabilité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Transposition de la directive 2006/48/CE

- aux règles de protection de la clientèle, portant principalement sur la garantie des dépôts[149], les conditions d'offre de crédit aux particuliers, de moyens de paiements et de transferts transfrontaliers ;

160. aux méthodes de surveillance relevant de la responsabilité des autorités compétentes de chaque Etat membre[150].

Les autorités nationales doivent échanger les informations nécessaires à leur mission relatives aux succursales et filiales d'établissements originaires d'autres Etats membres.

161. La multiplication des crises, les scandales financiers **l'évolution de la réglementation européenne (Section 1), et des marchés de capitaux (Section 2)** avec l'apparitions de nouveaux produits d'épargne amènent les pouvoirs publics à réorganiser la structure de contrôle des établissements de crédit.

Section 1. L'évolution de la réglementation

162. Essentiellement édictées par des autorités nationales, publiques, dans un premier temps, les règles prudentielles à respecter par les établissements de crédit proviennent, progressivement d'instances internationales composées de représentants de la profession.

163. L'article 14 de la loi du 2 décembre 1945 prévoyait qu'un décret du ministre de l'économie et des finances, fixerait, dans un délai de trois mois et sur proposition du Conseil national du crédit les règles fondamentales de fonctionnement des établissements nationalisés et du secteur libre c'est à dire les règles d'établissement et de publicité des bilans des établissements de crédit ; les règles applicables en matière d'opérations bancaires, les règles de composition de portefeuilles bancaires, les obligations des établissements de crédit en matière d'émission et de conversion de fonds publics, les incompatibilités résultant de l'exercice de la profession bancaire tant en ce qui concerne les membres des organismes de direction prévus que le personnel des établissements de crédit.

---

149 Directive n° 2014/49/UE adoptée le 16 avril 2014 et transposée en droit français par la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014.

150 Directive n° 2013/36/UE du 26 juin 2013, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2014/1316 du 3 novembre 2014.

164. Sous le régime de la loi du 24 janvier 1984 c'est le Comité de la règlementation bancaire qui établissait la règlementation applicable aux établissements de crédit. Elle portait notamment sur :

- le montant du capital des établissements de crédit et les conditions dans lesquelles des participations pouvaient être prises ou étendues dans ces établissements ; les conditions d'implantation des réseaux ; les conditions dans lesquelles ces établissements avaient la possibilité de prendre des participations ;

- les conditions d'exécution des opérations par les établissements de crédit, en particulier dans leur relation avec la clientèle ainsi que les conditions de concurrence ;

- L'organisation des services communs ;

- Les normes de gestion que les établissements de crédit devaient respecter en vue de garantir leur liquidité, leur solvabilité et l'équilibre de leur structure financière ;

- Le plan comptable, les règles de consolidation des comptes, ainsi que la publicité des documents comptables et des informations destinées tant aux autorités compétentes qu'au public. (article 33 de la loi).

169 Les règles dont relèvent les établissements se renforcent aux cours des différents **accords du Comité de Bâle (§1), des décisions prises par le G20 en matière bancaire à suite de la crise de 2008 (§2) et les règles adoptées par l'Europe en application des dispositions du G20 (§3).**

§ 1 : Les accords du Comité de Bâle

Les premiers accords ont formulé des recommandations prudentielles (A) qui ont été successivement complétées par des règles de transparence et de responsabilisation (B), et les nouvelles exigences prudentielles de Bâle III (C).

A - Bâle 1 : Les recommandations prudentielles

165. Aujourd'hui la réglementation applicable provient des différents comités hébergés par la Banque des règlements internationaux.

La Banque des règlements internationaux (BRI) dont le siège est à Bâle, en Suisse, est une institution qui permet aux banquiers centraux membres de son conseil d'administration de débattre des questions intéressant l'évolution des marchés financiers.

La BRI, créée en 1930 est la plus ancienne institution financière internationale, son statut juridique est celui d'une société anonyme dont les actionnaires sont les banques centrales. Sa principale fonction est la préparation des accords de Bâle au sein du comité de Bâle ;

Le capital de la BRI est composé d'actions appartenant à 60 banques centrales. La moitié de ce capital appartient aux banques centrales d'Allemagne, d'Angleterre, de Belgique, de France, d'Italie et des Etats-Unis d'Amérique. Ce sont les gouverneurs de ces six banques centrales qui se partagent la direction de la BRI avec les gouverneurs de la Banque centrale du Canada, de la Chine, du Japon, du Mexique, des Pays Bas, de Suède et de Suisse et le président de la Banque centrale européenne.

La BRI joue un rôle central dans la gestion des réserves de devises des banques centrales. Elle avait été créée pour gérer les modalités financières du plan Young traitant de la question des réparations de guerre dues par l'Allemagne en application du traité de Versailles[151]. A la fin de la Seconde Guerre mondiale, son rôle s'est élargi à la gestion des financements mis en œuvre pour la reconstruction européenne.

La BRI est banque des banques centrales[152] mais n'est pas banque centrale des banques centrales[153]. Elle ne joue le rôle de financier des banques centrales que marginalement et si elle est autorisée à leur prêter des fonds sur de solides garanties son rôle bancaire est moins marqué que son activité de prestataire de service et de conseil. Banque de banques centrales, elle a créé une gamme de services pour aider ces dernières à gérer leurs réserves de change.

La BRI est pour ses actionnaires, une source d'informations dans la mesure où ses membres lui transmettent des statistiques et informations qu'elle exploite pour en tirer des observations sur le fonctionnement des marchés bancaires et financiers mondiaux. Le rôle de la BRI s'est amplifié ces dernières années avec la crise financière, monétaire et économique de 2008[154].

---

151 Traité de paix entre l'Allemagne et les Alliés signé à l'issue de la Première Guerre mondiale le 28 juin 1919 dans la Galerie des glaces du château de Versailles et promulgué le 10 janvier 1920.

152 C'est une société anonyme dont les actionnaires sont des banques centrales. Aujourd'hui, la BRI est composé de 60 banques centrales qui représentent 95°/° du PIB mondial. (www.bis.org)

153 La BRI n'entretient pas de relations bancaires avec les particuliers et les entreprises. Il lui est de surcroît interdit de consentir des avances aux gouvernements et d'ouvrir des comptes courants en leur nom.

154 Ordonneau P., « La Banque des règlements internationaux », Les Echos, 20 mai 2012.

167 A sein de la BRI, **le Comité de Bâle** ou *Basel Commitee on Banking Supervision* (BCBS) vise à assurer la stabilité du système bancaire et financier par l'établissement de standards minimaux en matière de contrôle prudentiel, la promotion et la diffusion de meilleures pratiques bancaires, la coopération internationale en matière de contrôle prudentiel. Composé des gouverneurs des principales banques centrales[155] et des organismes de réglementation et de surveillance bancaire des principaux pays industrialisés, le Comité de Bâle, **fixe les recommandations à respecter dans le cadre de la prévention des risques et de la régulation financière**. Ce sont les règles « Bâloises ».

167 En matière bancaire, les règles prudentielles sont recommandées par le Comité de Bâle qui est composé des gouverneurs des banques centrales et des autorités prudentielles des 13 pays suivants :

- L'Allemagne, la Belgique, le Canada, l'Espagne, les Etats-Unis, la France, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Unis, la Suède et la Suisse. Il est composé de groupes de travail autour de différents thèmes (quatre groupes qui représentent des instances techniques et un groupe de liaison). Chaque groupe se réunit au moins une fois par mois.

168 Le secrétariat du Comité est assuré par la Banque des Règlements Internationaux (BRI). Il est composé de spécialistes du contrôle bancaire détachés, pour une période déterminée par les institutions membres du Comité. Son rôle est déterminant puisqu'il consiste à rédiger les documents soumis au Comité par les groupes de travail.

Les procédures de décisions au sein du Comité mettent en œuvre trois niveaux différents : En amont, le Comité de Bâle rend compte au Comité des gouverneurs des Banques centrales des pays du groupe qui se réunit tous les mois à la BRI. A cette occasion, les gouverneurs déterminent les grandes orientations des travaux du Comité de Bâle. C'est le Comité des gouverneurs qui adopte les textes les plus importants.

Les travaux de Comité de Bâle sont préparés dans le cadre de sous-groupes techniques.

---

155 La BRI a d'abord organisé des réunions entre les gouverneurs des principales Banques centrales fondatrices de l'institution, le Groupe des Dix qui constituent encore aujourd'hui le conseil d'administration de la BRI. La composition de l'actionnariat de cette dernière a progressivement été augmenté car elle était perçue comme relativement restreinte et parfois trop exclusivement orienté vers les pays occidentaux, voire européens. Le dernier élargissement a eu lieu en 2011 et a porté le nombre des actionnaires à 60.

Ces groupes de travail élaborent des rapports qui seront soumis pour approbation au Comité plénier.

170 Le Comité de Bâle, composé uniquement des membres de la profession, des praticiens du contrôle, se réunit selon une périodicité de trois à quatre séances par an. Les décisions du Comité de Bâle n'entraînent pas d'obligation juridique. **Le Comité de Bâle n'est pas une autorité supranationale, ses conclusions n'ont pas force exécutoire**. Il émet des recommandations, édicte des normes et des règles de caractère général et il appartient ensuite à chaque autorité nationale de mettre en œuvre ces dispositions selon le dispositif qu'elle juge adéquat.

Le Comité de Bâle est donc une instance internationale spécialement destinée à assurer une meilleure coopération entre les autorités de tutelle bancaires. Ses structures de décision sont souples et suivent un circuit court, les décisions elles-mêmes n'adoptent qu'un formalisme allégé ce qui permet des modifications relativement rapides.

Le rôle du Comité de Bâle est de renforcer la réglementation de contrôle et des pratiques des banques en vue d'améliorer la stabilité financière[156]. Il élabore entre autre des normes pour la réglementation et la surveillance bancaire ainsi que des recommandations de bonnes pratiques en encourageant leur mise en œuvre. En d'autres termes ce sont les établissements bancaires eux-mêmes qui décident de la réglementation à appliquer et des informations à émettre pour accroitre leur solvabilité et la discipline du marché.

171 En 1988, afin d'assurer la stabilité du système bancaire international, le Comité de Bâle a proposé des recommandations :

- **Une contrainte réglementaire en fonds propres** : **le ratio Cooke ou ratio de capital**. Il est égal au rapport entre les fonds propres et les risques pondérés. Ce rapport doit être supérieur à 8 % en d'autres termes fonds propres/risques pondérés > 8%. Cela signifie que lorsqu'une banque prête 100 €, elle doit disposer au minimum de 8 € de fonds propres et utiliser au maximum 92 € de ses autres sources de financement tels que dépôt, emprunts, financement interbancaire.
- **Une définition des fonds propres et de l'ensemble des engagements de crédit.**

---

156 Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire : Janvier 2013 BRI

a. - Au numérateur du ratio : fonds propres réglementaires au sens large. Outre le capital et les réserves (fonds propres de base), peuvent être inclus dans les fonds propres réglementaires, les fonds propres complémentaires considérés comme du « quasi-capital », comme les dettes subordonnées (les dettes dont le remboursement n'intervient qu'après celui de toutes les autres dettes).

b. - Au dénominateur du ratio, les engagements de crédit : l'ensemble des engagements de crédit de la banque est pris en compte, mais avec certains aménagements. La pondération des crédits dépendait de leur nature, ou de leur contrepartie. Certains crédits garantis par une hypothèque étaient pondérés à 50%. Les engagements à moins d'un an n'étaient pas repris dans les engagements de crédit.

172 L'accord ne contenait que des recommandations. Chaque autorité de régulation avait à charge de les transposer en droit national et de les appliquer. C'est la directive 89/647/CEE du 18 décembre 1989 qui effectue la transposition dans l'Union européenne[157], en introduisant le ratio de solvabilité européen.

Une application du ratio dans un premier temps au risque de crédit puis une extension aux risques de marché c'est-à-dire au risque de perte résultant des fluctuations des prix des instruments financiers qui composent le portefeuille de l'établissement de crédit.

Ces recommandations ont eu un impact important sur le fonctionnement des banques. Elles ont permis à la fois le renforcement de la solvabilité des banques des Etats membres de l'Union européenne et la suppression des distorsions de concurrence.

La directive européenne 89/647/CEE du 18 décembre 1989 inscrit dans le droit communautaire les recommandations du Comité de Bâle adoptées en 1988 (le ratio Cooke) et instaure le ratio européen de solvabilité devenu obligatoire dans tous les établissements à la fin de l'année 1992.

173 De nombreuses critiques se sont élevées contre le ratio Cooke et le ratio de solvabilité européen. La classification des risques en quatre catégories seulement en fonction de l'origine géographique, de la nature de l'emprunteur, de pondérations de risques fixes correspondantes (risque de crédit, risque de marché) ne tenait pas suffisamment

[157] Transposition dans les 28 Etats membres aujourd'hui de l'Union européenne.

compte de la qualité réelle des actifs du bilan ou des crédits. De plus il était possible aux établissements de crédit de procéder à des arbitrages entre les risques potentiels[158].

Pour réduire leur charge en immobilisation de fonds propres, les banques n'hésitaient pas à acquérir des actifs réputés sans risque (titre de dette souveraine émis par des Etats de pays émergents) plutôt que continuer à accorder des crédits à des projets supposés plus risqués parce que portés par des entreprises privées. La pondération des engagements de crédit n'était pas différencier de façon à permettre la mise en exergue des différents niveaux de risques de crédit.

174 La réglementation évolue lorsque de nouveaux risques apparaissent, une adaptation du contrôle prudentiel est alors nécessaire obligeant les banques à davantage de transparence concernant les opérations sur le marché.

175 Ainsi, dans les années 1990 on assiste à une explosion des produits dérivés ou contrats dérivés, du fait de l'instabilité des taux d'intérêt et de la volatilité des taux de change[159]. Les produits dérivés, instruments financiers hors bilan dont la valeur fluctue en fonction de l'évolution du taux ou du prix d'un produit appelé sous-jacent, instrument qui ne requiert aucun placement initial et dont le règlement s'effectue à une date future.

Ces produits dérivés ont été traités dans l'amendement à l'accord de Bâle de 1988 intervenu en 1996 et qui impose la prise en compte des risques de marché (risque de taux, risque de change, risque sur actions, risque sur matières premières) et les risques liés aux variations des postes du hors bilan comme la cession de prêt, les engagements de financement c'est-à-dire les lignes de crédit et les autorisations de découvert pour

---

158 Les établissements de crédit devaient respecter le ration européen de solvabilité de 8°/° et donc renforcer leurs fonds propres. Pour le faire, ils avaient la possibilité de créer un fonds pour risques bancaires généraux (FRBG). La constitution de ce fonds revêt un caractère discrétionnaire lié à l'appréciation de risques par les dirigeants des banques. Les sommes constituant un FRBG ont une nature de réserves et ne doivent pas couvrir de risques probables clairement identifiés. Jusqu'alors logées soit dans les provisions pour charges, soit dans les provisions pour risques généraux, ces sommes sont devenues l'objet d'arbitrages comptables. Le fonds pouvant être constitué soit de provisions déjà existantes soit de nouvelles dotations.

159 L'instabilité des taux d'intérêt et la volatilité des taux de change constituent des facteurs d'incertitude pour les investisseurs qui utilisent les produits dérivés pour se couvrir en tout ou partie des risques lés à cette incertitude. Ces produits offrent des possibilités d'arbitrages et de gestion peu coûteuses en matière de couverture de risques. (Rapport d'information du Sénat 1999 « Pourquoi faut-il réguler les flux monétaires et financiers internationaux ».

les particuliers, les garanties données sur les prêts, l'émission de titres adossés à des prêts hypothécaires.

L'amendement permet aux banques d'utiliser soit une approche standard soit leurs modèles internes pour évaluer leurs risques. La méthode standard utilise les notations externes. Elle donne la possibilité d'évaluer les contreparties par des notes allouées par des agences de notation. Les structures de contrôle qu'elles doivent mettre en œuvre doivent être appropriées au volume, au profil de risque et à la complexité des activités de gré à gré sur les produits dérivés[160].

176 Le ratio de Cooke présentait une approche quantitative ; la principale variable prise en compte au dénominateur du ratio était le montant du crédit distribué, la qualité de l'emprunteur était négligée et avec elle le risque de crédit qu'elle représente.

177 Pour pallier les inconvénients de Bâle I et renforcer la stabilité financière une nouvelle directive européenne a vu le jour sous l'influence du nouvel accord prudentiel de Bâle en 2004 ou Bâle II.

B - Bâle II : Transparence et responsabilisation pour réduire les risques

178 En 2004, les dispositions de Bâle II cherchent à mieux prendre en compte la complexité accrue de l'activité bancaire, les nouvelles techniques de gestion des risques et à faire dépendre les exigences de fonds propres plus étroitement des risques économiques (risque de crédit, risque de marché, risque opérationnel).

Une des principales innovations de Bâle II par rapport à Bâle I a été non seulement d'exiger l'allocation de fonds propres à la couverture contre les risques opérationnels mais aussi de prôner un dispositif de gestion des risques opérationnels. Le dispositif de calcul des fonds propres prévu par Bâle II propose aux banques trois méthodes de calcul de complexité croissante. La méthode choisie doit être uniforme dans un groupe bancaire.

- L'indicateur de base, première méthode, consiste en l'application d'un ratio forfaitaire (15%) au produit net bancaire des trois derniers exercices.
- L'approche standard permet d'appliquer un coefficient différent selon les lignes métiers. L'éligibilité de cette méthode impose de disposer de données chiffrées des pertes supposées pour chaque ligne métier du fait des risques opérationnels.

---

[160] JOUINI E. « Produits dérivés, contrôle des risques et réglementation », Revue d'économie financière, volume 37 n°2, année 1996 p. 203-220.

- L'approche avancée permet à l'établissement de construire sa propre méthode interne d'évaluation des risques opérationnels.

Le risque opérationnel est défini comme « le risque de perte liée à des processus opérationnels, des personnes ou des systèmes internes inadéquats ou défaillants, ou à des événements externes » (ex. erreurs humaines, fraudes et malveillances, pannes, problèmes liés à la gestion du personnel, litiges commerciaux, accidents, incendies,…). Cette définition inclut le risque juridique mais exclut le risque de réputation et le risque stratégique.

179 La méthode choisie par chaque établissement, ainsi que les méthodes d'application (présence d'une structure centralisée de contrôle des risques, fréquence et pertinence des reportings …) sont soumises à l'approbation préalable de l'ACPR. L'accord de Bâle II a, en effet, introduit la possibilité pour les banques, sous réserve d'une autorisation de leur superviseur, d'utiliser des méthodes avancées[161] de mesure du risque de crédit ou du risque opérationnel.

180 L'accord de Bâle II a été repris en droit européen par les directives 2006/48 et 2006/49 du 24 juin 2006. Ces directives ont été transposées en droit français par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007.

181 Huit catégories d'événements peuvent être qualifiées de risques opérationnels :

- **la fraude interne** : pertes due à des actes visant à frauder, à détourner des biens ou à tourner les règlements, la législation ou la politique de l'entreprise (à l'exception des atteintes à l'égalité et des actes de discrimination) impliquant au moins une partie interne à l'entreprise (activité non autorisée) ;
- **la fraude externe** : pertes dues à des actes visant à frauder, détourner des biens, contourner la législation de la part d'un tiers (vol) ;
- **les pratiques en matière d'emploi et sécurité** sur le lieu de travail, pertes résultant d'actes non conformes à la législation et aux conventions relatives à l'emploi, à la santé et à la sécurité,
- **les actes résultant de demandes d'indemnisation** au titre d'un dommage personnel ou d'atteintes à l'égalité,
- **les actes de discrimination de clients** relatifs aux produits et pratiques commerciales,
- **les pertes résultant d'un manquement non intentionnel** ou dues à la négligence, à une obligation professionnelle envers des clients spécifiques (y

[161] Approches complexes de mesures des risques réservées aux établissements bancaires les plus exposés aux risques qui permettent une optimisation des exigences en fonds propres.

compris exigence de fiducie et de conformité) ou de la nature ou conception d'un produit (conformité, diffusion d'information et devoir fiduciaire) ;

- **les dommages aux actifs corporels**, destruction ou dommage résultant d'une catastrophe naturelle ou d'autres sinistres ;
- **les dysfonctionnements de l'activité et de ses systèmes**, pertes résultant de dysfonctionnement de l'activité ou des systèmes, exécution, livraison et gestion des processus, perte résultant d'un problème dans le traitement d'une transaction ou dans la gestion des processus ou des relations avec les contreparties commerciales et fournisseurs.

182 La première étape du suivi du risque opérationnel consiste à établir une **cartographie des risques.** Cette cartographie s'appuie sur une analyse des processus métier avec laquelle on croise la typologie des risques opérationnels.

Un processus métier consiste à désigner un ensemble de tâches coordonnées en vue de fournir un produit ou un service à la clientèle. La définition des « processus métier » répond, en premier lieu, à un découpage économique de l'activité de la banque et non un découpage organisationnel.

L'identification des « processus métier » part des différents produits et services et permet ainsi de découvrir les acteurs (qui peuvent appartenir à des entités différentes au sein de l'organisation) et les tâches impliquées dans la fourniture de ces produits et services.

A chaque étape du processus, on associe ensuite les incidents susceptibles de perturber le déroulement et d'entraîner la non réalisation des objectifs du processus en termes de résultat concret ou en termes de délai. Pour chaque événement, le risque est évalué en termes de probabilité d'occurrence et de perte encourue en cas de réalisation. Chaque événement à risque doit être rattaché à une catégorie de risque rendant l'analyse des données plus facile et rapide, et sur le plan organisationnel à la ligne métier où l'incident a eu lieu.

183 La cartographie doit s'accompagner de **l'identification des facteurs de risque** c'est-à-dire des éléments quantitatifs susceptibles d'augmenter la probabilité de réalisation d'un risque. L'identification a priori des risques aboutit à une cartographie « théorique » des activités, mais seule l'expérience permet de valider cette description, d'identifier les zones d'activité sensibles pour y mettre en place des contrôles adéquats.

Ensuite, s'effectue la collecte des incidents constatés dans une base historique, permettant d'évaluer les pertes réelles subies suite aux risques opérationnels. La collecte s'effectue sous forme déclarative. Les opérationnels remplissent des fiches standardisées qui sont ensuite saisies dans une base de données. Ces données permettent de dégager une vision objective, chiffrée des risques encourus, à condition d'avoir été constituées d'une manière fiable et réaliste.

Quel est l'intérêt de ce dispositif ?

184 **Il s'agit de responsabiliser davantage les établissements de crédit en leur offrant le choix, par leur libre appréciation et le calcul économique, entre plusieurs options pour établir le minimum de fonds propres nécessaire à la couverture de leurs pertes**. Pour l'élimination des risques de défaut, il est fait appel au concours d'agences de notation privées.

Les banques qui utilisent des instruments modernes de contrôle interne pour gérer leurs risques sont récompensées par des exigences réglementaires en fonds propres relativement moins élevées.

Le dispositif repose sur trois piliers complémentaires :

- l'exigence de fonds propres (ratio de solvabilité MC Donough[162]),
- la procédure de surveillance prudentielle,
- la discipline de marché (transparence dans la communication des établissements).

185 **L'exigence minimale de fonds propres** : Bâle II introduit le risque opérationnel. Au cœur des préoccupations des régulateurs, la surveillance des fonds propres de la banque est le point stratégique car l'ensemble des incitations et des comportements des établissements de crédit en dépend. Le coefficient de fonds propre protège la banque du risque d'insolvabilité.

Le ratio maintient inchangé à 8% le niveau de fonds propres réglementaires couvrant les risques encourus mais le calibrage du risque en fonction de sa qualité est exigé. On tient compte des risques de fraudes et d'erreurs en complément du risque de crédit ou de contrepartie et des risques de marché.

186 Bâle II impose aux établissements financiers de détenir un niveau de fonds propres adéquat avec les risques encourus. Pour déterminer le ratio MC Donough qui tient compte de risques élargis (risques de crédit, risques de marché et risques opérationnels) trois approches sont proposées pour le risque de crédit :

- **La méthode standard** (SA) basée sur les notations externes : l'approche standard donne la possibilité de mesurer la fiabilité des contreparties par les notes allouées

---

162 Ratio MC Donough ou ratio de solvabilité bancaire limite le niveau d'engagement des banques à leur propre solidité financière. Il est plus précis que le ratio Cooke auquel il succède car il prend en compte le risque plus ou moins élevé des différents prêts accordés.

par les agences de notation. Dans cette méthode, les probabilités de défaut de la contrepartie (PD) et les taux de perte en cas de défaut sur la ligne de crédit (LGD) sont imposés par l'ACPR, soit directement pour la LGD, soit en imposant un organisme de notation.

- **Deux méthodes de notation internes** : La méthode de notation interne fondation (IRB) et la méthode de notation interne avancée (IRBA). Cette dernière méthode est soumise à l'autorisation de l'autorité de supervision (ACPR). Il n'est pas possible pour un établissement qui a choisi une méthode avancée de revenir à la méthode standard. Dans ces deux méthodes, les établissements peuvent décider d'évaluer leur risque de contrepartie à partir de notations internes. Les banques sont incitées à utiliser leur propre système interne de notation pour être au plus près de la réalité. Par conséquent, chaque établissement de crédit doit construire un modèle de risque de crédit dont l'objectif est de mettre en adéquation les fonds propres bancaires avec le profil de risque, ce profil de risque résultant d'une estimation interne. Le niveau de fonds propres pour couvrir le risque de défaillance doit être déterminé de manière efficace. Plusieurs éléments doivent intervenir dans la détermination de la charge en fonds propres : la qualité de la contrepartie, la durée de la créance et la nature de la garantie fournie par l'emprunteur.

187 Dans le cadre de la détermination des fonds propres **le risque de crédit** est défini comme le risque qu'un débiteur fasse défaut ou que sa situation économique se dégrade au point de dévaluer la créance que l'établissement détient sur lui. La mesure du risque de crédit se fait par la pondération du montant total de la créance par la qualité du débiteur.

188 **Le risque du marché** est le risque de perte ou de dévaluation sur les positions prises suite à des variations des prix sur le marché (cours, taux). Ce risque s'applique aux produits de taux (obligations, dérivés de taux), aux actions, au change et aux matières premières. Le risque sur les produits de taux et actions se mesure sur la base du « portefeuille de trading », c'est-à-dire les positions détenues par la banque dans un objectif de gain à court terme, par opposition aux activités de financement et d'investissement long.

189 D'après le comité de Bâle, l'exigence en fonds propres d'une banque sera plus faible si elle utilise le modèle interne (de fondation ou avancé). L'approche IRB doit permettre une meilleure différenciation des risques et une tarification plus fine des crédits bancaires.

Les établissements de crédit doivent donc réfléchir sur la nature des risques pris, leur quantification et leur coût.

Cette nouvelle réglementation prudentielle incite les établissements de crédit à **s'autocontrôler**, à s'interroger sur le niveau de risque acceptable.

L'idée fondamentale est de considérer que les agents les mieux placés pour contrôler les risques sont ceux qui en sont les initiateurs. Les autorités de contrôle prudentiel auront alors à vérifier que les estimations de pertes fournies par les modèles internes correspondent aux pertes effectivement constatées et que les fonds propres sont suffisants pour absorber les pertes.

Bâle II impose un ratio de fonds propres mais également une surveillance prudentielle, une communication et une information financière.

190 **La procédure de surveillance prudentielle** a pour double objectif **d'inciter les banques à développer des techniques de gestion de leurs risques et de leur niveau de fonds propres et de permettre aux autorités de régulation d'augmenter les exigences de capital réglementaire en cas de besoin**. Cette procédure s'applique de deux façons :

- Le « back testing » par lequel la banque doit prouver la validité de ses méthodes définies en fonction de ses données statistiques.
- Le « stress testing » ou test de validation des fonds propres qui permet à la banque de prouver, lors de stimulations de situations extrêmes, la validité de ses fonds propres en cas de crise économique.

191 La gestion des risques des fonds propres doit permettre l'adaptation des fonds propres non seulement aux risques opérationnels et de crédit mais également au risque de marché.

192 Les recommandations du Comité de Bâle ont été suivies par la Commission européenne[163] et ont abouti à l'élaboration d'un ensemble d'exigences de publication d'informations permettant aux acteurs du marché d'évaluer, dans la transparence, les principales données relatives au profil de risque d'un établissement de crédit et à son niveau de capitalisation.

La communication des établissements de crédit est renforcée sur la composition des fonds propres, la ventilation par secteur économique et géographique des actifs, le système de notation interne et les allocations de fonds propres affectés aux différents risques.

---

[163] Recommandations du Comité de Bâle : « Accords sur la convergence internationale de la mesure des normes de fonds propres » dit « Bâle II » adoptées le 26 juin 2004 et transposé en droit européen en 2006 sous forme de directive CRD (Capital requirements directive) ; directives n° 2006/48 et 2006/49 du 14 juin 2006.

Des règles de transparence uniformisées sont établies quant à l'information mise à la disposition du public sur l'actif des établissements de crédit, les risques encourus et leur gestion.

L'amélioration de la communication financière permet de renforcer la discipline de marché. Il s'agit de favoriser les bonnes pratiques de gestion des risques en complément à l'action des autorités de contrôle.

193 Les dispositions de Bâle II n'ont pas empêché la crise financière de 2008. Elles y ont peut être même contribué.

C - Bâle III, les nouvelles exigences prudentielles

194 La crise de 2008 a mis en exergue la nécessité pour les banques de disposer davantage de fonds propres. Le but majeur est d'obliger les établissements de crédit à se financer avec davantage de capital et de s'assurer qu'ils se concentrent sur leur objectif principal de financement de l'économie réelle.

195 Bâle III est le troisième accord, publié le 13 décembre 2010, destiné à mettre à jour les règles qui définissent la quantité de capital minimum avec lequel les établissements de crédit doivent se financer. Pour ce faire l'accord tient compte des imperfections de Bâle II.

1 – Critiques des dispositions de Bâle II

196 Bâle II est essentiellement une norme de fonds propres minimale. Il ne traite pas tous les risques (liquidité par exemple). Des insuffisances et des défauts ont été identifiés dans la réglementation Bâle II[164].

Tout d'abord, **le ratio de solvabilité** reposait sur une plus grande sensibilité des exigences en fonds propres aux risques liés à l'activité bancaire. Tout en permettant une analyse plus fine du risque de crédit, ce principe peut engendrer une variabilité excessive du ratio aux fluctuations cycliques de l'activité économique. Il y a alors conflit entre l'objectif d'amélioration de la gestion du risque et l'objectif macro économique de maintien de la stabilité financière.

---

[164] Sénat, Etude économique n°5, « La régulation bancaire à l'épreuve des faits », 10 décembre 2009.

En période d'euphorie financière, les risques pondérés diminuent puisqu'ils sont déterminés en fonction de l'historique des pertes, les établissements de crédit ont besoin de moins de fonds propres et ils leurs suffit de détenir le minimum de fonds propres exigé par le régulateur. Quand la situation se détériore, elles doivent augmenter leurs fonds propres pour respecter les exigences de solvabilité, avec des fonds devenus plus rares et plus chers, les établissements de crédit sont de ce fait précipités dans un état « d'asphyxie financière » et doivent réduire l'offre de crédit (phénomène de crédit Crunch[165]), ce qui accentue la récession économique.

Ensuite, le **dispositif de calcul des fonds propres** prévu par Bâle II proposait aux établissements de crédit trois méthodes de calcul de complexité croissante (méthode standard, méthode de base et méthode avancée). La méthode standard du fait de son manque de précision entraînait des exigences plus élevées en matière de fonds propres que les approches internes soumises à autorisation. La méthode choisie devait être uniforme dans un groupe bancaire.

Il y a eu une sous pondération dans le calcul du ratio des risques de marché ou des produits les plus complexes et donc les plus risqués en particulier les produits de titrisation et de re-titrisation. Les banques ont échoué dans l'appréciation correcte les risques qu'elles prenaient si bien que leur niveau de fonds propres s'est trouvé en inadéquation avec la réalité des risques encourus. Concrètement, des actifs plus ou moins risqués étaient financés par très peu ou pas de fonds propres. L'effet de levier[166] c'est-à-dire l'utilisation de l'endettement pour augmenter la capacité d'investissement permettait d'obtenir une rentabilité très importante dépassant les 100% dans certains métiers. De surcroît, la taille parfois très importante des produits dérivés en hors bilan a rendu difficile l'analyse des risques correspondants.

Face aux exigences coûteuses en fonds propres, les banques ont été incitées à transférer leurs risques à des investisseurs tels que les fonds spéculatifs (*hedges funds*) qui ne sont pas assujettis à une réglementation aussi stricte que celle des banques.

Enfin, pour ce qui est de la procédure juridique de surveillance, lorsque l 'Autorité de surveillance, sur la base vérifications ou de scénarios de crise (« stress tests »), parvenait à des conclusions fondées différentes de celles de l'établissement de crédit, elle devait intervenir sans délai auprès de celui-ci en vue de rétablir la situation[167]. Ce qui n'était pas toujours effectué.

---

[165] Contraction de l'offre de crédit par les banques à la suite d'une crise financière où elles se sont trouvées particulièrement impliquées.

[166] L'effet de levier d'une banque mesure le rapport entre ses actifs et ses fonds propres.

[167] Obligation nommée « internal capital adequacy assesment process ».

197 La crise financière de 2008 a mis en exergue les carences et les insuffisances du dispositif de Bâle II.

2 – Renforcement de la solvabilité et réduction de la pro cyclicité

198 L'accord de Bâle III conclu le 19 septembre 2010, institue de nouveau ratios de fonds propres dont le niveau devrait doubler entre 2013 et 2018. L'idée du Comité de Bâle peut se résumer de la sorte : plus de fonds propres, des fonds propres de meilleure qualité et plus de transparence. Cinq mesures sont mises en avant par le comité de Bâle :

- **L'amélioration de la qualité des fonds propres** : la crise a montré que certains fonds propres ont une moindre capacité d'absorption des pertes que d'autres. Il s'agit d'améliorer la qualité du « noyau dur » des capitaux des banques ; le « Core tier 1 » qui est la partie la plus solide des capitaux propres des établissements de crédit. Il est composé uniquement du capital apporté par les actionnaires, augmenté des bénéfices reportés chaque année par les établissements de crédit. En allouant plus de fonds propres de meilleure qualité aux activités les plus risquées, la solvabilité des banques s'en trouverait ainsi accrue. D'ici à janvier 2015, le ratio de fonds propres durs passera d'un équivalent de 2% à 7%.

- **La réduction de la pro cyclicité** : la pro cyclicité se définit comme une variabilité accrue du niveau des exigences en fonds propres car ces dernières sur-réagissent à la hausse en cas de ralentissement de la croissance ou de récession de l'activité, à la baisse en période d'accélération de la croissance. Pour corriger la pro cyclicité des établissements de crédit, les nouveaux ratios de fonds propres sont modulés par les banques centrales dans un sens contra cyclique. Ainsi, lorsqu'elles jugeront l'offre de crédit excessive, les autorités monétaires seront amenées à astreindre les établissements de crédit à une surcharge en capital. Les régulateurs nationaux établiront un « coussin contra cyclique » allant de 0% à 2 ,5% du capital. Constitué de résultats mis en réserve, il serait utilisé en cas de crise et aussitôt reconstitué en période de croissance.

- **L'instauration de ratios de liquidité** : le Comité de Bâle a proposé la mise en place dans Bâle III de deux ratios de liquidité. le « liquidity coverage ratio (LCR), ratio court terme, qui oblige les établissements de crédit à maintenir en permanence un stock d'actifs liquides leur permettant de supporter une crise aigue pendant 30 jours, c'est le ratio des actifs liquides de haute qualité d'une banque. Le « net stable funding ratio » (NSFR), ratio long terme, représente le financement stable disponible et nécessaire pour une année. Jusque là, la liquidité, facteur décisif dans la crise n'avait fait l'objet d'aucune réglementation.

- **La mise en place d'un ratio d'effet de levier** : ce ratio est défini par le rapport des fonds propres sur le total du bilan. Pour le Comité de Bâle, il s'agit d'élaborer « une mesure simple, transparente, non basée sur le risque, qui soit calibrée pour servir de mesure complémentaire crédible aux exigences de fonds propres fondées sur le risque »[168].
- **La réduction du risque systémique** : le risque systémique est la possibilité qu'un événement particulier entraîne, par réactions en chaîne des effets négatifs considérables sur l'ensemble du système pouvant occasionner une crise générale de son fonctionnement. Les critères proposés pour apprécier le caractère systémique sont : la taille, le degré de substituabilité et le degré d'interconnexion. Ils peuvent s'appliquer à un établissement ou à des activités[169].

199 En augmentant le coût en fonds propres des risques, Bâle III incite les banques à transférer leurs risques à d'autres acteurs financiers soumis à des contraintes prudentielles moins fortes.

Bâle III élargit le périmètre de la régulation en soumettant l'ensemble des établissements de crédit à des règles prudentielles plus strictes. L'utilisation de produits dérivés, instrument de transfert de risques par les banques sera limitée. Les établissements de crédit doivent inclure dans les risques compris dans leur ratio de fonds propres au moins 5% des risques, même si ceux-ci ont été transférés par la titrisation

L'objectif de Bâle III est de s'assurer que les réserves de liquidités des banques, essentiellement définies par les dépôts en banque centrale et les titres d'Etat, soient supérieures aux sorties nettes de fonds entraînées par la fermeture du marché interbancaire. Il vise également à renforcer l'efficacité de la surveillance des risques par les conseils d'administration, à améliorer la fonction interne de gestion des risques et à assurer une surveillance efficace de la gouvernance des risques par les autorités compétentes.

200 Le régime de surveillance est renforcé en exigeant pour chaque établissement, l'élaboration annuelle d'un programme de contrôle prudentiel sur la base d'une évaluation du risque. Il prévoit une utilisation plus large et plus systématique des contrôles sur place, des normes plus solides et des évaluations prudentielles plus

---

168 Communiqué de presse du 26 juillet 2010.

169 Thoraval Pierre-Yves, « Bâle III, les nouvelles règles passées au crible », Banque et Stratégie n° 287, 15 décembre 2010, Cassou P. H., « Les principales novations de CRDIV », Revue banque, 25 octobre 2011.

approfondies et plus prospectives. Des mesures visent à réduire, au maximum la possibilité de recourir aux notations de crédit externes.

201 Les accords de Bâle III ont été entérinés par le G20. Dans le communiqué de presse de novembre 2010 lors du sommet de Séoul, les pays ont déclarés que les nouvelles normes bancaires concernant le capital et la liquidité des banques seront mises en place.

202 Les Grandes banques européennes[170] ont dans un premier temps manifesté leur mécontentement. Elles craignaient une distorsion de concurrence entre les banques européennes et celles du reste du monde notamment des Etats-Unis et du Japon. Elles ont attiré l'attention des Autorités et averti que les propositions d'évaluation du crédit ainsi que du risque opérationnel et du risque de marché provoqueraient des centaines de millions d'euros de frais supplémentaires[171] ce qui limiterait leur capacité de prêt et réduirait leurs marges et revenus bancaires.

203 Le 6 janvier 2013, le Comité de Bâle a annoncé un assouplissement des règles de liquidité pour pallier les défauts du précédent ratio de liquidité. Il a décidé d'élargir les réserves de liquidité aux obligations d'entreprises bien notées (A+ à BBB -), à certaines actions et à certains emprunts hypothécaires dont la note est supérieure à AA. le but est de faciliter l'octroi de crédit par les banques tout en limitant le risque dans leur bilan[172].

204 **La directive européenne CRD4 et le règlement CRR** publiés au journal officiel de l'Union le 26 juin 2013 et entrés en vigueur le 1er janvier 2014 traduisent en droit européen la réforme de Bâle III.

Les accords de Bâle III se sont substitués à ceux de Bâle II. Les accords de Bâle II étaient applicables lors de la transposition des nouvelles dispositions en droit européen puis français.

Les accords de Bâle III correspondent aux objectifs de refonte préconisés par le G20 en réponse à la crise de 2008.

---

170 HSBC Holdings, Deutsche Bank, Société Générale et Crédit Agricole.

171 Dal Maso E., Finanza M., Flausch M., « Le Parlement européen soutient les banques contre les règles de Bâle », Euro et Finances Actualités, 8 novembre 2016.

172 La Tribune, 13 janvier 2014.

§ 2 : Les décisions prises par le G 20

205 Le G20[173] a été créé en septembre 1999 par une décision des ministres des finances et gouverneurs de la banque centrale du G7[174] en réponse à la crise asiatique de 1997-1998 qui avait mis en évidence la nécessité d'intégrer les grands pays émergents dans les discussions multilatérales sur l'économie et la stabilité financière[175].

Le G20 s'est réuni pour la première fois les 15 et 16 décembre 1999 à Berlin, en associant les ministres des finances et les gouverneurs de la banque centrale des vingt pays membres.

206 En 2008, le G20 a fortement contribué à la mise en place d'une réponse collective à la crise de 2008. Ces décisions portent notamment sur la régulation des marchés dérivés, le contrôle et la sanction des agences de notation et le renforcement des exigences en fonds propres, exigences reprises dans les accords Bâle III.

1 – La régulation des marchés

207 Les marchés dérivés sont nés de l'innovation financière en dehors de tout cadre de régulation.

Les contrats dérivés de gré à gré s'effectue en dehors de tout cadre règlementé et généralement par l'intermédiaire d'une banque. Ces contrats ont été désignés comme étant à l'origine de la contagion de la crise de 2008. C'est pourquoi les pays du G20 se sont engagés à mettre en place des règlementations destinées à sécuriser les échanges de ces produits et à améliorer leur transparence.

En septembre 2009, le G20 a décidé que « Tous les contrats dérivés échangés de gré à gré doivent faire l'objet d'un enregistrement dans des bases de données centralisées »

Toutes les transactions devront être enregistrées dans des bases de données centralisées. Les autorités nationales de supervision devront avoir accès aux informations nominatives contenues dans ces bases de données

« Les contrats dérivés standardisés doivent être échangés sur des plateformes électroniques et compensés dans des chambres de compensation d'ici 2012 »

---

[173] Groupe de pays comprenant : l'Afrique du sud, l'Allemagne, l'Arabie Saoudite, l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, la Corée du Sud, les Etats-Unis, la France, l' Inde, l'Indonésie, l'Italie, le Japon, le Mexique, le Royaume-Unis, la Russie, la Turquie et l'Union européenne.

[174] Le G7 est le groupe des 7 pays les plus industrialisés : Allemagne, Canada, Etats-Unis, France, Grande Bretagne, Italie, Japon, créé en 1975, il organise des réunions annuelles consacrées à l'économie mondiale et à ses problématiques.

[175] Banque de France, relations internationales, Euro système, « Rôle et missions du G20 ».

Le recours à ces chambres de compensation permettra de réduire les risques de contrepartie au sein du secteur bancaire et financier. Les transactions qui ne seront pas compensées seront pénalisées au plan prudentiel avec plus de fonds propres exigés des banques en regard des transactions qui ne seront pas compensées.

2 – Contrôle et sanction des agences de notation.

208 Avant 2008, les agences de notation n'étaient soumises à aucun contrôle.

Les agences de notation de crédit détiennent un rôle important pour les banques et les investisseurs car elles permettent de connaître les risques de défaillance de titres de placement. Elles permettent aux investisseurs de prendre des décisions éclairées sur la teneur des risques liés à l'investissement souhaité[176].

Elles étudient, à partir d'informations publiques et, lorsque la notation est sollicitée, à partir d'informations internes complémentaires, sur la santé et les perspectives financières de l'émetteur, le degré de fiabilité d'un titre pour un investissement détenant un risque acceptable ou pour un investissement plus spéculatif qui présente un grand risque de défaut.

Elles réduisent les risques d'asymétrie d'information entre les émetteurs et les investisseurs puisqu'elles fournissent des « avis sous forme de notations exprimées par des échelles alphabétique (AAA, AA, A, BBB, etc.) sur les risques de défaillance de crédit des émetteurs[177] »

La défaillance des agences de notation dans le contexte de crise bancaire et financière en 2008 peut s'expliquer d'une part parce que la notation des produits adossés à des actifs hypothécaires à amener plusieurs banques à contourner les règles de ratio de liquidité. Cela à permis à ces dernières de réduire, voire de supprimer leurs « ratios de fonds propres » qui vise à assurer leur solvabilité car ils étaient établis hors bilan, ce qui a entraîné la défaillance de plusieurs banques et institutions lors de la dévaluation massive des titres en 2007-2008.

D'autre part, depuis les accords de Bâle II, la majorité des régulateurs et des acteurs ou privés s'appuie presqu'exclusivement sur la note accordée par les agences pour évaluer les risques de défaillance de titres financiers[178].

---

[176] BOUGERRA F., « Réforme du cadre législatif et règlementaires des agences de rating », Revue française de gestion, vol 2, n° 182, p. 63.

[177] GONZALES F. et autres, « L'incidence des notations sur les dynamiques de marché : une revue de la littérature », Revue de stabilité financière, n°4 juin 2004, p. 53.

[178] Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres, juin 2004.

209 En novembre 2008, le G20 a décidé que « les régulateurs doivent agir pour que les agences de notation évitent les conflits d'intérêt, fassent la transparence à l'égard des investisseurs et différencient les notations relatives à des produits structurés ».

En 2009, « Toutes les agences dont les notations sont utilisées à des fins règlementaires doivent faire l'objet d'une régulation et d'un agrément »

En 2010, le G20 s'engage à réduire la dépendance des réglementations aux notations.

210 En ce qui concerne le renforcement des exigences en fonds propres des banques, comme précisé précédemment, avant 2008, les exigences en capital des banques étaient fixées par les règles dites Bâle II.

En 2009, le G20 s'est engagé à développer des règles internationales pour améliorer la quantité et la qualité des fonds propres. Les nouvelles règles internationales qui encadrent les fonds propres des banques sont appelées Bâle III.

211 l'Europe légifère pour rendre effective les décisions du G20 :

§ 3 : La réglementation Européenne

212 Pour ce qui concerne **les contrats dérivés de gré à gré** ; la réglementation EMIR (Européen Market Infrastructure regulation), adoptée par le Parlement et le Conseil européen le 4 juillet 2012 et entrée en vigueur le 15 mars 2013, répond à l'objectif de sécurisation et de garantie de transparence des marchés de produits dérivés de gré à gré. Elle impose de passer par une chambre de compensation[179] pour la réalisation de toutes les transactions passées par des contreparties financières c'est à dire établissements de crédit, assureurs, entreprises d'investissement.

Les chambres de compensation devront demander un agrément auprès de l'autorité nationale compétente, ACPR pour la France.

La réglementation EMIR oblige de surcroît, une déclaration rapide de tous les contrats ou modifications de contrat de dérivés.

- Pour ce qui concerne **les agences de notation**, l'Union européenne a adopté le règlement communautaire n°1060/2009 du Parlement et du Conseil sur les agences de notation de crédit du 16 septembre 2009. Ce règlement institue :

---

[179] Une chambre de compensation est une société qui intervient comme contrepartie centrale unique s'interposant entre le vendeur et l'acheteur et qui garantit le bon déroulement de la transaction.

- Une obligation d'agrément pour pouvoir exercer les activités de notation dans l'Union européenne. Les autorités nationales de contrôle et de supervision pourront sanctionner les manquements au respect des obligations du règlement communautaire.
- Une régulation et un contrôle des agences de notation qui passe par la surveillance des situations de conflits d'intérêt, ainsi il est par exemple interdit aux agences de notation de fournir des services de conseil aux entités qu'elles notent.
- Des règles de transparence auxquelles elles doivent se soumettre ; par exemple elles doivent publier leurs méthodologies, procédures et hypothèses sous-jacentes aux notations.
- Des mesures pour renforcer la qualité des notations par exemple les agences doivent disposer au sein de leur conseil d'administration d'un tiers d'administrateurs indépendants et d'au moins deux administrateurs disposant de compétences dans les domaines financiers.

213 Pour ce qui concerne le renforcement des **exigences en fonds propre des banques** ;

Le « paquet CRDIV », composé de la directive CRDIV et du règlement européen dit « CRR » est la déclinaison européenne des accords internationaux dits Bâle III qui prévoient le renforcement et l'harmonisation des exigences en fonds propres et l'introduction de normes de liquidité pour le secteur bancaire. Le « paquet CRDIV » comprend également plusieurs mesures non directement liées aux accords de Bâle III d'harmonisation de pratiques européennes notamment en matière d'agrément, de gouvernance, y compris en matière de politiques de rémunérations, de supervision et de sanctions.

Le « paquet CDRIV » a été transposé en droit français par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 et les décrets n° 2014-1315 et 2014-1316 du 3 novembre 2014[180]**.**

La directive CRDIV reprend le cadre existant régissant l'activité bancaire et son exercice, la définition des autorités compétentes, le cadre de surveillance prudentielle. Elle renforce la qualité des fonds propres des établissements de crédit et harmonise le calcul des fonds propres réglementaires. Elle comporte aussi des éléments nouveaux, sur le plafonnement des rémunérations des « preneurs de risques » et la transparence.

---

180 Ministère de l'économie et des finances, Directive Générale du Trésor, financement de l'économie, « transposition en France du « paquet CRDIV » et la directive FICOD », le 7 novembre 2014.

214 Depuis le 1er janvier 2014, les établissements de crédit doivent publier les profits réalisés, les impôts payés et les subventions reçues pays par pays, ainsi que le chiffres d'affaires et le nombre d'employés par établissement du groupe.

215 Sur le plan européen, la crise financière a mis en lumière **les lacunes du système de surveillance national** face à une mondialisation et une interconnexion des marchés financiers, plus particulièrement l'insuffisance de coopération, de coordination et de cohérence dans l'application de la législation de l'Union et une insuffisance de confiance entre les autorités nationales de surveillance.

216 Avant et pendant la crise financière, le Parlement européen a préconisé de prendre des mesures dans le sens d'une **plus grande intégration de la surveillance européenne**. En novembre 2008, la Commission a chargé un groupe dirigé par Jacques de Laroisière de formuler des recommandations pour renforcer le dispositif de surveillance en Europe pour mieux protéger les citoyens et pour rétablir la confiance de la clientèle dans les établissements de crédit. Dans le rapport final présenté le 25 février 2009 le groupe a recommandé des réformes de structures pour réduire les risques de crises futures et leur gravité. Il a aussi conclu qu'il faudrait créer un système européen de surveillance financière comprenant trois autorités européennes de surveillance dont une pour le secteur bancaire, ainsi qu'un conseil européen du risque systémique.

217 **Le Conseil européen** a confirmé dans ses conclusions du 19 juin 2009, qu'il convenait de mettre en place un système européen de surveillance financière (SESF) formant un réseau intégré d'autorités de surveillance nationales et européennes et comprenant trois autorités européennes de surveillance : l'autorité bancaire de surveillance, (ABE), le Comité européen du risque systémique (CERS), les autorités européennes de surveillance (AES).

218 Le règlement n° 1093/2010 du 24 novembre 2010 précise la composition et le rôle de ces différentes institutions.

219 **L'Autorité bancaire de surveillance** a pour principales fonctions de contribuer à la création de normes et de pratiques communes en matière de réglementation et de surveillance, à l'application harmonisée des actes juridiquement contraignants de l'Union, de favoriser la protection des déposants et des investisseurs, de coopérer étroitement avec le Comité européen du risque systémique (CERS) en lui communiquant des informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches et en assurant un suivi approprié de ses alertes et recommandations.

220 **L'Autorité bancaire européenne**, en collaboration avec Le Comité européen du risque systémique, élabore les critères d'identification et de mesure du risque systémique et met au point un mécanisme adéquat de tests de résistance qui comporte une évaluation de l'intensification potentielle du risque systémique présenté par les établissements financiers en situation de crise (article 23 du règlement européen du 24 novembre 2010). Elle met en place conjointement avec le Comité européen du risque systémique (CERS) un ensemble commun d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs (tableau de bord du risque) pour identifier et mesurer le risque systémique.

221 **Le Comité européen du risque systémique** comprend des dirigeants de la Banque centrale européenne, des banques centrales nationales, des autorités européennes de régulation, et des autorités nationales de surveillance. Le comité est chargé de surveiller et d'analyser les risques qui pèsent sur les établissements de crédit. Il émet des alertes en cas de risque systémique et, si nécessaire, formule des recommandations concernant les mesures correctives à prendre.

222 Les Autorités européennes de surveillance sont représentées par : l'Autorité bancaire européenne (ABE) pour les établissements de crédit, autorité européenne de surveillance des assurances et des pensions professionnelles et Autorité européenne de surveillance des marchés financiers.

223 L'Autorité bancaire européenne (ABE) favorise et surveille le fonctionnement effectif et cohérent de l'ensemble des autorités de surveillance dans le but de faire converger les meilleures pratiques en matière de surveillance en encourageant les activités de surveillance efficientes notamment les évaluations de risques auxquels les établissements de crédits et financiers sont ou pourraient être exposés conformément à ce qui a été établi dans le cadre du processus de contrôle prudentiel ou en situation de crise. Elle peut demander aux autorités de surveillance de revenir sur une décision lorsque cette dernière donne lieu à une mauvaise application du droit de l'Union ou risque de ne pas contribuer à la réalisation de l'objectif de convergence des pratiques de surveillance[181].

224 Le règlement n° 1093 du 24 novembre 2010 institue un **organe commun des autorités** : le **Comité mixte des autorités européennes de surveillance** composé des AES. Le président du comité est désigné sur la base d'une rotation annuelle parmi les présidents des AES. Le président du Comité mixte est vice président du CERS. L'autorité arrête des positions communes avec les autorités européennes de surveillance.

---

181 Article 21 du règlement du 24 novembre 2010.

225 L'évolution des structures et des règles a abouti à une réorganisation du contrôle qui a permis une homogénéisation des autorités de surveillance des établissements de crédit.

226 **La nouvelle structure assure une surveillance macro et micro prudentielle** conduite par un réseau d'autorités à composantes multiples qui se distinguent selon le champ sectoriel de la surveillance et de la réglementation (banques, compagnies d'assurances et marchés financiers) et selon l'échelon (national ou européen) de la surveillance et de la règlementation. Cette surveillance doit contribuer à la stabilité et à l'efficacité du système bancaire et financier.

227 Les établissements de crédit utilisent les innovations financières pour le transfert de risques : produits dérivés, titrisation. Ce qui renforce la fragilité du système global de financement de l'économie. Cette fragilité est soutenue par la mutation des marchés de capitaux et justifie le renforcement des règles prudentielles et l'évolution des structures.

Section 2 : L'évolution des marchés de capitaux et ses conséquences

228 La réorganisation du contrôle des établissements de crédit se justifie également par la modification des caractéristiques des marchés de capitaux.

Les marchés de capitaux ont favorisé la finance virtuelle plutôt que ce qui relève de la croissance potentielle de l'économie, plus précisément de l'investissement et de l'emploi.

229 Le marché des capitaux est marqué par la globalisation financière qui repose sur trois processus :

- la **déréglementation** conduite par les Etats qui abolit les entraves aux flux de capitaux pour une meilleure concurrence, favorise les innovations financières et libéralise les transactions financières sur le marché des changes. H. Bourguina la définit comme la suppression des règlements et contrôle sur les prix des services bancaires afin de permettre une circulation plus fluide des flux financiers.
- la **désintermédiation** qui permet aux agents à besoin de financement de recourir directement aux marchés financiers plutôt que de faire appel aux crédits bancaires.

Cet accès direct est apparu historiquement au début des années 1980 où les créances douteuses ou sans grand espoir d'être recouvrées s'accumulaient. Pour assainir leur bilan, les banques ont transformé les prêts contractés auprès d'elles en produits financiers qu'elles revendaient à des particuliers, à des fonds de pension. Selon H. Bourguina, la désintermédiation répond à la nécessité de répartir des emprunts en petits titres de faible valeur accessibles aux investisseurs individuels et au renouvellement régulier pour assurer les emprunts de longue période.

- le **décloisonnement** des marchés se traduit par la suppression des barrières entre les différents marchés monétaires et financiers au sein de chaque pays et par l'ouverture vers l'extérieur des marchés nationaux de capitaux. La libre circulation des capitaux a été permise par l'abolition du contrôle des changes depuis 1990 et la suppression des mesures qui empêchaient la mondialisation des banques. Sur le plan national, le décloisonnement se manifeste par la suppression de la division entre banque de dépôt et banque de crédit soit entre compte à vue et compte à terme.

Déréglementation, désintermédiation et décloisonnement ont contribué à la libéralisation financière et à la titrisation c'est à dire au développement des titres négociables (actions, obligations, blocs de crédits…) sur le marché financier.

La titrisation consiste à métamorphoser des créances détenues par des établissements de crédit et institutions financières donc, en principe, non cessibles, en titres négociables et achetés par des investisseurs internationaux notamment les autres banques. Au départ, cette titrisation visait à libérer de l'intermédiation bancaire qui consiste à transformer des dépôts à court terme faiblement ou pas rémunérés en prêts à plus long terme et à meilleur rendement.

Le mode de financement par titrisation a montré ses limites lors de la crise de 2008 (§1) compte tenu de ses conséquences sur l'économie réelle (§2)

§1 : Un nouveau mode de financement et ses limites

230 Désintermédiation, déréglementation et décloisonnement ont conduit à la constitution d'un marché financier mondial. Les marchés financiers permettent aux agents économiques de se procurer directement des capitaux en échange de titres.

Le marché monétaire représente le marché des capitaux à court et moyen terme alors que le marché financier correspond aux capitaux à long terme.

Le financement par titrisation (A) comporte des limites (B)

A – Le financement par titrisation

231 Les agents économiques peuvent se financer non seulement auprès des banques mais également sur les marchés financiers. Le marché offre davantage d'opportunité de liquidité. A la liquidité traditionnelle ou de crédit (mesurée par les agrégats monétaires M1, M2, M3)[182] s'ajoutent les montants que les intermédiaires financiers non bancaires cherchent à échanger. Ce phénomène, exacerbé par l'absence de barrière structurelle entre banques de dépôt et banques d'investissement, a permis aux investisseurs de prendre davantage de risques et de recourir à l'endettement plutôt qu'à l'autofinancement.

L'absence de barrière entre banques de dépôt et banques d'investissement a eu pour conséquence le développement du crédit, la hausse de la concurrence au sein du secteur financier et la stimulation de l'innovation financière.

L'innovation financière est favorisée par la titrisation qui permet la cession de titres sous toutes ses formes y compris les créances. La diversification des portefeuilles, rendue possible par la diversification des produits financiers, permet un risque plus faible pour un rendement donné ou un rendement plus élevé pour un même niveau de risque. Mais la diminution du risque sur certains titres ou leur plus faible rémunération conduit à créer des titres plus risqués.

---

[182] Les agrégats de monnaie sont des indicateurs statistiques de la capacité de dépense des agents non financiers résidents. Ils regroupent tous les moyens de paiement de ces agents auxquels s'ajoutent les placements financiers qui peuvent être convertis en moyens de paiement rapidement, facilement avec un risque de perte en capital faible. Ils sont utilisés par les autorités poursuivre l'évolution de la masse monétaire et, à travers elle, la dépense future et les prix. Depuis le 1er janvier 1999 de nouveaux agrégats ont été définis pour la zone euro : l'agrégat M1 regroupe les billets, pièces et dépôt à vue ; M2 comprend M1, les dépôts à terme inférieur à deux ans et les dépôts avec préavis ou égal à trois mois ; M3 est composé de M2 augmenté des encours nets (différence entre encours émis et encours détenus) de titres d'une durée inférieure ou égal à deux ans.

232 Les établissements de crédit peuvent, de ce fait, transférer leur risque de crédit, sous jacent à un prêt, à un ensemble d'investisseurs par le biais de produits dérivés qui sont des instruments financiers permettant aux acteurs économiques de se protéger contre la variation de taux d'intérêt, de taux de change, du prix de matières premières… Ce sont des supports importants de spéculation.

233 La titrisation présente l'avantage d'une diminution de la concentration du risque sur l'ensemble du marché financier. Elle permet de répartir les risques sur plusieurs créanciers, les investisseurs. Sur le plan macroéconomique, elle présente l'avantage de favoriser l'augmentation des crédits accordés à l'économie car elle améliore les facilités de financement des prêts. Cette optimisation du financement des crédits induit en théorie une diminution du coût du crédit pour l'emprunteur.

Mais ce modèle de financement facilité par la titrisation n'est pas sans risque.

B – Les limites du financement par titrisation

234 La titrisation, c'est à dire la transformation de créances en titres entrant dans la composition de portefeuilles sophistiqués est un facteur déclenchant de la crise économique.

Les émetteurs de prêts ne prennent pas les mesures nécessaires pour assurer le paiement des créances dues puisque dès l'origine, ces émetteurs ont la connaissance de la possibilité du transfert des risques à d'autres investisseurs. Ces investisseurs ont la possibilité de restructurer ces prêts sous formes d'instruments de crédit complexes dont il est difficile de vérifier la qualité. La dilution des risques et la complexité des produits structurés occultent la localisation des risques.

235 Les clients finaux ne disposant d'aucune information sur la nature des sous jacents des produits financiers structurés se fient à la notation effectuée par les agences de notation.

Les agences de notation évaluent les risques de crédits de portefeuilles d'actifs mais elles participent indirectement à l'opération de titrisation puisqu'elles sont consultées au cours de sa structuration. Les agences de notation sont consultées lors de la mise en place d'opération de titrisation.

Une agence est ainsi consultée sur des produits dont elle évalue par la suite le risque de défaut de paiement.

Les agences sont dans une relation commerciale puisqu'elles fournissent une prestation de service contre rémunération. Les modalités de rémunération ainsi que l'implication des agences dans la structuration des produits sont susceptibles d'affecter la neutralité des évaluations. Il convient de préciser qu'une part importante du chiffre d'affaires d'une agence de notation émane de sa participation à la structuration des opérations de titrisation et notation des produits qui sont émis. Par conséquent, les agences de notation sont parties prenantes à l'élaboration des produits structurés parce que leurs avis déterminent la structuration du passif de l'émetteur.

236 **Les produits structurés** acquis par les clients finaux sont peu liquides, ils sont conçus pour correspondre au profil de risque requis par l'acquéreur. Leur aptitude à être revendue est donc limitée.

Pour être cédés, ces produits, éléments constitutifs de l'actif de l'acquéreur, doivent faire l'objet d'une **évaluation en application des normes comptables**. Dans ce processus, les agences de notation ont une mission essentielle : elles réunissent, contrôlent et permettent à tous d'avoir accès à des informations simples, claires et concises sur le risque de crédit lié aux différentes classes et catégories de produits financiers.

La titrisation dissocie la valeur des actifs et des crédits des fondamentaux (éléments du bilan) mais les fluctuations des prix des actifs sont répercutées sur le bilan des banques. Ce qui constitue une source de risques

237 **L'excès de risque** est l'un des principaux facteurs explicatifs de l'origine de la crise. Une prise de risque excessive, imputable à la majorité des intervenants a causé une forte dégradation de la qualité des crédits et par conséquent une augmentation des taux de défaut. Ces comportements sont explicables par l'existence d'asymétrie d'information et ont des conséquences sur l'économie réelle.

§ 2 : Les conséquences sur l'économie réelle[183]

238 La titrisation multiplie le nombre d'intermédiaires intervenant dans une opération de crédit. Une multiplication des intermédiaires implique potentiellement une multiplication des **asymétries d'information**.

Lorsque l'initiateur cède le crédit, il dispose d'un avantage informationnel quant à la qualité des crédits. Il est incité à dissimuler la qualité réelle des crédits cédés puisque le prix de vente de ces crédits est fonction de leur montant et de leur risque. Ce problème d'aléa moral avec l'information cachée est une des conséquences de la titrisation. Ne supportant pas les risques de crédits titrisés et bénéficiant d'un avantage informationnel quant à leur qualité, le cédant est logiquement incité à exploiter cette asymétrie d'information. Ce problème d'aléa moral est encore plus important lorsque les prêts sont accordés par des organismes non réglementés.

De surcroît, les investisseurs peuvent opter pour une gestion sous mandat de leur excès de financement. Un investisseur ne disposant pas de ressources temporelles et de connaissances nécessaires à l'élaboration d'une stratégie d'investissement est susceptible de mandater un gestionnaire d'actifs, mieux à même de sélectionner les placements correspondant à ses préférences. Dans cette relation d'agence, le gestionnaire ou agent dispose d'un avantage informationnel sur l'investisseur quant aux choix d'investissement qu'il effectue et peut être incité à profiter de cette asymétrie d'information pour améliorer sa propre situation.

Plus généralement, l'asymétrie d'information est source d'anti sélection dans la phase qui précède la conclusion de la transaction. Les agents qui cherchent rapidement à obtenir des prêts sont les plus risqués en termes de remboursement. Les preneurs de risques seront davantage candidats aux prêts dans la mesure où ils connaissent leur faible capacité de remboursement. L'anti sélection accroît la distribution de prêts risqués si bien que les prêteurs peuvent s'abstenir de prêter.

L'asymétrie d'information est génératrice de risque moral qui intervient après la réalisation d'une transaction. L'emprunteur peut s'engager dans des activités qui compromettent le remboursement du prêt. L'absence de remboursement met en

---

183 L'économie réelle recouvre les processus de production et d'échanges de biens et services ainsi que la rémunération des facteurs de production directement impliqués dans le processus : le travail et le capital. L'économie réelle est souvent comparée avec l'économie virtuelle ou financière qui ne vise pas directement le financement de l'activité économique : exemple : produits dérivés, contrats fondés sur un actif sous-jacent financier.

danger les établissements de crédit qui ne peuvent plus faire face à leurs obligations faute de liquidités. **Le manque de liquidités entraine une pénurie de capitaux (A) qui a des répercussions sur l'économie réelle (B).**

A – La pénurie de capitaux

239 Les banques ne sont pas des agents économiques comme les autres. Elles sont chargées de la réception des fonds du public et du maintien des comptes de dépôt, elles sont les seules à créer de la monnaie en accordant des crédits. Par ailleurs, elles sont chargées de la gestion des moyens de paiement. Toutes ces fonctions jouent un rôle essentiel dans l'économie.

Lorsqu'une crise financière se déclenche, elle affecte la qualité des emplois que les banques font de leurs fonds.

240 Selon les principes de la comptabilité générale, le bilan ce compose d'un passif et d'un actif. A l'actif sont inscrits les emplois ; au passif, les ressources (par exemple, les fonds propres de l'entreprise et les dettes). Lorsqu'une banque accorde un prêt immobilier, cela constitue pour elle un emploi : elle le porte à son actif. Si le prêt n'est pas remboursé, il dégrade l'actif. Lorsque une banque accorde un prêt immobilier et qu'elle « titrise » c'est-à-dire qu'elle le transforme en titres négociables elle le sort de son bilan car elle le vend. La banque peut, lors de la titrisation s'engager à assurer la liquidité de ses titres si jamais il devait y avoir un problème, on parle d'engagement hors bilan.

241 Avec la crise des subprimes, les banques ont eu à réintégrer dans leur bilan les engagements correspondant aux crédits subprimes « titrisés » ce qui a dégradé leurs comptes. Les banques alors fragilisées deviennent plus prudentes dans la distribution de leurs crédits. Il existe même des situations de stress où elles n'accordent presque plus de prêts ; on parle de crédit crunch. Un tel comportement affecte ceux qui cherchent des financements.

242 La dégradation de la situation de certaines banques par rapport aux autres fait qu'aucune banque ne tient à faire connaître la gravité exacte de ses difficultés, une suspicion générale s'installe sur toutes les banques si bien qu'elles ne veulent plus se prêter, personne ne sachant qui supportait le risque des titres toxiques liés aux subprimes, le marché interbancaire se figerait.

243 Parallèlement, la **déréglementation s'est traduite par un renforcement de la concurrence entre les intermédiaires financiers**. Dans ce contexte, les institutions financières peuvent être incitées à effectuer des arbitrages en matière de gestion des risques et opter de ne pas se dessaisir de leur liquidité. Cette diminution des liquidités sur le marché a réduit la capacité des marchés à absorber les actifs titrisés et donc la possibilité pour les banques de transférer les actifs et les risques hors de leur bilan.

244 Pour ce qui est des autres intervenants du marché, en raison de la complexité des instruments structurés et de leur prolifération rapide, ces intervenants manquent de références historiques pour évaluer et mesurer leur comportement en période de crise. Les notations sont apparues moins stables et les intervenants de marché disposant de liquidités préféreraient rester en dehors du marché.

Par conséquent le coût de financement des banques s'est accru et les conditions de levée de capitaux se sont resserrées. Ce phénomène « d'illiquidité » peut dégénérer en insolvabilité. Les banques qui n'arrivent pas à se refinancer finissent par glisser vers l'insolvabilité. En effet le retrait des créanciers suscite une telle dévalorisation des actifs (immobilier, actions, subprimes) détenus par les banques que ceux-ci deviennent insuffisants pour honorer les dettes. Les banques doivent donc trouver du capital supplémentaire pour rester solvables. Mais il leur est difficile de chercher des fonds propres supplémentaires en émettant des actions dans la mesure où la bourse est en pleine déprime.

Quand les investisseurs se mettent à se méfier de la bourse ou de **l'immobilier, cela déprime les marchés et affecte l'économie.**

Cette situation se répercute sur la sphère réelle.

B – Contagion à l'économie réelle

245 La sphère financière constitue le moyen servant au financement de l'économie.

Les entreprises ont recours à deux sources de financement : le financement bancaire (prêts) et le financement par les marchés (actions, obligations…). En 2008, les deux sources de financement se sont taries. Les banques durcissent les conditions d'octroi de prêts aux ménages et aux investisseurs, la demande privée diminue, ce qui aggrave la situation des ménages et des entreprises.

Les ménages qui avaient placé ou prêté voient leur portefeuille se déprécier. Ils se sentent moins riches et hésitent à consommer ou à investir dans l'immobilier. On dit que l'effet de richesse se met à jouer négativement. De surcroit, les ménages qui ont de l'argent à placer se méfient de tout ce qui présente un risque, ils éprouvent une aversion au risque, et se reportent sur les placements les plus sûrs, voire gardent leurs économies sous forme monétaire (dépôts bancaires). Et, s'ils sont vraiment inquiets, ils vident une partie de leur compte en banque pour garder des billets chez eux, ce qui peut enclencher un mouvement de panique bancaire.

Les emprunteurs potentiels (entreprises comme particuliers) qui voudraient investir dans l'immobilier ou de nouvelles activités, ou qui souhaiteraient emprunter pour consommer, éprouvent des difficultés à trouver un financement. Quant ils le trouvent, il est devenu plus cher.

Les petites et moyennes entreprises (PME) se trouvent confrontées à une plus grande prudence des banques, elles-mêmes confrontées à la dégradation de leur bilan. Or le financement des PME se fait principalement par le biais du crédit bancaire, les petites entreprises étant moins susceptibles que les grosses d'émettre des obligations ou des actions. Dans les situations de crise, non seulement le crédit bancaire se tarit mais l'accès au marché devient encore plus difficile.

Il arrive aussi que les emprunteurs découvrent des problèmes dans leurs emprunts passés. Ainsi, avant le déclenchement de la crise, les collectivités territoriales et les organismes d'habitation à loyer modéré (HLM) avaient échangés leurs emprunts classiques contre des financements dits « structurés ». A l'époque, ils paraissaient moins chers, mais ils étaient indexés sur différentes variables (devises, taux d'intérêt sur certains marchés…). Lorsque les variables en question se mettent à évoluer dans le mauvais sens, le coût lié aux emprunts passés explose.

Tous ceux, ménages comme entreprises, qui ont emprunté sans compter parce qu'ils pensaient que l'appréciation sans fin de leur portefeuille de placements les mettrait à l'abri de toute situation d'insolvabilité voient d'un seul coup leurs actifs se déprécier. Ils n'ont dès lors qu'une obsession : se désendetter. Pour ce faire, ils font des coupes sombres dans leur consommation, leurs stocks ou leur investissement, ce qui déprime l'activité économique. La baisse de régime de l'activité économique rétroagit sur les banques, donc amplifie les problèmes financiers.

246 Dans l'économie réelle, **les banques permettent d'organiser la rencontre des épargnants et des emprunteurs qui veulent financer leurs investissements**. Elles minimisent les coûts de transaction pour l'accès à l'information, l'acquisition mais aussi le traitement de l'information concernant les potentiels épargnants.

Par la sélection, elles permettent le financement des meilleures technologies de production, celles dont les chances de réussite sont les meilleures et que les entrepreneurs peuvent mettre sur le marché via de nouveaux procédés de production, de nouveaux biens et services. Elles identifient le bon emprunteur pour rentabiliser l'allocation de ressources et développer les projets. C'est l'institution qui garantie l'acquisition et le traitement de l'information sur une grande masse d'individus.

247 **Une des fonctions principales des établissements de crédit est la maîtrise des risques**[184] : maîtrise des risques du client pour contrôler ses propres risques et maximiser sa propre fonction de profit. Le secteur bancaire est confronté à une multitude d'offreurs de risque ou de demandeurs de produits. Sur le marché du risque, les banques préviennent du risque de défaut, calculent la rentabilité des segments de clients, segmentés en fonction de leur risque socio économique. De ce fait, les épargnants en tant qu'offreurs de risques et demandeurs de produits, apparaissent importants dans la contribution des banques à la croissance économique.

Les établissements de crédit permettent la circulation des capitaux pour atteindre l'allocation optimale des ressources, ajuster capacité et besoin de financement.

248 La nécessité de faciliter le bon fonctionnement de l'économie légitime la régulation et le contrôle des établissements de crédits.

Régulation et contrôle des établissements de crédit devraient pouvoir encourager le retour vers les « fondamentaux » en décourageant les dérives de la finance virtuelle.

---

184 Le métier de la banque est de prendre et de maîtriser des risques de plusieurs natures pour ses clients (risque de crédit, risques de marchés, risques opérationnels, risque de liquidité). Tout risque se caractérise par un coût, lié entre autres à l'obligation de le « provisionner », c'est à dire de se préparer à son impact financier au cas où il se concrétiserait. La banque est rémunérée pour cette prise de risque.

249 Comment agir sur ces établissements pour qu'ils privilégient la croissance effective de l'emploi, le retour aux objectifs de long terme au détriment du court terme dans le but d'assurer un développement économique et une finance socialement responsable ?

250 À travers ces évolutions, le contrôle est-il suffisant ? Est-il efficace ? Permet-il aux autorités de surveiller le respect des règles prudentielles et des obligations à la charge des établissements de crédit ?

251 Pour tenter d'apporter des éléments de réponse à ces questions il est nécessaire d'analyser l'organisation des contrôles exercés sur les établissements de crédit. C'est l'objet du Titre II.

TITRE II : L'ORGANISATION DES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT

252 Le rôle fondamental des établissements de crédit et plus particulièrement des banques dans le financement de l'économie explique que leur l'activité s'exerce sous la forme d'un monopole c'est à dire une autorisation accordée par l'Etat[185] qui porte sur la réception des fonds du public et la distribution de crédit[186].

Le monopole bancaire se justifie par l'activité de crédit des banques qui créent de la monnaie scripturale indispensable au fonctionnement de l'économie, c'est une condition de la confiance dans le système bancaire. Elles le font par le biais des dépôts ; « Les dépôts font les crédits ». La remise d'une somme d'argent est un transfert de propriété car la monnaie est un bien fongible. La banque a une dette de restitution en équivalent à l'égard du déposant.

Les opérations qui relèvent du monopole bancaire, cœur de métier des banques, sont définies par l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier qui dispose « les opérations de banques comprennent la réception des fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que des services bancaires de paiement ». Seules ces opérations relèvent du monopole bancaire.

- L'article L. 312-2 du Code monétaire et financier précise la notion de **réception de fonds du public** ; il s'agit de dépôt qu'une personne recueille de tiers avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge de le restituer. Le terme de dépôt ne renvoie pas au contrat de dépôt règlementé dans le code civil. Le texte fait référence à toute remise de fonds à charge de restitution. Peu importe la nature juridique du contrat : prêt, dépôt ou mandat. La principale caractéristique de l'opération est l'obligation de restituer les fonds au public.
- **L'opération de crédit** qui relève du monopole est précisée à l'article L. 313-1 du code monétaire et financier comme tout acte par lequel une personne, agissant à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne. C'est l'avance de fonds qui est, d'après la loi, l'essence

---

185 Autorisation qui est ensuite distribuée à toute personne qui remplit les conditions exigées.

186 Distribution de crédit ou opérations de crédit ; notion générique qui recouvre une grande variété d'opérations : les prêts d'argent, les découverts en compte, les ouvertures de crédit, les opérations de mobilisation de créances, l'affacturage et les opérations de cessions de créances non échues. L'Etat cherche à contrôler toute forme de distribution de crédit.

même de l'opération de crédit et non leur l'origine. L'opération de crédit existe dès qu'il y a remise de fonds contre remboursement[187], quelque soit le mode de remboursement.

- **Les services de paiement[188]**, monopole bancaire relèvent de l'article L. 311-3 du Code monétaire et financier qui définit les moyens de paiement comme tous instruments, quelque soit le support ou le procédé technique utilisé, permettant de retirer des fonds.

253 Depuis le 1er novembre 2009, la France applique **le nouveau cadre juridique**[189] **défini au niveau européen pour les « services de paiement »**. Il régit les opérations entre les fournisseurs de ces services dont les banques et leurs clients et prévoit un ensemble de règles applicables à ces services. Ces dispositions nouvelles mises en place dans tous les pays européens visent à créer un véritable marché harmonisé des services de paiement en Europe.

Le nouveau cadre juridique en réformant les services de paiement déroge au monopole bancaire. En effet l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier consacre un monopole au profit des établissements de crédit pour les opérations de banque effectuées à titre habituel et pour la réception des fonds à vue ou restituables dans un délai inférieur à deux ans. Le non respect du monopole est une infraction pénale

---

187 Arrêt chambre civile Cour de cassation 14 janvier 2010 : dans l'affaire consacrée au prêt qualifié de contrat réel, les demandeurs invoquaient des reconnaissances de dette à l'encontre de leurs signataires. La cour d'appel les avait déboutés de leur demande en paiement au motif que, le prêt étant réel, et supposant la remise de fonds, il leur incombait de prouver cette remise, malgré les reconnaissances de dette. La cassation s'est prononcée sous le visa des articles 1315 et 1132 du code civil dont la Cour de cassation déduit qu'il incombait aux défendeurs « qui avaient signés les reconnaissances de dettes et prétendaient, pour contester l'existence de la cause de celle-ci que les sommes qu'elles mentionnaient ne leur avaient pas été remises, d'apporter la preuve de leurs allégations » (recueil Dalloz 2010 p. 620).

188 Les services de paiement du nouveau dispositif de la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernent : le dépôt ou retrait d'espèces sur un compte de paiement, les virements ou prélèvements unitaires ou permanents, les paiements par carte, les services de transfert d'argent, les opérations de paiement par téléphone ou ordinateur adressées à l'opérateur quant celui-ci agit uniquement en qualité d'intermédiaire entre le payeur et le fournisseur du bien ou du service (Fédération Bancaire Française, les clés de la banque Hors série octobre 2009).

189 Directive 2007/64/ du 13 novembre 2007 transposée en droit français par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 régissant la fourniture de services de paiement et portant sur la création des établissement de paiement et le décret n° 2009-934 du 29 juillet 2009.

sanctionnée par l'article L. 571-1 du Code monétaire et financier de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

254 La directive du 13 novembre 2007 ouvre par ailleurs le marché des paiements à d'autres acteurs que les banques : « les établissements de paiements ».

Un établissement de paiement est une entreprise agréée par les autorités publiques de son pays pour fournir des services de paiement. A la différence des banques, il ne peut pas disposer des fonds reçus pour son propre compte. Il n'a pas accès aux opérations de mise à disposition ou de gestion de moyens de paiement.

Il est soumis à la même réglementation que celle des banques en ce qui concerne les services de paiement : le secret professionnel, la lutte contre le blanchiment et les obligations de déclaration à l'administration fiscale.

Il doit obtenir une garantie bancaire ou une assurance qui va permettre à sa clientèle d'obtenir, en cas de défaillance, le remboursement des fonds qu'il détient. Sur ce point, il fait l'objet d'une réglementation moins exigeante que celle des banques.

La directive fournit de surcroît une base juridique unique nécessaire à la construction de l'espace unique de paiement en euro (Single Euro Payment Area) SEPA.

255 En contrepartie de ces prérogatives, l'activité bancaire est soumise à un encadrement strict aussi bien lors de la formation de la personne morale qui va assurer cette activité qu'au cours de sa vie sociale.

Par ailleurs la loi impose la présence d'organes de contrôle : commissaires aux comptes et comité d'audit pour garantir la diffusion d'informations financières conformes à la situation réelle de l'établissement de crédit, terme qui sera utilisé pour qualifier les grandes banques françaises auxquelles l'étude se restreint. L'étude de ces organes fera l'objet d'une seconde section.

256 Cet encadrement passe dans un premier temps par l'obligation d'adopter des structures juridiques particulières et une règlementation spécifique dont la mise en place et le respect relèvent des dirigeants et des actionnaires fondateurs de l'établissement de crédit. Ce point sera traité dans le **Premier Chapitre qui porte sur le contrôle interne** effectué dans les établissements de crédit par les actionnaires, incités à une forte surveillance pour préserver leur patrimoine.

Ce contrôle interne est renforcé par un **contrôle externe** effectué par l'Autorité de contrôle prudentiel, il sera **l'objet du Second Chapitre**.

CHAPITRE I : LE CONTRÔLE INTERNE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

257 L'activité d'une banque la situe au cœur de nombreuses opportunités, d'affaires à risques. Comment est-elle organisée pour les surmonter ? Quelles sont les règles de gestion en vigueur dans le domaine bancaire ? Les établissements de crédit relèvent d'une **réglementation spécifique quant à leur constitution et leur fonctionnement (Section 1). Le respect de la mise en œuvre de ces règles est assuré par le commissaire aux comptes et le comité d'audit (Section 2)**.

Section 1 : Constitution et fonctionnement des établissements de crédit : règles spécifiques

258 L'article L. 511-1 du Code monétaire et financier impose que les établissements de crédit soient des **personnes morales**. En pratique, les établissements de crédit sont le plus souvent constitués sous la forme de sociétés anonymes, de sociétés en commandite simple ou par actions.

Pour toute société commerciale, la société est un contrat dont les clauses reflètent pour partie de l'accord de volonté des actionnaires. Les fondateurs doivent veiller au respect des conditions générales de fond et de forme, exigées pour la validité de la constitution de la société.

De surcroît, la directive 2006/48/CE[190] remplacée par la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 détermine les **règles relatives à l'accès à l'activité** des établissements de crédit et édicte des **normes prudentielles** qui leur sont **applicables aussi bien lors de la constitution de la société (§1) que tout au long de la vie sociale (§2)**. Elle a été transposée en droit français par les arrêtés du 20 février 2007.

---

[190] Directive 2006/48/CE du Parlement et du Conseil Européens du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, remplacé par la directive n° 2013/36/UE du 26 juin 2013 relative à l'accès à l'activité et à la surveillance prudentielle des établissements de crédit.

§ 1 : Pour la création de la société

259 Les établissements de crédit sont soumis à des règles spécifiques et strictes pour leur création à la différence des autres entreprises et sociétés de droit commun.

Avant d'exercer leurs activités, les établissements de crédit doivent obtenir **l'agrément[191] délivré par l'ACPR** en application de article L. 511-10 du Code monétaire et financier modifié par l'ordonnance n° 2015-588 du 21 mai 2015. L'autorité vérifie le respect des conditions obligatoires prévues aux articles L. 511-11, L. 511-13 et L. 511-40 du Code monétaire et financier.

L'agrément est une **condition d'accès à la profession (A)** mais **d'autres mesures s'imposent (B)**. Elles sont relatives à la structure et aux exigences permettant une protection des épargnants contre les risques excessifs de leurs placements et investissements. Mesures qui aident à assurer une gestion prudente des banques et à limiter au maximum des risques de faillites.

A – Une condition de fond : l'obtention de l'agrément.

260 **L**'agrément bancaire ou licence bancaire est le document légal par lequel, l'autorité compétente autorise l'établissement à effectuer les opérations de banque. Sa délivrance nécessite le respect de certaines modalités et ses effets peuvent être restreints

1 – Les modalités de l'agrément

261 Pour délivrer l'agrément, l'ACPR doit effectuer un certain nombre de vérifications fixées à l'article L. 532-2 du code monétaire et financier. Ces vérifications portent sur l'adéquation de la forme juridique de l'entreprise à l'activité d'établissement de crédit, le programme d'activités, l'organisation, les moyens techniques et financiers, l'identité des apporteurs de capitaux et le montant de leur participation.

L'Autorité apprécie également l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et qui assurent à la clientèle une sécurité satisfaisante[192].

---

[191] Piedelièvre S., Putman E., « Droit bancaire », Economica corpus droit privé, 2011, p. 126.

[192] Article 511-10 du Code monétaire et financier.

La loi française exige que le siège social de la société se situe en France ; le capital initial doit être adapté et suffisant, il varie selon les activités de l'établissement et est déterminé par le ministre chargé de l'économie.

Lors de la création d'un établissement de crédit, le capital minimum varie entre un et cinq millions d'euros selon sa catégorie :

- 5 millions d'euros pour les banques, les banques mutualistes ou coopératives, les caisses d'épargne et de prévoyance, les caisses de crédit municipal ; les banques qui effectuent toutes les opérations[193].
- 2,2 millions d'euros pour les sociétés financières ; pour les caisses de crédit municipal engagées statutairement à ne pas collecter des fonds du public et à limiter leurs concours à l'octroi de prêts sur gages corporels et de crédits aux personnes physiques en revanche,
- 1,1 millions pour les caisses de crédit municipal qui limitent leurs activités aux prêts sur gage corporels et les sociétés financières dont les opérations de banque sont limitées aux opérations de change scriptural au comptant qui comprennent une opération de crédit.

L'identité et le montant de participation de chacun des actionnaires doivent être spécifiés. Leur qualité est appréciée conformément à la nécessité d'assurer une gestion saine et prudente de la société. Il existe des exigences quant à l'honorabilité et à la compétence des dirigeants[194]. Ces derniers doivent posséder une expérience suffisante pour diriger un établissement de crédit et ne doivent pas avoir fait l'objet d'une condamnation pour les infractions prévues à l'article 500-1 du code monétaire et financier.

L'ACPR dispose d'une grande liberté pour apprécier l'honorabilité des dirigeants et peut refuser l'agrément même si le dirigeant n'a pas fait l'objet de condamnation pénale. Ainsi elle apprécie librement les actes commis et éventuellement mentionnés dans le traitement des données personnelles gérées par les autorités de police et de gendarmerie.

L'ACPR doit prendre des **informations sur la situation financière et sociale des actionnaires**. Elle doit veiller à ce que les apporteurs de capitaux soient en mesure de

---

193 Https://acpr.banquedefrance.fr

194 Décret n° 2014-1357 du 13 novembre 2014 relatif au contrôle de l'honorabilité et de la compétence des dirigeants et des membres des organes collégiaux dans les établissements de crédit.

fournir à l'établissement les ressources en fonds propres nécessaires pour respecter à tout moment la règlementation en vigueur et s'assurer de la stabilité de la répartition du capital afin que l'établissement de crédit soit géré de façon cohérente.

L'ACPR doit chercher à **connaître l'origine des fonds destinés à constituer le capital** pour éviter que l'établissement de crédit ne soit créé pour blanchir des activités illicites. Ces exigences concernent en principe les actionnaires représentant au moins 10% du capital.

L'ACPR veille à **l'absence de conflit d'intérêts entre les actionnaires et d'autres personnes morales ou physiques**. Elle peut refuser l'agrément lorsque l'exercice de la mission de surveillance de l'établissement est susceptible d'être mis en difficulté par l'existence de liens de contrôles directs ou indirects entre l'entreprise et d'autres personnes morales ou personnes physiques qui relèvent éventuellement d'une législation d'un Etat non membre de l'espace économique européen.

L'ACPR vérifie si l'établissement de crédit a précisé dans un programme, la nature des services qu'il veut exercer, leurs conditions d'exercice, les opérations envisagées et la structure de son organisation.

262 L'établissement doit **adhérer à un mécanisme de garantie de titres** gérés par le fonds de garantie des dépôts qui a pour objet d'indemniser les investisseurs en cas d'indisponibilité des dépôts du public en espèces ou instruments financiers (articles L. 322-1 à L. 322-4 du code monétaire et financier).

263 La **direction d'un établissement de crédit doit être assurée par deux personnes au moins** pour s'assurer de la continuité de la direction en cas d'empêchement momentané de l'un d'entre eux.

Dans le cadre de l'entrée en vigueur le 1er janvier 2014 de la directive n° 2013/36/UE du 6 juin 2013 dite CRD IV concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et leur surveillance prudentielle, l'ACPR a publié le 29 janvier 2014 trois positions sur la gouvernance et la forme juridique des établissements de crédit. Ces positions concernent :

- la dissociation des fonctions de président de conseil d'administration et de « dirigeant responsable ». L'article 88-1er de la directive dispose que « le président de l'organe de direction dans sa fonction de surveillance d'un établissement ne peut pas exercer

simultanément la fonction de directeur général dans le même établissement sauf lorsqu'une telle situation est justifiée par l'établissement et approuvée par l'autorité compétente ».

Prenant acte de cette disposition, l'ACPR pose le principe selon lequel le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général n'est plus possible pour les établissements de crédit.

- Le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de « dirigeant responsable ». Aux termes des articles 88-1, 13-1 et 3-7 de la directive, les dirigeants responsables sont ceux qui définissent la « stratégie, les objectifs et la direction globale de l'établissement ».

  La position 2014-P-03 de l'ACPR précise que le président dirige « l'organe de direction dans sa fonction de surveillance ». Ce rôle non exécutif « devrait consister à critiquer de manière constructive la stratégie de l'établissement et contribuer ainsi à son élaboration, à contrôler l'action de la direction dans la réalisation des objectifs convenus, à vérifier l'exactitude de l'information financière et s'assurer que les contrôles financiers et les systèmes de gestion des risques sont solides et justifiables, à contrôler la conception et la politique de mise en œuvre de la politique de rémunération de l'établissement et à émettre des avis objectifs sur les ressources, les nominations et les règles de conduite.

- les conditions dans lesquelles la forme juridique de société par actions simplifiée (SAS) peut être adoptée par les établissements de crédit. Les dispositions de la directive exigent d'une part que les fonctions exécutives et les fonctions de surveillance soient séparées et exercées par des personnes différentes et d'autre part, que le président de l'organe de direction dans sa fonction de surveillance ne puisse exercer simultanément la fonction de directeur général dans le même établissement, sauf lorsqu'une telle situation est justifiée par l'établissement et approuvée par les autorités compétentes.

  La position 2014-P-04 de l'ACPR rappelle que la forme juridique de société par actions simplifiée est incompatible avec l'offre au public de titres financiers et pose les principes suivants : la compatibilité de la forme de SAS d'un établissement de crédit est examiné in concreto par l'ACPR ; toute modification statutaire d'une SAS est soumise à l'appréciation de l'Autorité ; les SAS doivent prévoir dans leurs statuts l'existence d'un organe collégial d'au moins trois membres. Le président de cet organe, dans sa fonction de surveillance, ne peut être ni le président de la SAS, ni le directeur général ni un directeur général délégué.

264 Pour obtenir l'agrément, un établissement de crédit doit veiller à sa structure juridique, ses activités, l'identité et la qualité des apporteurs de capitaux. Qu'en est-il de la portée de l'agrément ?

2 – La portée de l'agrément

265 L'agrément accordé par l'ACPR est un acte administratif qui peut faire l'objet d'un recours en annulation devant Le Conseil d'Etat. Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'agrément, l'ACPR doit statuer dans un délai de douze mois à compter de la réception de la demande.

Elle peut décider de limiter l'agrément qu'elle délivre à l'exercice de certaines opérations ou de le soumettre à certaines conditions particulières (engagement de conservation durable d'une participation par exemple) qui visent à préserver l'équilibre de la structure financière de l'établissement et le bon fonctionnement du système bancaire. L'article L. 511-10 du code monétaire et financier lui permet de prendre en compte la spécificité de certains établissements de crédit appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Elle évalue leur action en tenant compte de leur mission d'intérêt général : lutte contre les exclusions, reconnaissance d'un droit effectif au crédit. Cette possibilité offerte par la loi du 15 mai 2001[195], répond à la volonté des pouvoirs publics d'ouvrir à tous les services bancaires.

266 Tout établissement de crédit qui souhaite changer de catégorie doit obligatoirement disposer d'un nouvel agrément.

Sont soumis à autorisation préalable de l'ACPR ; le changement de forme juridique de l'établissement, un changement de dénomination ou de raison sociale, une modification importante dans la composition des apporteurs de capitaux.

267 Sur le plan européen, les autorités communautaires ont posé le principe de la **reconnaissance mutuelle** c'est-à-dire qu'un agrément obtenu dans un des Etats membres est pris en considération dans tous les autres Etats membres de l'Union européenne.

Ainsi, un établissement de crédit ayant son siège social en France peut installer librement des succursales sur tout le territoire de l'Union européenne conformément à l'article 23 de la directive du 14 juin 2006, reprise en droit français par l'article L. 511-27 du Code monétaire et financier. Il peut le faire sans solliciter d'autorisation ni remplir les conditions posées par les autres Etats pour y être agréé. Il doit simplement notifier le projet d'implantation aux autorités de son pays d'origine, une fois accepté par les autorités du pays d'origine, le projet est communiqué aux autorités de l'Etat

---

[195] Article L. 511-10 modifié par loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 7 JORF 16 mai 2001.

d'accueil qui ne peut pas refuser l'implantation de l'établissement mais peut adresser des demandes d'informations ou préciser les règles d'intérêt général applicables dans le pays d'accueil.

Cette reconnaissance mutuelle de l'agrément constitue en quelque sorte une limite au contrôle exercé par l'ACPR pour l'ouverture d'un établissement de crédit.

268 La particularité de constitution des établissements de crédit ne se limite pas à l'obtention de l'agrément. Le législateur veille à ce que la société dispose en plus d'un capital suffisant, de personnel compétent et d'une organisation interne propice au contrôle de son activité régulière.

B – Les autres conditions : structure de contrôle interne, adéquation des fonds propres et règles de publicité

Avant de solliciter l'agrément, l'établissement de crédit doit mettre en place une structure permettant un contrôle interne des opérations effectuées.

1 – Mise en place d'une structure de contrôle interne

269 Le contrôle interne imposé par le règlement n°97-02 du 21 février 1997 modifié à plusieurs reprises dont la dernière modification a eu lieu le 3 novembre 2014[196] comprend :un système de contrôle des opérations et des procédures internes qui a pour objet de vérifier :

- que les opérations réalisées par l'établissement de crédit sont conformes aux dispositions de toute nature en vigueur, propres aux activités bancaires et financières,
- que les procédures de décisions, de prises de risques, les normes de gestion fixées sous forme de limites sont strictement respectées,

---

[196] Règlement CRBF du 21 février 1997 remplacé par l'Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque. L'Arrêté a pour objectif de compléter le dispositif de transposition en France de la directive 2013/36/UE du Parlement européen du 26/06/2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit. L'Arrêté a repris non seulement les dispositions du règlement mais également celles concernant l'organisation de la gouvernance au sein des établissements de crédits et entités assujetties.

- la qualité des systèmes d'information et de communication ainsi que l'information comptable et financière publiée ou transmise aux autorités.

Le système mis en place doit veiller à l'adéquation entre la politique de rémunération et les objectifs de maîtrise des risques. En effet, les établissements de crédit doivent s'assurer que le montant total des rémunérations variables n'entrave par leur capacité à renforcer leurs fonds propres.

Le dispositif doit comporter :

- une organisation comptable et de traitement de l'information :
- des systèmes de mesure des risques et des résultats ;
- un système de documentation et d'information ;
- un dispositif de surveillance des flux d'espèces et de titres.

Ce dispositif de contrôle interne doit être adapté à la nature et au volume d'activité de l'établissement de crédit mais également à sa taille, à son implantation et aux risques auxquels il est exposé.

Le contrôle interne est complété par une exigence de fonds propres minimums

2 – Adéquation des fonds propres

270 La directive 2006/48/CE a introduit dans le droit bancaire européen le dispositif d'adéquation des fonds propres mis en place conformément aux accords du Comité de Bâle du 26 juin 2004 encore appelé « accord Bâle II ». Ce dispositif maintient le principe d'une exigence minimale de couverture des risques pondérés par des fonds propres à hauteur de 8%, institué par le ratio « Cooke ». En d'autres termes, le rapport des fonds propres sur les encours de crédit doit être égal ou supérieur à 8%. Cette directive est plus connue sous son acronyme « CRD [197]». Elle a renforcé le cadre prudentiel dans l'Union européenne en permettant une meilleure prise en compte des risques réellement encourus par les établissements de crédit en les incitant à améliorer la gestion interne de leurs risques. Le dispositif repose sur trois piliers :

- pilier 1 : **Application d'exigence minimum des fonds propres** ; les établissements de crédit doivent détenir un minimum de fonds propres en

[197] Capital Requirements Directive.

couverture de leurs risques de crédit, de marché et de leurs risques opérationnels. La directive définit également les instruments et éléments qui sont considérés comme des fonds propres. Sont ainsi proposées plusieurs approches pour estimer les fonds propres que les banques doivent détenir face à leur exposition aux risques.

- pilier 2 : **Instauration d'un processus de surveillance prudentielle** des établissements de crédit par les superviseurs bancaires ; les établissements de crédit doivent établir un dispositif interne visant à déterminer le niveau de capital interne nécessaire à la couverture de l'ensemble des risques. Y figurent également, les mesures que les autorités peuvent prendre si les banques assurent un soutien implicite ou non contractuel générateur de risques.

- pilier 3 : **Renforcement de la discipline de marché par davantage de transparence** : la directive liste toutes les informations quantitatives et qualitatives que les établissements de crédit doivent publier.

La réglementation porte également sur les expositions de titrisation des banques grâce à une méthode plus complète qui harmonise les diverses approches élaborées par les pays et augmente les exigences de fonds propres pour la titrisation des avoirs à haut risque[198].

De manière générale, la nature des risques pris en compte a été enrichie (prise en compte du risque de marché, du risque de crédit et du risque opérationnel) et les méthodes de calcul des risques ont été améliorées. Elles visent à inciter les banques à parfaire leurs systèmes de mesures et de gestion des contrôles internes.

271 Ces dispositions ont évolué, c'est ainsi que les articles 129, 130, 131 et 133 de la CRD IV du 17 juillet 2013, inspirées par les recommandations de Bâle III, instituent des exigences de fonds propres supplémentaires, dont les taux sont fixés soit par l'ACPR soit par le Haut Conseil de stabilité financière[199], constituées de quatre « coussins de

---

198 Finances et développement, p. 25, juin 2008.

199 Créé par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013, il remplace le Conseil de régulation financière et du risque systémique et est chargé de veiller au bon fonctionnement du système bancaire et d'en limiter les risques en définissant des mesures de politique macro prudentielle.

fonds propres » : coussin de conservation[200], coussin contra cyclique[201], coussin pour les établissements d'importance systémique[202] et coussin pour le risque systémique[203]. Ils doivent être exclusivement composés de fonds propres de base c'est à dire du capital social, des primes d'émission associées, des réserves, des résultats non distribués et des fonds pour risques bancaires généraux[204].

Ainsi, les exigences de fonds propres limitent les faillites et protègent de ce fait les déposants. Elles permettent aux établissements de crédit de ne pas réduire les prêts accordés aux investisseurs dignes de confiance en période de crises économiques.

272 La structure interne et l'adéquation des fonds propres aux risques encourus sont complétées par des règles de publicité imposées par le législateur pour protéger les partenaires des établissements de crédits.

3 – Les règles de publicité

273 Les fondateurs doivent respecter les règles de publicités qui s'imposent à toutes sociétés commerciales : inscription au Registre du commerce et des sociétés (RCS), au Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales (BODACC) et dans un journal d'annonces légales.

Depuis le 15 janvier 2013, en application du décret du 26 janvier 2012[205], les intermédiaires en opérations de banques et en services de paiement ainsi que les

---

200 Il concerne tous les établissements et sera obligatoirement fixé à 2,5% des risques pondérés.

201 Il est mis en place en cas de croissance excessive (notamment une déviation du ratio crédit/PIB). En France ce taux est fixé par le Haut conseil de stabilité financière et se situe dans une fourchette de 0 à 2,5 % des risques pondérés.

202 Il vise à réduire le risque de faillite des grands établissements en renforçant leurs exigences de fonds propres. Il peut être fixé entre 1 % et 3,5 % pour les établissements d'importance systémique mondiale et entre 0 et 2 % pour les autres établissements d'importance systémique en France. Ce coussin de fonds propres est fixé par l' ACPR.

203 Il vise à limiter les risques systémiques ou macro prudentiels non cycliques à long terme. Il ne s'applique pas obligatoirement à l'ensemble des risques pondérés mais uniquement aux expositions domestiques. Il n'est pas plafonné, mais est à priori compris entre 1 % et 5 %. Son application est demandée en France par le Haut conseil de stabilité financière.

204 Ensemble de provisions non affectées et de libre emploi qui permet aux banques de faire face à des risques potentiels non clairement règlementés.

205 Décret n°2012-101 du 26 janvier 2012 relatif aux intermédiaires en opérations de banque et en service de paiement. JORF n°0024.

établissements de crédit[206] sont soumis à **l'obligation d'immatriculation à l'Organisme pour le Registre des Intermédiaires en Assurance (ORIAS)** qui est devenu l'organisme teneur du registre unique des intermédiaires bancaires et financiers en France. L'inscription est obligatoire et permet d'éviter les fraudes aux consommateurs, assurés, emprunteurs ou épargnants.

Ainsi ce registre recense toutes les personnes physiques ou morales autorisées à exercer l'activité d'intermédiation en opérations de banque, en services de paiement, en assurance ou en réassurance. Sa consultation permet de vérifier l'habilitation pour tous les intermédiaires qu'ils soient immatriculés en France ou dans un autre Etat européen[207].

Pour obtenir l'immatriculation, les intermédiaires en opérations de banques et services de paiement doivent détenir une assurance responsabilité civile, souscrire une garantie financière, appliquer les principes de pratiques professionnelles (« bonne conduite ») et justifier d'une compétence professionnelle. Cette dernière peut se faire soit par expérience professionnelle soit par le suivi d'un programme de formation et la validation de cette formation par une attestation de réussite.

Pour les intermédiaires en opérations de banque et services de paiement, les demandeurs à l'inscription à l'ORIAS doivent fournir un extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (kbis) et justifier d'une capacité professionnelle. Si l'activité d'intermédiaire est exercée à titre principal, tous les dirigeants figurant sur l'extrait kbis doivent justifier de la capacité professionnelle. En revanche, si l'activité est exercée à titre accessoire, le demandeur a la possibilité de nommer un délégué au titre de l'activité qui devra justifier de la capacité professionnelle.

274 La capacité professionnelle peut être prouvée de trois manières :

- une formation adaptée à la réalisation d'opérations de banque ou de services de paiement. En pratique, le demandeur doit suivre un stage de 150 heures auprès d'un établissement de crédit, un établissement de paiement, une entreprise d'assurance ou un organisme de formation.

---

206 Les salariés de ces établissements sont amenés à proposer non seulement des opérations de banques (crédit immobilier, crédit consommation …), mais également toutes sortes de contrats d'assurance (assurance automobile, habitation, assurance vie …). Ces salariés, conseillers, doivent être immatriculés à l'ORIAS. Ordonnance 2016-351 du 25 mars 2016, article 519-1 du Code monétaire et financier.

207 Uniquement pour les intermédiaires en assurance.

- une expérience professionnelle dans les fonctions liées à la réalisation d'opérations de banques ou de service de paiement dont la durée est fonction du statut du demandeur[208].
- un ou des diplômes reconnus par la commission nationale de la certification professionnelle [209](CNCF).

275 La création d'un établissement de crédit nécessite donc le respect de certaines conditions relatives à la forme juridique, aux personnes faisant fonctionner l'établissement, aux moyens techniques et financiers, contrôlées par l'ACPR.

Ces dispositions spécifiques se justifient par la relation de confiance nécessaires à la réalisation de services bancaires et le rôle des établissements de crédit dans l'économie réelle.

Car dans leurs relations, banques et usagers courent un risque soit de défaillance soit de non remboursement. Ce facteur risque met au cœur de la relation la notion de confiance.

De surcroît, les contribuables risqueront moins d'avoir à contribuer au sauvetage des banques en faillite.

276 Les règles imposées aux établissements de crédit ne s'appliquent par uniquement pour la création mais organisent également leur fonctionnement.

§ 2 : Au cours de la vie sociale

277 Lors de la mise en œuvre de l'activité de ces établissements les dirigeants sont membres actifs du bon fonctionnement du contrôle interne imposé par le règlement 97-02 du 21 février 1997.

Ce règlement insiste sur le rôle prépondérant que doivent jouer les dirigeants effectifs[210] et les organes de surveillance[211] dans la mise en place d'un système de contrôle interne efficace et performant.

---

208 Pour les cadres ; deux ans d'expérience dans les trois ans à compter de la date d'inscription au registre. Pour les salariés hors cadre quatre ans d'expérience dans les cinq ans à compter de la date d'inscription à l'ORIAS.

209 La CNCP a été créée par la loi de modernisation sociale n°2002-73 du 12 janvier 2002. Elle est placée sous l'autorité du ministre en charge de la formation professionnelle elle a pour rôle de répertorier l'offre de certification professionnelle.

La direction générale[212] est l'émanation des actionnaires, elle doit agir dans l'intérêt de ces derniers et de leur société.

278 Le meilleur moyen s'assurer la réalisation optimale de sa fonction n'est-il pas d'engager sa responsabilité dans le contrôle de l'activité de l'établissement de crédit ?

Au cours de la vis sociale, le fonctionnement de l'établissement de crédit est marquée par **la singularité de la direction (A**) et **les responsabilités spécifiques de la direction générale (B)**

A – La singularité de la direction de l'établissement de crédit

279 L'environnement dans lequel évoluent les banques les contraint à maîtriser un nombre croissant de techniques et de règlementations et à mettre en œuvre une politique de maîtrise des risques toujours plus rigoureuse.

Les établissements de crédit ont vu les risques qu'ils encourent s'accroître, et se diversifier dans des cadres légaux en évolution.

Cette tendance implique une très grande vigilance sur le contrôle interne des opérations.

280 Contrôle permanent des risques et contrôle périodique de conformité sont mises en place et relèvent de la responsabilité des dirigeants.

1 – Dans la mise en place d'un contrôle interne permanent des risques

281 La direction générale comprend l'organe exécutif qui assure la détermination effective de l'orientation de l'activité de l'établissement et l'organe délibérant c'est-à-dire conseil d'administration, conseil de surveillance ou assemblée des actionnaires suivant la nature de la décision à prendre et le mode de direction choisi. Elle est assistée par des « opérationnels ».

---

210 Président du conseil d'administration, directeurs généraux, membre du directoire, mandataires sociaux.

211 Conseil d'administration ou de surveillance.

212 La direction générale est constituée dans les sociétés anonymes classiques du conseil d'administration et des directeurs généraux, pour les sociétés dualistes il s'agit des membres du directoire et du conseil de surveillance.

282 Le contrôle permanent est le dispositif qui met en œuvre de façon continue, les actions de maîtrise des risques et de suivi de la réalisation des actions stratégiques. Il s'applique à tous les niveaux de risques encourus par l'établissement de crédit. Il s'appuie d'abord sur les opérationnels qui sont les premiers responsables des risques générés par les activités dont ils ont la charge et ensuite sur des fonctions indépendantes (risques, conformité) dont la responsabilité première est de superviser la façon dont les risques sont pris et gérés par les opérationnels.

Le contrôle permanent de premier niveau est donc réalisé par les opérationnels. La complexité des organisations bancaires et la diversité des produits traités renforcent l'exigence d'une responsabilisation des opérationnels. A ce titre, l'implication du manager, ou chef de département opérationnel[213], de l'établissement de crédit est essentielle dans la mise en œuvre des prescriptions et recommandations émises par les fonctions spécialisées de contrôle.

Dans la pratique, les fiches de poste des opérationnels comportent des tâches de contrôle et les évaluations annuelles prennent en compte la façon dont ils s'acquittent de leurs tâches. Une partie variable de leur rémunération découle de ces évaluations.

283 Un contrôle de deuxième niveau est réalisé par des équipes indépendantes des opérationnels mais partie prenantes dans les instances décisionnelles de ces derniers (comité d'acceptation clients, comité de nouveaux produits).

284 Cette multiplicité d'intervenants nécessite une coordination permanente pour être efficace.

285 L'organe exécutif, c'est à dire le dirigeant effectif, assure la surveillance des risques, définit ou examine annuellement les limites globales fixées par nature de risques, effectue le suivi trimestriel du respect de ces limites à partir d'états de synthèses adaptés. Il apprécie les risques de l'établissement par rapport à ses fonds propres et à ses résultats en cas de fortes variations.

Au moins deux fois dans l'année, il doit analyser à postériori la rentabilité des opérations, informer régulièrement le conseil d'administration sur les résultats du contrôle interne (rapports sur le contrôle interne et la surveillance des risques) et transmettre sans délai à l'ACPR les incidents significatifs liés aux critères de seuils arrêtés par le conseil d'administration.

L'organe exécutif, doit veiller à ce que soit mis en place des agents chargés de contrôles permanent ou périodique.

---

[213] Compliance officer ou responsable de la conformité.

286 Le contrôle permanent veille à la surveillance des risques de toute nature. Il doit exister au sein de chaque entité opérationnelle et être effectué par des agents exclusivement dédiés à cette fonction.

Le contrôle permanent est complété par un contrôle périodique de conformité.

2 – Et d'un contrôle périodique de conformité

287 Le contrôle interne périodique de conformité consiste à s'assurer aux moyens d'enquêtes de l'efficacité et du caractère approprié des dispositifs de contrôle permanent.

288 L'organisation de l'établissement de crédit doit garantir, pour la surveillance des risques, une stricte indépendance entre les départements chargés de l'engagement des opérations et celles chargées de leur validation comptable, de leur règlement et de leur suivi.

289 Lorsque la taille de l'établissement le justifie, un dispositif de contrôle de la conformité doit être sous la responsabilité d'une personne autre que le responsable du contrôle permanent auquel il doit rendre compte de sa mission.

La fonction de conformité s'exerce au sein du dispositif de contrôle interne qui se pratique au moyen de la définition de procédures, de mesures et de limites de positions sur les risques de nature économique, tels que le risque de crédit ou les risques de marché, les risques opérationnels, tels que définis par le Comité de Bâle, les risques d'ordre juridique dont font partie les litiges et le risque de non-conformité aux lois, règlements et normes professionnelles.

290 L'organe exécutif doit organiser le contrôle du risque de non conformité de manière permanente et efficace. Ce risque est défini par le Comité de Bâle comme un risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière, d'atteinte à la réputation, du fait de l'absence de respect des dispositions législatives et règlementaires, des normes et usages professionnels et déontologiques, propres aux activités des banques[214].

Le contrôle de conformité inclut les dispositions relatives à la prévention du blanchiment et au financement du terrorisme, la conduite des affaires bancaires et financières y compris les conflits d'intérêt, la protection de la vie privée et des données des clients, la législation fiscale et le droit du travail.

---

[214] Dans le document consultatif du Comité de Bâle du 27 octobre 2003 sur la fonction de conformité dans les banques « Consultative Document on the compliance Function in Banks ».

Le contrôle de conformité est élargi aux orientations des organes délibérant et exécutif avec pour conséquence la consultation systématique, pour chaque opération nouvelle significative, d'un responsable du suivi du risque de non-conformité.

291 Il appartient aux organes exécutif[215] et délibérant[216] de veiller à la construction de systèmes efficaces de maîtrise et de contrôle des risques. L'implication et le soutien de ces organes conditionnent fortement l'efficacité du contrôle de conformité au sein des établissements de crédit.

292 L'organe délibérant doit disposer d'une information suffisante, complète et synthétique quant au suivi et aux contrôles du risque de non-conformité. Conformément à l'article 38 du règlement 97-02 du 21 février 1997[217], l'organe délibérant doit procéder à l'examen des activités et des résultats du contrôle interne, et donc du contrôle de la conformité, sur la base des informations qui lui sont transmises par l'organe exécutif et par les responsables du contrôle interne et de la conformité.

293 L'article 39 du même règlement dispose « l'organe exécutif d'un établissement doit informer, au moins une fois par an, l'organe délibérant, et le cas échéant le comité d'audit, des éléments essentiels et des enseignements principaux qui peuvent être dégagés des mesures de risques auxquels l'entreprise, et le cas échéant le groupe, sont exposés ». L'état de suivi doit obligatoirement inclure les éléments qui se rapportent au risque de non-conformité.

294 L'analyse des informations en relation avec le risque de non-conformité peut être confiée soit au comité d'audit soit à un comité spécifique à la conformité de l'organe délibérant.

295 L'organe exécutif doit définir les modalités d'application de la politique de conformité et s'assurer au moins une fois par an, que le dispositif de contrôle interne examine régulièrement le dispositif de conformité. Cette implication permet de répandre une culture de la conformité au sein de l'établissement.

Les moyens affectés à la fonction de contrôle du risque de non-conformité doivent permettre d'assurer une couverture suffisante de ce risque au sein de toutes les entités.

---

215 Les dirigeants de l'établissement de crédit.

216 Organe collégial c'est à dire l'Assemblée générale.

217 Règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relative au contrôle interne des établissements de crédit abrogé et remplacé par l'Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteurs bancaire qui reprend en grande partie le texte du règlement et intègre également les dispositions concernant la gouvernance de l'arrêté du 5 mai 2009 relatif à l'identification, la mesure, la gestion du risque de liquidité.

Les agents en charge de la conformité doivent être parfaitement capables de maîtriser les opérations qui sont soumises à leur évaluation dans un souci de fiabilité.

296 Ainsi, la commission des sanctions de l'ACPR dans une décision rendue le 2 décembre 2013[218] a infligé une amende à un établissement assujetti à son contrôle car elle a relevé que « les moyens humains dédiés au contrôle de conformité, 2 personnes, sont insuffisants au vue de leurs missions. Notamment si l'on compare par rapport au domaine des contrôles permanents qui, pour le même périmètre, compte une personne supplémentaire ».

Elle a également mis en exergue, dans le même établissement, l'insuffisance de moyens pour mener à bien le contrôle des opérations et des procédures internes « alors que le périmètre à couvrir s'est étendu … ».

297 La procédure et les éléments du contrôle effectué par l'ACPR seront abordés dans le chapitre suivant.

298 Dans la pratique, la quasi totalité des établissements de crédit, se sont dotés d'un responsable de la conformité « compliance officer » dont le champ d'intervention se limite à la supervision du dispositif de prévention du blanchiment et de la déontologie.

Le responsable est assisté d'un nombre limité de personnes ou de plusieurs équipes qui lui permettent d'avoir une vision quasi exhaustive des opérations du groupe.

De surcroît, ces établissements, ont construit un état spécifique au suivi du risque de non conformité qui permet d'informer régulièrement les organes délibérant et exécutif du niveau de maîtrise de ce risque ainsi que de tout événement significatif relevant de cette problématique.

299 Au cours de la vie sociale, la fonction de conformité doit jouer un rôle croissant au sein des établissements de crédit. Elle doit faire l'objet de procédures de formation, d'information, d'édiction de normes internes et de contrôle permanent. L'implication des organes exécutif et délibérant est indispensable.

300 Le règlement 97-2 du 21 février 1997 impose aux établissements de crédit un contrôle interne qui comprend une organisation comptable et un traitement de l'information.

Dans ce cadre, l'organisation mise en place en ce qui concerne l'information publiée qui figure dans les comptes de bilan et de résultat, doit garantir l'existence d'un

---

218 Décision de la commission des sanctions de l'ACPR procédure n° 2012-8 rendue le 2 décembre 2013.

ensemble de procédures appelé piste d'audit qui permet de reconstituer dans l'ordre chronologique les opérations, de justifier toute information et d'expliquer l'évolution des soldes des comptes.

301 Une procédure doit prévoir la possibilité de réduction significative des rémunérations variables en cas de pertes constatées au cours d'un exercice. Le conseil d'administration ou de surveillance doit interdire à ses salariés de recourir à des stratégies individuelles de couverture ou d'assurance en matière de rémunération et de responsabilité qui porteraient atteinte aux dispositions d'alignement sur les risques contenues dans leurs dispositifs de rémunération[219].

Le conseil d'administration ou de surveillance examine l'activité et les résultats du contrôle interne deux fois par an à partir d'états de synthèse adaptés, analyse des rapports annuels sur le contrôle interne et la surveillance des risques et le plan de continuité de l'exploitation. Il fixe avec la direction générale les objectifs annuels de contrôle interne et évalue avec elle l'efficacité des politiques, des dispositifs et des procédures mises en place au titre du contrôle interne.

302 Le contrôle des systèmes d'information doit permettre de s'assurer que le niveau de sécurité des systèmes informatiques est vérifié et rectifié le cas échéant, que des procédures de secours informatique sont disponibles afin d'éviter des ruptures de toute nature dans l'exploitation de l'activité.

Le contrôle doit certifier que l'intégrité et la confidentialité des informations sont préservées.

303 Pour assurer l'efficacité du contrôle interne un certain nombre d'opérations relève du contrôle du conseil d'administration ou de surveillance.

B – Les responsabilités spécifiques de la Direction générale

304 Le règlement 97-02 du 21 février 1997 insiste sur le rôle prépondérant que doit jouer le conseil d'administration ou de surveillance dans la mise en place d'un système de contrôle interne efficace et performant.

Le dispositif du règlement constitue un ensemble basique de règles. Les établissements de crédit restent donc libres de développer des procédures propres à leurs spécificités pour répondre au mieux à leurs propres besoins de gestion.

---

[219] Fédération bancaire française, norme professionnelle mars 2011 p. 8.

Le conseil d'administration ou de surveillance définit les critères et seuils permettant d'identifier les incidents devant être portés à sa connaissance. Il définit les principes de la politique de rémunération.

A ce propos, il doit veiller à ce qu'une part significative de la rémunération des salariés dont les activités sont susceptibles d'avoir une incidence sur leur exposition au risque soit variable et versée sur la base de critères et d'indicateurs qui permettent de mesurer les performances individuelles ou collectives, vérifier que le montant total des rémunérations variables n'entrave pas la possibilité de renforcement des fonds propres. La somme consacrée à la rémunération variable ainsi que sa répartition doit être fixée en tenant compte de l'ensemble des risques.

De surcroît, durant leur activité, les établissements de crédit agréés doivent en permanence présenter un actif net[220] au moins égal au capital minimum réglementaire.

305 Les organes de surveillance définissent donc la stratégie, nomment les mandataires sociaux, supervisent l'application de la stratégie, garantissent la qualité et la périodicité de l'information financière et comptable due aux actionnaires et aux marchés financiers, prennent des décisions qui modifient la stratégie en cours.

Ils s'assurent de la fiabilité et de la permanence des méthodes comptables de la société, de la qualité des procédures internes de collecte et de contrôle de l'information et examinent les comptes sociaux. Ils entendent les responsables de l'établissement des comptes ainsi que les commissaires aux comptes.

306 L'article L 511-41 alinéa 3 du code monétaire et financier prévoit, au sein des dispositions prudentielles, l'existence d'un contrôle interne : « les établissements de crédit doivent également disposer d'un système adéquat de contrôle interne leur permettant notamment de mesurer les risques et la rentabilité de leurs activités …. ».

Ce dispositif de contrôle interne doit permettre le renforcement du contrôle effectué par les organes sociaux pour assurer pleinement l'efficacité du contrôle prudentiel. Il est à rapprocher de l'obligation prévue à l'article L 511-38 du code monétaire et

---

[220] L'actif net représente la fraction du patrimoine de l'entreprise qui appartient à ses associés ou à ses actionnaires. C'est la somme qu'il devrait leur rester après avoir remboursé toutes les dettes contractées s'ils décidaient de vendre tous les actifs. Dans une entreprise industrielle ou commerciale, la valeurs des fonds propres est égale à la valeur de l'entreprise moins la valeur de l'endettement financier net. Dans une banque, la dette financière n'est pas seulement un moyen de financement mais le cœur de l'activité puisqu'elle représente les ressources prêtées au client qui générèrent le produit net bancaire dans le cadre de l'activité d'intermédiation. On actualise donc les flux disponibles pour les actionnaires, flux générés par les opérations, qui permettent de valoriser directement les fonds propres.

financier de nommer deux commissaires aux comptes auprès des établissements de crédit et à celle du règlement 97-02 remplacé par l'Arrêté du 3 novembre 2014 de créer un comité d'audit[221].

307 Pour compléter le contrôle effectué par les actionnaires par le biais des organes exécutif et délibérant de la société, le législateur a prévu d'une part une surveillance permanente assurée par les commissaires aux comptes, pour assurer la fiabilité des informations financières, d'autre part, la vérifications des procédures mises en place dans le cadre du contrôle interne par le comité d'audit.

Section 2 : La surveillance par les commissaires aux comptes et le comité d'audit

308 Les **commissaires aux comptes** sont des professionnels indépendants investis d'une mission d'intérêt général de **contrôle permanent des informations comptables et financières (A)**. Dans les établissements de crédit, comme dans toutes les sociétés dans lesquelles ils interviennent, Ils doivent présenter toutes les garanties d'indépendance à l'égard des établissements de crédit dont ils assurent le contrôle. Ils ne doivent pas représenter ou appartenir à des cabinets ayant entre eux des liens de nature juridique, professionnelle ou organisationnelle.

309 En outre le **comité d'audit** a été institué par l'ordonnance du 8 décembre 2008 qui transpose la directive 2006-43-CE du 17 mai 2006 relative au contrôle légal des comptes. Sa mission est d'assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières. C'est à dire la **surveillance des procédures mises en place dans le cadre du contrôle interne (B)**.

A – Le commissaire aux comptes : un surveillant permanent du fonctionnement

310 Le code monétaire et financier prévoit explicitement l'application des règles uniformes pour tous les établissements de crédits, règles fixées par le Comité de la règlementation comptable (CRC) après avis du Comité consultatif de la législation et de la

---

[221] L'arrêté du 3 novembre 2014, relatif au contrôle interne, a effectué une recodification les règles d'organisation interne des établissements de crédit

règlementation financière (CCLRF) pour l'établissement et la publication des comptes sociaux et des comptes consolidés des établissements de crédit.

311 Le législateur a souhaité que le statut des commissaires aux comptes désignés dans ces établissements soit renforcé et adapté aux particularités de ce secteur pour garantir la protection des déposants.

312 En France une des fonctions principale des commissaires aux comptes est la certification des comptes. Le contrôle des comptes est une étape complémentaire du contrôle prudentiel puisque l'appréciation de la situation financière d'un établissement doit s'appuyer sur des données comptables fiables.

313 Dans les établissements de crédit le **principe du double commissariat est requis comme minimum légal et le contrôle légal des comptes s'impose quelque soit la forme juridique de l'établissement**. Sous réserve du pouvoir de l'ACPR de désigner un commissaire aux comptes supplémentaire dans les établissements soumis à son contrôle, la désignation des commissaires aux comptes est effectuée par l'assemblée générale ordinaire ou directement par les associés sauf dans les cas de la désignation dans les statuts lors de la constitution de la société.

314 La loi n° 64-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit avait déjà prévu que la Commission bancaire, aujourd'hui ACPR, puisse demander la communication des rapports des commissaires et la certification de tout document comptable de l'établissement contrôlé qu'elle jugerait nécessaire. Elle prévoyait également que les résultats des contrôles sur place soient transmis aux commissaires aux comptes, par la suite, la loi française a étendu la possibilité pour l'ACPR d'obtenir tout renseignement sur la situation financière qu'il jugerait nécessaire concernant l'établissement contrôlé.

315 La loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a renforcé le rôle des commissaires aux comptes dans les établissements de crédit par une accentuation du contrôle et de l'indépendance.

Ces derniers relèvent d'un statut professionnel unique qui repose sur une organisation professionnelle qui a pour objet le bon exercice de la profession, sa surveillance ainsi que la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres.

316 L'organisation comporte l'établissement de la liste officielle des commissaires aux comptes, leur regroupement dans des organisations professionnelles et une discipline professionnelle.

1 – Une organisation hiérarchisée

317 Ainsi nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet. La liste est fixée au niveau régional, par une commission régionale d'inscription ayant la compétence pour le ressort de la Cour d'appel auprès de laquelle elle siège.

Chaque commission régionale regroupe les magistrats de l'ordre judiciaire et de la chambre régionale des comptes, des personnalités qualifiées de l'Université et du monde des affaires, un représentant du ministère de l'Economie ainsi qu'un membre de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes.

Le regroupement de la profession en organismes représentatifs est structuré au niveau régional et national.

La compagnie nationale des commissaires aux comptes instituée auprès du Garde des Sceaux, regroupe tous les commissaires aux comptes ainsi que toutes les sociétés de commissaires aux comptes inscrites sur la liste.

La compagnie nationale et les compagnies régionales sont dotées de la personnalité morale. Elles concourent à la réalisation des objectifs de la profession, représentent la profession et défendent ses intérêts moraux et matériels. Elles peuvent présenter aux pouvoirs publics toutes propositions relatives à leurs intérêts et être saisies par ces pouvoirs de toutes questions les concernant.

318 L'adhésion à la profession entraîne soumission à la discipline professionnelle et aux juridictions professionnelles. La durée du mandat d'un commissaire aux comptes est de dix exercices comptables maximum depuis l'entrée en vigueur le 17 juin 2014 du règlement n° 537/2014 du 16 avril 2014[222]. Il expire après la réunion de l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du dixième exercice. Cette durée peut, en cas de CAC conjoint, être étendue par le législateur national à vingt quatre ans. Il faut obligatoirement organiser un appel d'offres transparent dix ans après la date de la première nomination.

319 En l'absence de possibilité de renouvellement, pour assurer la sécurité juridique et faciliter la transition vers le régime mis en place par le règlement, les mandats détenus depuis plus de vingt ans de manière consécutive avant l'entrée en vigueur du règlement

---

222 Avant l'entrée en vigueur du règlement la durée du mandat du CAC était de six ans renouvelables sans limitation de durée.

viendront obligatoirement à échéance au plus tard le 17 juin 2020, sans aucune possibilité de renouvellement.

Les mandats détenus depuis onze ans mais moins de vingt ans viendront obligatoirement à leur échéance au plus tard le 17 juin 2023, là encore, sans aucune possibilité de renouvellement.

2 – Qui justifie une mission de vérification et de certification des comptes

320 La mission générale des commissaires aux comptes est définie par l'article L 225-235 du Code de commerce : c'est le contrôle légal des comptes. En ce qui concerne plus spécifiquement les établissements de crédit, l'article L 511-38 du code monétaire et financier précise que les commissaires aux comptes « exercent leur activité dans les conditions prévues par le livre II du Code de commerce et procèdent à la certification des comptes annuels. Ils vérifient la sincérité des informations destinées au public et leur concordance avec lesdits comptes ». La référence à l'information du « public », c'est à dire aux déposants ou clients actuels ou potentiels des établissements, constitue un élément de distinction important de la mission des commissaires aux comptes des établissements bancaires.

321 La mission des commissaires aux comptes des établissements de crédit s'inscrit donc dans le cadre général qui définit la mission des commissaires aux comptes des sociétés anonymes qui consiste à certifier les comptes tant les comptes sociaux que consolidés[223].

Au niveau des comptes sociaux, le commissaire aux comptes certifie que les comptes annuels sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de l'exercice.

Pour ce qui relève des comptes consolidés, l'article L. 823-9 du Code de commerce dispose « lorsqu'une personne ou une entité établit des comptes consolidés, les commissaires aux comptes certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes consolidés donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les personnes et entités comprises dans la consolidation ». Pour répondre à cette obligation légale, les commissaires aux

---

[223] Pour les sociétés autre que les sociétés anonymes (SA), l'obligation de désignation du commissaire aux comptes est liée à l'atteinte de seuils de chiffre d'affaires et d'effectif à la clôture de l'exercice. À titre d'exemple pour les sociétés par actions simplifiées (SAS), le commissaire aux comptes est obligatoire si deux des seuils suivants est atteint : 1 000 000€ de total de bilan, 2 000 000€ de chiffre d'affaires HT, 20 salariés.

comptes formulent une opinion sur les comptes consolidés après avoir mis en œuvre un audit.

322 Afin de guider les commissaires aux comptes dans leurs tâches, le Conseil national des commissaires aux comptes édicte de manière régulière des normes relatives à l'exercice des missions.

323 La mission ponctuelle de certification implique une mission permanente de vérification du contenu et des méthodes d'élaboration des comptes. Les commissaires aux comptes ont une mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et documents comptables de la société, de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur, de vérifier la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration, du directoire ou de tout autre organe qui administre et arrête les comptes[224] de l'établissement de crédit et dans les documents adressés aux actionnaires.

La finalité de ces vérifications et contrôles est la certification des comptes, qui porte sur les documents annuels (bilan, compte de résultat, annexes).

A l'issue des vérifications, le commissaire aux comptes rédige un rapport destiné à l'assemblée générale ordinaire dans lequel il déclare soit certifier que les comptes sont réguliers, conformes et donnent une image sincère et fidèle du résultat et des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société ; soit assortir la certification de réserves ; soit refuser la certification des comptes. Dans les deux derniers cas, il précise les motifs de ses réserves ou de son refus.

Pour effectuer les vérifications, les commissaires dispose de pouvoirs d'investigation.

3 – Facilitée par des pouvoirs d'investigation

324 Afin de permettre aux commissaires aux comptes d'accomplir leur mission de contrôle, l'article L 225-236 du Code de commerce leur confère des pouvoirs d'investigation très étendus.

Conformément à cet article « à toute période de l'année, les commissaires aux comptes, ensemble ou séparément, opèrent toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns et peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres,

---

[224] Article L. 232-1 du code de commerce.

documents comptables et registres de procès verbaux…. Les commissaires aux comptes peuvent également recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Toutefois, ce droit d'information ne peut s'étendre à la communication des pièces, des contrats et documents quelconques détenus par des tiers, à moins qu'ils n'y soient autorisés par une décision de justice. »

325 Le commissaire aux comptes est également chargé d'intervenir dans certains cas ponctuels. Le cas le plus courant est celui portant sur les conventions intervenant entre la société ou l'établissement et l'un de ses dirigeants, qui doivent être soumis à l'approbation préalable du conseil d'administration.

Dans les établissements de crédit, la même obligation existe, l'article 511-39 du Code monétaire et financier renvoie aux dispositions des articles L 255-38 à L 225-43 du Code de commerce et précise que, concernant le rapport spécial que doit présenter le commissaire aux comptes sur ces conventions, lorsque l'établissement ne comporte pas d'assemblée générale, le rapport spécial est soumis à l'approbation définitive du conseil d'administration.

Depuis l'ordonnance du 31 juillet 2014[225], le conseil d'administration ou de surveillance doit motiver l'autorisation des conventions en justifiant de leur intérêt pour la société, ce qui implique de préciser les conditions financières qui y sont attachées[226].

326 Les conventions autorisées et conclues au cours d'exercices antérieurs dont l'exécution a été poursuivie au cours du dernier exercice doivent désormais être examinées chaque année par le conseil d'administration ou par le conseil de surveillance[227]. Cette disposition vise à attirer l'attention des organes de gestion sur l'ampleur de ces conventions. Ces dernières doivent être communiquées au commissaire aux comptes pour l'établissement de son rapport sur les conventions règlementées[228].

327 L'ACPR et la compagnie nationale des commissaires aux comptes ont publié le 21 octobre 2014, un « guide des relations ACPR – commissaires aux comptes » qui prescrit les principales règles en matière de désignation, de renouvellement ou de démission d'un commissaire aux comptes d'une entité assujettie au contrôle de l'ACPR. Le guide expose également le cadre général des échanges entre l'Autorité et les commissaires aux comptes dans une optique d'intensification et d'amélioration de

---

225 Ordonnance n° 2414-863 du 31 juillet 2014 publié au JO le 2 août.

226 Article L. 225-38 et L. 225-86 modifiés du code de commerce.

227 Article L. 225-40-1 nouveau et L. 225-88-1 nouveau du code de commerce.

228 Article L. 225-40-1 nouveau et L. 225-88-1 nouveau du code de commerce.

la qualité des échanges. Il expose également le devoir de signalement à l'ACPR par les commissaires aux comptes et donne des indications sur les modalités de mise en œuvre. Il traite de surcroît des inspections qui peuvent être diligentées auprès d'un commissaire aux comptes, les échanges entre l'ACPR et le haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C) relatifs aux résultats des contrôles périodiques de ce dernier ou le pouvoir de l'ACPR de demander le relèvement d'un commissaire aux comptes[229].

328 Les établissements de crédit européens en activité en France n'ont pas l'obligation de désigner des commissaires aux comptes en revanche, les succursales[230] en France d'établissements de crédit issus de pays tiers sont soumis aux règles du Code monétaire et financier quant à la nomination de commissaires aux comptes.

4 – exercée en totale indépendance

329 Le commissaire aux comptes doit exercer sa mission de manière indépendante. L'indépendance se traduit par les incompatibilités législatives générales et particulières.

330 Le Code de commerce pose trois incompatibilités fondamentales. Ainsi les fonctions de commissaires aux comptes sont incompatibles avec : toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ; avec tout emploi salarié ; avec toute activité commerciale.

331 En outre le Code monétaire et financier contient lui aussi une série d'incompatibilités spécifiques aux établissements de crédit, l'article L 511-38 du code monétaire et financier pose comme principe fondamental que « les commissaires aux comptes doivent présenter toutes les garanties d'indépendance à l'égard des établissements de crédit … contrôlés ».

332 Les articles L 225-19 à L 225-226 du Code de commerce, règles générales d'exercice et d'incompatibilités légales de la profession, s'appliquent également aux commissaires aux comptes de tous les établissements de crédit soumis à l'ACPR.

333 De surcroit selon l'alinéa 1er de l'article L 511-38 du code monétaire et financier les commissaires aux comptes des établissements de crédit « ne doivent pas présenter ou

---

[229] ACPR, « le guide des relations entre l'ACPR et les commissaires aux comptes » rapport annuel 2014, p. 43.

[230] La succursale, établissement financier qui dépend d'une société mère n'a pas d'autonomie ni d'existence juridique propre. Elle n'est pas une société de droit français. Elle n'est pas tenue de déposer des comptes annuels au greffe du tribunal de commerce et n'est pas tenue de nommer de commissaires aux comptes.

appartenir à des cabinets ayant entre eux des liens de nature juridique, professionnelle, de capital ou organisationnelle ».

334 L'exercice des missions du commissaire aux comptes est soumis au secret professionnel. Secret qui constitue la norme aussi bien pour les établissements contrôlés que pour les autorités de contrôle. L'article L 511-33 du Code monétaire et financier précise que toute personne qui, à titre quelconque, participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L 571-4[231] du code monétaire et financier qui renvoie à l'article 226-13 du Code pénal. De même les agents des autorités de contrôle sont soumis au secret professionnel.

Le secret professionnel est opposable aux tiers sauf exception légale. Ainsi l'ACPR dispose d'une faculté générale d'exiger des établissements soumis à son contrôle des documents comptables certifiés par leurs commissaires aux comptes, elle peut demander également la communication directe des rapports des commissaires aux comptes[232] et, d'une manière générale, de tous documents comptables dont elle a besoin dans l'exercice de sa fonction de contrôle.

335 L'article L 613-9 du Code monétaire et financier prévoit un **échange d'informations entre les autorités de contrôle et le commissaire aux comptes**, ce dernier doit fournir tout renseignement sur l'activité et sur la situation financière de l'entité qu'il contrôle ainsi que sur les diligences qu'il a effectuées dans le cadre de sa mission.

336 En plus de leur mission générale de contrôle, les commissaires aux comptes ont été chargés directement par le législateur d'un devoir d'alerte, interne et externe, qui se double, pour les établissements de crédit, d'un **devoir d'alerte spécifique à l'égard de l'ACPR**. Ces derniers sont tenus de signaler dans les meilleurs délais à l'ACPR tout fait ou décision dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission, concernant l'établissement dont ils contrôlent les comptes, de nature à :

- constituer une violation des dispositions législatives ou règlementaires qui leur sont applicables et susceptibles d'avoir des effets significatifs sur la situation financière, le résultat ou le patrimoine ;
- porter atteinte à la continuité de l'exploitation ;
- entraîner l'émission de réserve ou de refus de certification.

---

231 Un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

232 Document public. Lors de la clôture de chaque exercice annuel, une société commerciale doit déposer ses comptes sociaux ainsi que les rapports des commissaires aux comptes et des organes de direction (conseil d'administration et de surveillance) au registre du commerce et des sociétés afin de garantir la transparence.

Il s'agit de permettre à l'Autorité de contrôle de disposer, le plus tôt possible, d'information concernant une situation difficile, soit par rapport à la gestion ou à la situation financière de l'établissement, soit par rapport au processus d'élaboration des comptes annuels afin qu'elle puisse mettre en place, si nécessaire, une action préventive.

337 Désigné par les actionnaires lors de l'assemblée générale ordinaire, après avis de l'ACPR, le commissaire aux comptes dans les établissements de crédit détient donc une mission de surveillance et de contrôle à l'égard non seulement des actionnaires mais de toute personne en droit d'apprécier la situation financière de la société. Il vérifie les valeurs et les documents comptables, contrôle la conformité de la comptabilité aux règles en vigueur, vérifie la concordance des comptes annuels avec la sincérité des informations données dans le rapport de gestion des dirigeants, vérifie l'égalité entre les actionnaires, certifie les comptes annuels, il a un devoir d'information à l'égard des dirigeants, des actionnaires et des autorités de contrôle. Il a l'obligation de révéler les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ainsi que les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission. Il est tenu de mettre en œuvre les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

338 **Le commissaire aux comptes a donc dans les établissements de crédit une relation particulière d'information et d'alerte avec les Autorités de contrôle au delà de ses attributions dans les sociétés commerciales où sa présence relève d'une obligation légale**.

339 La surveillance permanente des établissements de crédit est assurée non seulement par le commissaire aux comptes mais aussi par le comité d'audit.

B – Le Comité d'audit : une surveillance des procédures mises en place dans le cadre du contrôle interne

340 La mise en place d'un comité d'audit est obligatoire depuis la transposition en droit français de la directive 2006/CE/43[233] en décembre 2008 et constitue un élément de

[233] Ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 transposant la directive 2006/CE/43 du 17 mai 2006.

premier plan pour garantir la fiabilité de l'information financière émise par les entreprises. Sa création est une réponse directe à la crise de confiance des investisseurs envers les comptes des plus grosses entreprises après les scandales tel qu'ENRON.

341 La transposition de la directive européenne[234] en droit français par l'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 (article L 823-19 du Code de commerce) a marqué un tournant. En effet, avant l'entrée en vigueur de la directive, les entreprises n'étaient pas légalement contraintes de mettre en place un comité d'audit. Cependant, avec la publication des rapports VIENOT (1995, 1999) et BOUTON (2002), de nombreuses entreprises s'étaient déjà dotées d'un comité d'audit.

Ces rapports avaient pour but de donner des recommandations en matière de gouvernance sans pour autant contraindre les entreprises à mettre en place un comité d'audit. Depuis la transposition, la création et le fonctionnement des comités d'audit ont été règlementés. A partir de décembre 2008[235], les établissements de crédits cotés ont dû se doter d'un comité d'audit.

342 Ce comité est obligatoire dans toutes les entreprises cotées c'est à dire celles dont les titres sont admis aux négociations sur un marché règlementé, ainsi que dans toutes les entreprises financières cotées ou non[236] : établissements de crédit, entreprises d'assurance, entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif[237]. Les autres sociétés peuvent y recourir en respectant de manière volontaire l'article L. 823-19 du Code de commerce.

343 La composition du comité d'audit est règlementé pour lui permettre d'atteindre ses objectifs.

1 – Des exigences quant à sa composition

344 La directive 2006/CE/43 prévoit qu'un membre au moins du comité d'audit soit indépendant et ait des compétences comptables et financières. Les critères d'indépendance sont définis par le conseil d'administration ou de surveillance. Il en est de même pour les compétences.

---

234 Directive n° 2006/43/CE du 17 mai 2006 du Parlement Européen et du Conseil publié au JOUE le 9 juin 2006.

235 Ordonnance du 8 décembre 2008 transposant la directive européenne 2006/43/CE du 17 mai 2006 concernant le contrôle légal des comptes.

236 Article 823-19 du Code de commerce.

237 Directive du Parlement européen et du Conseil n° 2014/56/UE du 16 avril 2014, modifiant la directive 2006/43/CE, transposée en droit français par l'ordonnance n°2016-315 du 17 mars 2016.

345 Le législateur français a fixé d'autres règles à propos de la composition du comité : en France, c'est le conseil d'administration ou le conseil de surveillance qui est chargé de nommer les membres du comité. De surcroît, l'article L 823-19 du Code de commerce dispose que le comité ne pourra être constitué que des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance à « l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction ».

346 L'ordonnance 2008-1278 du 8 décembre 2008 définit les missions du comité d'audit : à savoir assurer « le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières ». Il a donc sous sa responsabilité le suivi :

- du processus d'élaboration de l'information financière,
- de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques,
- du contrôle légal des comptes annuels,
- de l'indépendance des commissaires aux comptes.

347 Il est aussi demandé au comité de donner son avis quant au choix des commissaires aux comptes.

348 Le comité d'audit travaille « sous la responsabilité exclusive et collective » du conseil d'administration ou de surveillance.

349 En France, conformément aux préconisations de la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, L'Association Française des Entreprises Privées - Mouvement des Entreprises de France (AFEP-MEDEF) a été chargée de rédiger une charte servant de fil conducteur à toutes les entreprises admises à la négociation sur un marché règlementé. Ces dernières doivent signaler dans leur information financière si elles adhèrent à la charte et dans le cas contraire justifier leur décision. Cette charte est considérée comme une déclaration commune sur la gouvernance des plus grandes entreprises cotées sur la place de Paris. Son application est facultative.

En ce qui concerne la composition du comité et la compétence de ses membres, la charte prévoit la formation par le comité d'un collège d'administrateurs aptes à représenter l'ensemble des actionnaires, la nécessité de respecter une complémentarité des compétences condition nécessaire pour accomplir leur mission en toute objectivité et en toute indépendance, de façon objective, indépendant du management.

350 Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui peut compromettre l'exercice de sa liberté de jugement.

Par administrateur indépendant, il faut donc entendre, l'administrateur n'exerçant pas de fonction de direction de la société ou du groupe mais également celui dépourvu de lien d'intérêt particulier avec ces derniers (actionnaire significatif, salarié, autre). La qualification d'administrateur indépendant doit être débattue par le comité.

La charte AFEP-MEDEF ne donne que des éléments incompatibles avec la notion d'indépendance (une liste de conflits d'intérêts à éviter). Toutefois, l'établissement de crédit a la liberté de qualifier d'indépendant un administrateur ne l'étant pas selon les critères AFEP-MEDEF ce qui rend la règle peu contraignante et peu lisible.

2 - Pour atteindre les objectifs qui lui sont fixés

351 Le comité d'audit a pour objectif de renforcer la crédibilité des états financiers, d'assister le conseil d'administration ou de surveillance dans ses responsabilités sur la qualité de l'information financière, et de protéger l'indépendance des auditeurs internes et externes en formant un écran contre les pressions des dirigeants.

Le comité d'audit est également susceptible d'enrichir la qualité du processus d'audit en favorisant une meilleure circulation de l'information sur le déroulement des contrôles, et donc la révélation d'éventuelles irrégularités à un niveau hiérarchique suffisant pour qu'elles soient prises en considération.

Pour le faire, trois grandes missions sont attribuées au comité d'audit :

- l'analyse critique du contrôle interne et la supervision des travaux d'audit interne. Dans ce cadre, le comité cherche à superviser la fiabilité du contrôle interne car l'expertise comptable et /ou financière des membres du comité d'audit est un facteur préventif des faiblesses du contrôle interne. L'expertise financière est un facteur clé d'efficacité du comité d'audit pour la qualité du contrôle interne. Une autre préoccupation est d'atténuer la dépendance hiérarchique des auditeurs internes vis à vis du pouvoir exécutif, notamment par une révision des plans d'audit[238]. Avec l'aide du chef des finances[239], le comité étudie l'efficacité et le

[238] La construction du plan d'audit se base sur la cartographie des risques établie par l'audit interne. La première étape consiste à traduire le niveau de risque attribué à chaque objet auditable. La deuxième étape est la prise en compte des objets auditables, dont le niveau de risque n'a pas été évalué au moyen de la cartographie. La troisième étape consiste à évaluer les moyens humains nécessaires à la réalisation des missions programmées. La dernière étape est la mise en cohérence des besoins théoriques avec les ressources et les budgets effectivement disponibles.

caractère adéquat des systèmes de contrôle interne y compris la sécurité et le contrôle des technologies de l'information.

- le suivi des relations avec les auditeurs externes : sélection, contrôle de leur indépendance, examen de leurs conclusions ; Le rôle du comité d'audit envers l'auditeur externe est davantage formalisé qu'envers l'audit interne parce que l'audit externe est la clé de voute du processus de la certification et son indépendance un enjeu de qualité essentiel.

Ainsi, le comité d'audit dispose de plusieurs leviers pour promouvoir la qualité de l'audit externe ; il doit arbitrer tous conflits avec la direction, s'assurer que l'auditeur externe dispose d'un budget d'honoraires suffisant, surveiller son indépendance en limitant et en pré approuvant toute activité parallèle de consultation, diriger le processus de sélection – congédiement le concernant.

Au moins une fois par an examiner et approuver les conditions du mandat de l'auditeur externe quant aux services d'audit annuel et aux services d'examen trimestriels, chacun de ces mandats devant être signé par le président du comité.

- la revue de la qualité et de la conformité de l'information financière à travers des transactions susceptibles d'être affectées par des conflits d'intérêts (opérations entre sociétés apparentées) et les principales options et méthodes comptables retenues par la direction.

  Il doit dans ce cadre examiner avec la direction les questions litigieuses de gouvernance qui pourraient avoir une incidence importante sur les états financiers et en discuter, apprécier les questions de conformité à la réglementation et la façon dont la direction prépare l'information financière intermédiaire et la nature et l'étendue de la participation des auditeurs externes et internes, étudier les rapports financiers intermédiaires avec la direction et l'auditeur externe avant leur divulgation et leur dépôt auprès des autorités de réglementation et vérifier s'ils sont exhaustifs et conformes à l'information dont les membres ont connaissance et s'ils sont fondés sur des principes comptables adéquats. Et, dans l'affirmative, les recommander au conseil au fin d'approbation et de divulgation.

---

239 Chef des finances ou directeur financier ou directeur administratif et financier supervise la gestion financière. Il est chargé d'assurer les relations avec les apporteurs de fonds (actionnaires) et rendre compte de la situation financière auprès du directeur général, fournir des simulations de rentabilité et de risque financier, supervise la comptabilité, la trésorerie, les questions fiscales et le contrôle des risques notamment de taux, de change, de liquidité et de contrepartie.

352 De surcroît, le comité a pour mission d'établir les procédures concernant la réception, la conservation et le traitement des plaintes reçues par l'établissement de crédit au sujet de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit ou concernant un envoi confidentiel, sous le couvert de l'anonymat par les employés de l'établissement ou de ses filiales touchant des pratiques discutables en matière de comptabilité ou d'audit (la « politique sur les plaintes pour conduite illégale ou contraire à l'éthique »). En d'autres termes il est habilité à déclencher l'alerte professionnelle.

353 Le Comité d'audit est le garant de la qualité du contrôle interne et de la fiabilité de l'information fournie aux actionnaires.

Pour accomplir sa mission il peut entendre le président du conseil d'administration[240], procéder à des visites ou à l'audition de responsables d'entités opérationnelles ou fonctionnelles.

Il a la faculté de procéder à l'audition de personnes qui participent à l'élaboration des comptes ou à leurs contrôle (directeur financier, et principaux responsables de la direction financière, direction de l'Audit, direction juridique). Le Comité procède à l'audition des commissaires aux comptes en dehors de tout représentant de la société au moins une fois par an. Il examine les politiques de rémunération des dirigeants et de membres du comité exécutif. Il est également chargé d'évaluer la performance de la société et de proposer la rémunération de chaque dirigeant social.

L'activité du comité d'audit s'inscrit dans le cadre de la gouvernance d'entreprise qui est la manière dont sont organisées et fonctionnent les relations de pouvoir entre les différents organes d'une entreprise.

354 Depuis l'arrêté du 3 novembre 2014, dans les établissements de crédit, la mission du Comité d'Audit est cantonnée au contrôle de l'information financière[241]. Il est remplacé par le comité des risques qui conseille le conseil d'administration ou de surveillance sur la stratégie globale de l'établissement et l'appétence en matière de risques actuels ou futurs et exerce toutes sortes de missions en matières de politique des risques[242].

355 Sont concernés dans un premier temps, les actionnaires et plus précisément la manière dont ils peuvent exercer leurs pouvoirs, leur accès à une information sincère et

---

240 Ainsi que les membres du conseil d'administration, de surveillance et du directoire.

241 Les dispositions relatives au comité d'audit dont la mise en place était facultative sont supprimées. Toutefois, le comité d'audit demeure une obligation au titre de l'article L. 823-19 du Code de commerce.

242 Article L.511-93 à 511-95 du Code monétaire et financier.

suffisamment précise pour qu'ils puissent participer en toute transparence à la vie de l'entreprise, leur droit à questionner les dirigeants.

356 Sont concernés également les organes exécutif et délibérant de la société[243] au sens de la réglementation bancaire, c'est à dire d'un côté les dirigeants et de l'autre l'organe collégial tel un conseil d'administration ou de surveillance. Ce sont les conditions effectives de l'exercice de leurs pouvoirs qui seront déterminantes de la qualité du gouvernement d'entreprise ; à savoir, l'organisation de leurs travaux, leur indépendance réciproque et le niveau de compétence de leurs membres.

357 Pour renforcer le contrôle interne des grands établissements de crédit l'arrêté du 3 novembre 2014 a mis en place une obligation de gouvernance par la comitologie et a créé une véritable autonomie entre les fonctions de contrôle interne et l'exécutif.

Les entreprises sont soumises aux exigences de l'arrêté dès lors que leur bilan social ou consolidé est supérieur à cinq milliards d'euros. Elles doivent constituer trois comités spécialisés distincts : un comité des risques, un comité des nominations et un comité des rémunérations[244].

358 Les modes de gouvernance appliqués doivent permettre d'assurer le juste équilibre favorable au fonctionnement conforme à l'intérêt social.

359 Pour conclure en matière de contrôle interne, le respect de la règlementation par les établissements de crédit est assuré en interne par les dirigeants, les commissaires aux comptes et le comité d'audit.

Une surveillance particulière porte sur le fonctionnement de la société et la gestion des risques. La rigueur du contrôle peut être remise en cause d'une part, en ce qui concerne l'indépendance d'un des membres du comité d'audit dans la mesure où l'application de la chartre AFEP-MEDEF est facultative, d'autre part, pour ce qui relève des rémunérations et bonus, dans les établissements de crédit du fait de l'existence de liens entre le système de rémunération et la prise de risque notamment des opérateurs dont les traders. Une telle situation soulève des problèmes d'efficacités économiques, de stabilité et même d'éthique.

Commissaire aux comptes et auditeurs doivent souvent agir en fonction d'intérêts contradictoires :

---

243 L'arrêté du 3 novembre 2014 substitue les notions d'organe exécutif et organe délibérant par dirigeants effectif et organe de surveillance sans changement dans la définition mais avec une modification des rôles respectifs ? Articles 10, 242 et 243 de l'arrêté.

244 Comités qui seront étudiés ultérieurement.

- veiller à ce que les investisseurs disposent d'une information suffisante pour apprécier les risques et les perspectives de gains,
- porter un jugement sur la pertinence de l'information à divulguer et tenir compte de l'intérêt public.

La nécessité de tenir compte de l'intérêt du public et du client place commissaire aux comptes et auditeurs au sein de conflits d'intérêt. Par exemple, un commissaire aux comptes doit-il révéler des faits délictueux qu'il a relevé et qui sont susceptibles de provoquer la faillite de l'entreprise ?

360 Pour assurer la confiance essentielle à la bonne tenue du secteur bancaire, indispensable à toutes les activités économiques, les pouvoirs publics ont mis en place un organisme de supervision externe au niveau national qui évalue les dispositions du contrôle interne mis en place par les établissements de crédit, et le cas échéant, sanctionne les manquements à la mise en place de la réglementation.

CHAPITRE II : LE CONTRÔLE INTERNE RENFORCÉ PAR LE CONTRÔLE EXTERNE DE L'ACPR

361 L'intervention du législateur pour contrôler les établissements de crédit a été tardive et relativement limitée (1800 : création de la Banque de France, 1941 : loi sur la réglementation de la profession bancaire, 1945 : loi sur les nationalisations). Certains auteurs[245] relèvent que la finance trouverait sa loi en elle-même, en raison de la haute spécialisation de ses produits. Pour ces auteurs, une spécificité marquante du droit bancaire « réside dans la réalité attachée à ce droit : ce droit doit permettre et doit garantir un bon fonctionnement des marchés ».

362 Avant les années 1980, le concept de contrôle adopté était le modèle Walrasien[246]. L'accent était mis sur la discipline du marché, la concurrence et l'autorégulation des établissements de crédit, puis, les pouvoirs publics vont chercher à lutter contre les imperfections de marché, réduire le risque systémique et contrôler les acteurs privés. On glisse vers le modèle keynésien[247].

363 En 2001, le contrôle de l'Etat sur les entreprises a été renforcé par la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE)[248] votée en mai qui définit les droits et

---

[245] Piedelièvre S., Putman E., « Droit bancaire », Economica, corpus droit privé, octobre 2011. Bonneau T. et F. Drummond, Droit des marchés financiers, éditeur : Economica, collection ; Corpus, droit privé.

[246] Léon Walras 1834-1910 Le cadre d'analyse de l'économiste est la concurrence pure et parfaite dans une économie d'échanges. Dans une économie de concurrence pure et parfaite, les échanges qui se déroulent sur chaque marché se déterminent grâce à la fixation de prix d'équilibre tels qu'il ne soit pas possible d'imaginer une situation meilleure pour un quelconque agent économique sans détériorer celle des autres. C'est la situation optimale que théorisera Pareto. Histoire de la pensée économique, les fondateurs éditions Sirey p. 145.

[247] J. M. Keynes 1883-1946 La théorie keynésienne s'appuie sur plusieurs fonctions économiques : la fonction de consommation (la consommation augmente avec le revenu mais dans une moindre proportion), le fonction épargne (l'épargne ne dépend pas du taux d'intérêt mais du niveau de revenu global), la fonction d'investissement (le montant de l'investissement réalisé est en relation inverse avec le taux d'intérêt) et la fonction de liquidité (qui détermine les raisons pour lesquelles les agents économiques désirent constituer des encaisses monétaires et permettent de déterminer le montant de la demande globale de monnaie). Selon la théorie, les pouvoirs publics doivent prendre les mesures économiques qui permettront de rétablir l'équilibre général, c'est à dire la situation dans laquelle les actions des acteurs sont cohérentes entre elles et permettent ainsi un fonctionnement harmonieux et la stabilisation de l'économie. Histoire de la pensée économique, les fondateurs éditions Sirey p. 325.

[248] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

obligations des actionnaires, elle affaiblit le pouvoir des managers c'est à dire des dirigeants effectifs[249] au profit des actionnaires.

364 La régulation bancaire et plus précisément le contrôle des établissements de crédit traduit une volonté politique d'une plus grande vigilance des autorités de supervision afin d'éviter que ne se reproduisent certaines des causes de la crise financière de 2008. La création en mars 2010 de l'Autorité de Contrôle Prudentiel, devenu ACPR (Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution) par la loi du 26 juillet 2013[250], s'inscrit dans cette nouvelle dynamique. Sous l'influence des textes adoptés au sein de l'Union européenne, le législateur français modifie la Commission bancaire chargée précédemment de contrôler les établissements de crédit en France qui complétait les missions incombant au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)[251].

Installée le 9 mars 2010, L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution est chargée en France de la supervision des secteurs de la banque et de l'assurance[252]. Elle résulte de la fusion :

- de la Commission Bancaire : autorité administrative indépendante chargée du contrôle prudentiel des établissements de crédit, des prestataires de services d'investissement et des membres des marchés réglementaires ;

- de l'ACAM : Autorité de Contrôle des Assurances, Mutuelles et institutions de prévoyance ;

- et du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissements (CECEI).

L'ACPR est adossée à la Banque de France. C'est une autorité administrative indépendante[253]. Elle n'est donc soumise, en principe, à aucun pouvoir hiérarchique ni

---

249 Directeurs généraux, membres du conseil d'administration ou de surveillance.

250 Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013

251 T. Bonneau, Droit bancaire, 2015, p. 127.

252 Article 612-1 du Code monétaire et financier.

253 Depuis la loi n°2017-55 du 20 janvier 2017, l'ACPR n'est plus une autorité administrative indépendante. « Les membres du Collège de supervision, du Collège de résolution et de la Commission des sanctions de l'ACPR se conforment aux obligations de dépôt de

à aucune tutelle bien qu'elle agisse au nom de l'Etat et engage, à ce titre, la responsabilité de ce dernier en l'absence de personnalité morale.

L'ACPR est dotée d'une **organisation (Section 1)** au service de **ses missions de contrôle (Section 2).**

Section 1 : L'organisation de l'ACPR

365 L'ACPR est une organisation représentative des professionnels de la banque et de l'assurance dont la procédure de contrôle est axée sur la séparation de pouvoirs.

La mission principale de l'ACPR est de veiller à la stabilité du système financier et de protéger les clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle.

Son organisation lui permet-elle d'assurer ses missions ?

366 L'analyse des activités des autorités dont elle est issue apporte quelques éléments de réponse.

367 **Le Comité des établissements de Crédit et des entreprises d'investissement** (CECEI) avait été institué par le Ministère de l'Economie et des finances. Il procurait les agréments nécessaires aux activités bancaires dans le cadre du libre établissement et de la libre prestation de services. Il pouvait également modifier ou retirer ces agréments. Il devait être consulté pour certaines opérations d'envergure telles les fusions de groupes, le développement ou le changement d'activité.

Le CECEI était composé de 12 membres :

- quatre membres de droit ; le gouverneur de la Banque de France, le directeur du Trésor, le président de l'Autorité des Marchés Financiers, le président du fonds de garantie des dépôts[254].

---

déclaration prévues ai I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie politique. L'ACPR doit désormais rendre compte de ses activités et de ses moyens au Gouvernement et au Parlement.

254 Le Fonds de Garantie des Dépôts (FGD), devenu Fonds de Garantie des Dépôts et de Résolution (FGDR) par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 relative à la séparation et la régulation des activités bancaires, est un organisme d'intérêt général dont la mission consiste à protéger les clients des banques en cas de défaillance de leur établissement

- huit membres nommés ; un conseillé d'Etat, un conseiller à la Cour de cassation, deux représentants de l'Association Française des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (AFECEI), deux représentants des organisations syndicales et deux membres choisis en raison de leur compétence en matière bancaire et financière.

Seul un tiers des membres de la profession était représentés dans le CECEI. Ce qui pouvait s'expliquer par sa fonction essentiellement administrative à savoir le traitement des habilitations d'exercice, la constitution et la mise à jour de la liste des prestataires de service d'investissement (PSI) exerçant en France.

368 **L'Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles** (ACAM) était une Autorité Administrative Indépendante (AAI) instituée par la loi du 1er Août 2003[255]. Elle résultait de la fusion de la Commission de Contrôle des Assurances (CCA) et de la Commission de Contrôle des Mutuelles et Institutions de Prévoyance (CCMIP). Elle assurait le contrôle des entreprises du secteur de l'assurance et de la prévoyance.

369 **La Commission Bancaire** était un organe collégial composé de sept membres : le Gouverneur de la Banque de France ou son représentant qui présidait, le Directeur du Trésor, le Président de l'Autorité de Contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance, un conseiller d'Etat, un conseiller à la Cour de cassation et deux membres reconnus pour leur connaissance du secteur financier.

Plus de la moitié des membres de la commission étaient des représentants des banques ou des assurances.

La Commission disposait d'un secrétariat général qui effectuait l'ensemble des contrôles sur pièces et des vérifications sur place et décidait des sanctions à infliger aux assujettis. En d'autres termes il s'agissait d'un contrôle effectué en partie par leurs pairs du fait de la composition de l'autorité de contrôle.

La Commission Bancaire déterminait la liste, les modèles et les délais de transmission des documents et informations qui devaient lui être adressés par les établissements assujettis. Ces derniers pouvaient être sollicités pour tous éclaircissements ou justifications le cas échéant.

La Commission disposait de pouvoirs administratifs et juridictionnels. Elle avait la possibilité d'ouvrir à l'encontre d'un établissement assujetti qui avait enfreint une

---

bancaire. En sécurisant les avoirs de la clientèle, le FGDR contribue à assurer la stabilité du système bancaire français.

255 Loi n° 2003-10-706 du 1er Août 2003.

disposition législative ou règlementaire, une procédure pour aboutir à une sanction disciplinaire, juridictionnelle ou pécuniaire.

Elle confiait à un même organe les fonctions d'investigation, de contrôle et de sanction ce qui a été considéré comme contraire à la convention européenne des droits de l'homme[256].

L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution dans son organisation et son fonctionnement pallie cet inconvénient tout en mettant en exergue d'autres difficultés.

C'est une **autorité représentative de la profession (§1)** dont la procédure de **contrôle est marquée par la séparation des pouvoirs (§2)** et du respect **des principes fondamentaux contrôlés par le juge (§3).**

§ 1 Une organisation représentative de la profession

370 L'ACPR est une autorité qui est adossée à la Banque de France qui est l'employeur de tous ses agents. Elle est composée de trois organes qui devraient lui permettre d'assurer ses missions avec le maximum d'indépendance et d'efficacité, en s'adaptant aux modifications ou transformations du marché : le **collège de supervision (A)**, la **commission des sanctions (B)**, **le secrétariat général (C).**

Elle n'est soumise à aucun pouvoir hiérarchique et prend ses décisions en collégialité. Elle dispose d'un budget propre qui est annexe à celui de la Banque de France.

A – Le Collège de supervision : organe d'investigation et de contrôle

371 C'est l'organe décisionnel de l'ACPR. Il se réunit en différentes formations selon les sujets traités. On distingue la formation plénière composée de 19 membres et la formation restreinte composée de 8 membres.

- Dans sa formation plénière seuls 6 membres représentent l'Etat :
- Un membre nommé par le Président de l'Assemblée Nationale [257];
- Un nommé par le Président du Sénat[258]
- Le Président de l'Autorité des Normes Comptables [259];

---

[256] Cf. n° 183 p. 163.

[257] Monsieur P. AUBERGER en 2015.

[258] Madame MILLOT-PERNI en 2015.

- Deux Conseillers d'Etat, un nommé sur proposition du vice Président du Conseil d'Etat[260], l'autre sur proposition du 1er Président de la Cour de Cassation[261].
- Un Conseiller Maitre nommé sur proposition du Président de la Cour des Comptes[262].

Dans cette formation plénière, on peut constater que moins du tiers des membres (32%) ne sont pas des représentants de la profession.

374 **Le collège plénier** vote le budget de l'Autorité sur proposition du secrétaire général[263]. Il s'agit d'un budget annexe à celui de la Banque de France. Il règle les questions générales de supervision et de stabilité financière, il définit les priorités de contrôle et élabore les principes d'organisation et de fonctionnement de l'ACPR.

375 Dans **la formation restreinte**, 8 membres moins du quart des membres (25% pour les assurances mais 12,5% pour les banques) ne représentent pas la profession. Il examine les questions individuelles qui ont une incidence significative sur la stabilité financière dans son ensemble ou sur le secteur de la banque ou de l'assurance, contrôle les mouvements de capitaux des établissements de crédit pouvant avoir des conséquences sur la structure de ces dernières (cessions, augmentations, prises de participations), analyse les dossiers individuels particulièrement importants pour leurs effets potentiels sur l'ensemble du système financier.

376 Au sein du collège, **deux sous collèges** sont constitués :

- le sous-collège sectoriel banque spécialiste des dossiers individuels et des questions spécifiques qui relèvent du domaine de la banque.
- le sous-collège sectoriel assurance qualifié pour les dossiers individuels et les questions spécifiques du domaine des assurances.

377 Le Collège peut, pour l'assister sur des thèmes spécifiques, constituer des **commissions consultatives**. Trois commissions consultatives et un comité

---

259 Monsieur J. HASS en 2015

260 Monsieur O. FOUQUET en 2015.

261 Monsieur F. ASSIE en 2015.

262 Monsieur BABUSSIAUX en 2015.

263 Le secrétaire général est nommé par le ministre de l'économie sur proposition du président de l'ACPR. Il dirige les services de l'ACPR et rapporte au collège de supervision. Il engage les dépenses dans la limite du budget voté par le collège.

scientifique ont été créés pour permettre d'associer largement les professionnels aux réflexions du superviseur :

- la Commission des affaires prudentielles qui donne un avis sur les projets de notices ou guides explicatifs ainsi que sur les instructions de l'Autorité qui encadrent la transmission des états périodiques par les assujetties et ce, préalablement à leur adoption ;
- la Commission de lutte contre le blanchiment rend un avis sur les projets d'instruction, les lignes directrices, ou les documents de l'Autorité dans le domaine de la lutte contre le blanchiment ;
- la Commission des pratiques commerciales donne un avis sur les projets de recommandations de son domaine de compétence et approfondit certains sujets de pratiques commerciales identifiés par l'ACPR. Elle recueille des informations et émet des suggestions en matière de protection des clientèles ;
- le Comité scientifique qui est chargé de favoriser la recherche de synergies dans le domaine financier et la surveillance prudentielle. Pour cela, il effectue une veille scientifique dont le but est d'identifier les évolutions susceptibles d'affecter les activités des secteurs de la banque et de l'assurance.

La répartition des compétences entre les différentes formations du Collège, dépend du caractère sectoriel ou transversal de la question traitée et de sa portée générale ou individuelle. Les questions à caractère transversal ayant une portée générale ou individuelle relèvent, respectivement, du collège plénier et du collège restreint.

378 Peut-il y avoir contrôle efficace lorsque plus de la moitié des membres du collège, organe principal et décisionnel de l'Autorité est constituée de représentants de la profession ?

Le conflit d'intérêt n'est-il pas sous-jacent ?

379 Au sens de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, « constitue un conflit d'intérêt toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions … ».

De surcroît plusieurs auteurs ont cherché à définir la notion ; c'est ainsi que pour D. Schmidt « le conflit d'intérêt prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre »[264],

P. – F. Cuif définit le conflit d'intérêt comme « la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec les intérêts dont elle a la charge »[265]. Quant à M. Mekki, il définit le conflit d'intérêt comme « une situation d'interférence entre les intérêts confiés à une personne, en vertu d'un pouvoir qui lui a été délégué, d'une mission d'arbitre qui lui a été confiée, et un autre intérêt public ou privé, direct ou indirect, interférence de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice loyal de sa mission »[266].

Dans le rapport Sauvé, le conflit d'intérêts dans la vie publique est définit comme « une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ».[267]

380 Ainsi constitué le Collège de supervision de l'ACPR semble présenter des risques de conflits d'intérêts dans la mesure où l'activité de contrôle est d'intérêt général[268], l'ACPR doit veiller à ce que les banques appliquent la réglementation qui leur est imposée mais la présence de professionnel peut modifier les modalités de contrôle ou favoriser des tolérances (accords de délai pour la mise en place de structure de contrôle par exemple) lourdes de conséquences pour la collectivité.

381 Outre le Collège, organe d'investigation et de contrôle, composé majoritairement de représentants des établissements de crédit, qui se réunit soit en formation plénière soit en formation restreinte, l'ACPR est composée également d'une commission des sanctions.

---

264 D. Schmidt, « Les associés et les dirigeants sociaux », V. Magnier (direction), Les conflits d'intérêt dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? , PUF, 2006, p. 11-15.

265 P. – F. Cuif, « Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé » RTD Com, 2005, p. 7.

266 M. Mekki, « introduction à la notion de conflits d'intérêts », in Association Henri Capitant, Les conflits d'intérêts, journées nationales, Lyon, tome 17, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2013, p.30.

267 Rapport du 26 janvier 2011 pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Rapport Jean-Marc SAUVE, vice président du Conseil d'Etat remis le mercredi 26 janvier 2011 au Président de la République.

268 Mission qui fait l'objet d'un développement à la section 2 § 3.

B – La Commission des sanctions assure la discipline des établissements de crédit

Organe collégial de composition professionnelle dont le fonctionnement est marqué par la séparation des organes de contrôle et de sanction.

1) Composition

La Commission des sanctions est composée de 6 membres dont 2 seulement ne représentent pas la profession, la mission de la Commission des sanctions est de sanctionner les manquements aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux établissements assujettis :

- deux conseillers d'Etat, dont un Président de la Commission, désigné par le Vice-président du Conseil d'Etat ;
- un conseiller à la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;
- trois personnes choisies en raison de leurs compétences dans les domaines utiles à l'exercice par l'ACPR de ses missions.

381 La durée du mandat des membres de la Commission des sanctions est fixée à cinq ans. Ce mandat est renouvelable une fois.

382 Ces conditions de nomination devraient garantir l'indépendance des membres de la Commission et permettre de s'assurer de leur expertise professionnelle et juridique pour l'examen des procédures disciplinaires. Mais qu'en est-il de l'impartialité ? De la probité ?

2) Le fonctionnement

383 Dans le cadre de son fonctionnement la Commission tient compte des observations de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui, dans l'arrêt Dubus du 8 juin 2009[269], avait condamné l'Etat français à verser 15 000 € à la société Dubus au titre de dédommagement des frais et dépens exposés par l'entreprise d'investissement

---

[269] Revue Banque et droit n° 129. « Procédures disciplinaires bancaires : De l'arrêt Dubus à la création de l'ACPR »

pour contester la procédure diligentée puis la sanction infligée à son encontre par la Commission Bancaire.

Dans l'arrêt, la CEDH a condamné la Commission pour défaut d'impartialité. La Commission cumulait deux fonctions : la fonction de contrôle et la fonction disciplinaire.

383 La nouvelle organisation sépare les organes d'investigations et donc de poursuites, des organes de sanctions. C'est ainsi que la Commission des sanctions à laquelle la loi a confié le pouvoir disciplinaire est indépendante du Collège qui exerce les fonctions de contrôle et de poursuites ; de ce fait, les fonctions de membres de la commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du Collège, collège qui est par ailleurs privé de tout pouvoir sur le mandat de ses membres.

De surcroît, dans un souci d'indépendance la récusation d'un membre de la Commission peut être prononcée, à la demande d'une personne mise en cause s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre. De plus, celui qui estime, en conscience devoir s'abstenir pour cause de récusation est tenu d'informer le Président qu'il ne siègera pas. Cette mesure permet en partie de prévenir les conflits d'intérêt.

384 Conformément à l'article R. 612-35 du Code monétaire et financier, le secrétariat de la Commission des sanctions est composée de personnel de l'ACPR.

L'indépendance de ces agents est organisée par l'article 14 de la décision n°2010-02 du 18 mars 2010 qui dispose que le secrétariat « dépend hiérarchiquement et fonctionnellement du Président de la Commission ».

385 La commission des sanctions intervient au vu des rapports établis suite aux contrôles décidés par le Secrétariat général de l'ACPR.

C – Le Secrétariat général : organe d'administration et de gestion des fonctions de l'ACPR

Les activités du Secrétariat Général se sont développées avec l'extension des pouvoirs de l'ACPR dans le cadre de la mise en place d'un régime de prévention et de résolution bancaire.

1 – La gestion des activités de supervision

387 Le Secrétariat général regroupe des services opérationnels spécialisés dans l'ensemble des compétences nécessaires à l'exercice des fonctions de l'ACPR : agrément, contrôles individuels sur place et sur pièces et contrôle des pratiques commerciales, surveillance macro prudentielle nationale et internationale. En plus des services opérationnels, il dispose d'unités de support :

- finance et budget : l'ACPR dispose de moyens budgétaires spécifiques ; elle bénéficie d'une contribution pour « frais de contrôle » versée par les établissements soumis à son contrôle conformément à l'article L. 612-20 du Code monétaire et financier. Cette contribution est collectée par la Banque de France et réaffectée à l'ACPR.

  Les modalités de calcul et les niveaux de contribution sont définis, pour chacune des catégories assujetties par le Code monétaire et financier. Pour les unités du secteur bancaire ce taux est de 0,63 pour mille qui s'applique sur le montant des exigences en fonds propres ou le capital minimum avec une contribution minimale de 500 euros.

- ressources humaines et informatiques : le secrétariat général de l'ACPR est composé d'environ 1000 agents dont 16°/° sont affectés aux activités de support.

388 Les activités de supervision sont complétées par des activités de résolution par la loi du 26 juillet 2013.

L'objectif est dans un premier temps d'éviter que la faillite d'un établissement bancaire ne conduise à une catastrophe systémique par effet de contagion, puis de faire en sorte que l'Etat, par conséquent le contribuable, ne soit pas sollicité pour remettre à flot l'établissement défaillant.

389 La construction de la loi vise à séparer les activités de supervision et de résolution tout en conférant une capacité opérationnelle à travailler au quotidien avec toutes les équipes de l'ACPR.

2 – Les particularités de la résolution

390 La loi n° 2013/672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, antérieure à la réglementation européenne, affecte à l'ACPR la mission de prévention et de résolution des crises bancaires. Pour ce faire, la loi a crée un collège spécial de résolution qui pourra, entre autres, si des circonstances exceptionnelles l'exigent, mettre à contribution les actionnaires et une partie des créanciers d'un établissement bancaire en crise. Cette fonction de résolution, rend en quelque sorte les actionnaires responsables et constitue un facteur dissuasif à la prise de risques excessifs.

391 Le collège de résolution élabore les plans opérationnels de résolution qui doivent prévoir des modalités spécifiques d'application des mesures de résolution à chaque établissement ou groupe concerné. Il doit chercher à identifier les bonnes pratiques et les diffuser, préparer l'élaboration des plans de résolution, évaluer la conformité de ces plans aux standards internationaux.

La loi du 26 juillet 2013 prévoit que l'ACPR ordonne à un établissement de crédit de prendre dans un délai déterminé, les mesures qu'elle estime nécessaires à la mise en œuvre efficace des actions de résolution.

Au vu des plans établis par les banques, l'autorité pourra exiger la modification de la structure ou des activités d'un établissement, contraindre les actionnaires et les créanciers à financer tout ou partie du coût du sauvetage, exiger l'émission de nouvelles actions, la dépréciation ou l'annulation du capital ou de la dette. Elle pourra aussi céder des activités ou les confier à un établissement relais et même révoquer les dirigeants.

392 **Le fonds de garantie des dépôts** alimenté par les banques rebaptisé FGDR[270] pourra être utilisé par l'ACPR pour la résolution d'un établissement.

Chaque année, les établissements de crédit versent une cotisation qui est établie en fonction du montant des dépôts de leurs clients couverts par la garantie, montant pondéré par divers facteurs qui tiennent compte des risques propres à chaque établissement.

393 Sur décision de l'Etat, la contribution peut être versée par les établissements sous forme d'un dépôt de garantie constitué auprès du FDGR. Ce dépôt de garantie est

---

[270] FDGR Fonds de garantie des dépôts et de résolution. Remplace le FDG ; le fonds de garantie des dépôts créé par la loi n°99-532 du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière.

utilisable par le FDGR, à tout moment et sans condition, pour financer une intervention. A défaut, il est remboursable au bout de cinq ans.

Des cotisations exceptionnelles peuvent être demandées soit à tous les adhérents pour reconstituer des ressources après une intervention ou pour augmenter la taille du fonds, soit auprès d'un nouvel adhérent de façon à ce qu'il contribue au financement du fonds à proportion de sa quote-part de risque compte tenu des contributions déjà versées par les adhérents plus anciens.

Le montant du fonds s'élève à 2 263[271] millions d'euros dont 2011 millions pour la garantie des dépôts, 115 millions pour la garantie des titres et 37 millions pour la garantie des cautions.

394 Il est à noter que le FDGR est composé exclusivement de dirigeants de grandes banques françaises. Il est présidé par M. Jean CLAMON directeur général délégué BNP Paris Bas.

395 La structure et l'organisation de l'ACPR sont établies de façon à lui permettre d'exercer ses missions en toute indépendance en collégialité avec compétence efficacité et réactivité. Qu'en est-il dans les faits ? La séparation des fonctions d'investigations de poursuites et de sanctions suffit-elle à permettre à l'Autorité d'atteindre ses objectifs ?

§ 2 Un contrôle marqué par la séparation des pouvoirs au sein de l'ACPR.

Au sein de l'ACPR, des organes différents assurent les activités d'investigation et de sanction. Cette dissociation dans les fonctions réduit l'arbitraire et les abus dans les prises de décisions. Cette organisation, marquée par la **séparation des pouvoirs, a des effets d'une part sur la composition de l'ACPR (A) et d'autre part sur la procédure disciplinaire qu'elle applique (B).**

A – Incidence de la séparation sur la composition de l'ACPR

396 La séparation des pouvoirs est source de garantie de l'indépendance des acteurs dans leur décision de sanction. Les personnes assujetties à l'ACPR, qui subissent les sanctions sont des établissements de crédit dont les dirigeants siègent en majorité au sein de l'Autorité.

---

[271] Données au 31 décembre 2012, rapport annuel de l'ACPR.

Cette situation de conflit d'intérêts renvoie à l'impartialité et donc à la régularité de la décision de l'Autorité. Cette dernière doit contrôler les liens d'intérêts des membres des différents organes la composant pour vérifier s'ils constituent ou non un conflit d'intérêt.

397 Ainsi, tout membre du Collège ou de la Commission des sanctions doit informer le Président de l'ACPR :

- des intérêts qu'il a détenus au cours des deux années précédant sa nomination, qu'il détient ou qu'il vient à détenir ;
- des fonctions dans une activité sociale, économique ou financière qu'il a exercées pendant les deux années précédant sa nomination, qu'il exerce ou vient à exercer ;
- de tout mandat au sein d'une personne morale, qu'il a détenu au cours des deux années précédant sa nomination, qu'il détient ou qu'il vient à détenir.

398 Le délai de deux ans est-il une garantie suffisante de l'indépendance des membres ? La personne désignée ne pourrait-elle pas chercher à favoriser le secteur d'activité dans lequel elle a activement collaboré ?

399 Ces informations ainsi que celles concernant le Président, sont tenues à la disposition des membres du Collège et de la Commission des sanctions.

Aucun membre du Collège ne peut être salarié et détenir un mandat dans une personne morale soumise au contrôle de l'Autorité.

400 Les fonctions de membre de la Commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du Collège, lequel est de surcroît, comme précisé précédemment, privé de tout pouvoir sur le mandat de ses membres.

401 C. OGIER cherchant à caractériser le conflit d'intérêts quelque soit son domaine, vise « la situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est sacrifié au profit d'un intérêt opposé »[272]

---

[272] C. OGIER, le conflit d'intérêts, thèse, Saint –Etienne, 2008, 278, qui consacre l'ensemble de la première partie de l'ouvrage à la définition de la notion.

402 Quels intérêts auraient les établissements de crédit à renforcer le contrôle dans leur domaine d'activité, de sanctionner efficacement leurs pairs ? À assumer la responsabilité de leurs actes ?

B – Incidences en cas de procédure disciplinaire

403 Au regard des rapports établis à la suite de contrôle, le Collège de l'ACPR peut, dès lors que ces rapports lui sont transmis, décider l'ouverture d'une procédure disciplinaire principalement en cas de manquement par les assujettis à la réglementation applicable ou lorsque ceux-ci n'ont pas respecté une mesure de police administrative prononcée par le Collège ou encore en cas de non respect des conditions encadrant un agrément ou de non respect des engagements pris à l'occasion de sa délivrance.

1 – La mise en œuvre par le Code monétaire et financier

404 Conformément à l'article L. 612-38 du Code monétaire et financier, lorsque la formation compétente du Collège décide d'ouvrir une procédure disciplinaire, son Président notifie les griefs aux personnes concernées et, dans le même temps, saisit la Commission des sanctions en lui transmettant la notification de griefs.

La Commission des sanctions assure le **caractère contradictoire de la procédure disciplinaire entre les parties** : d'une part le Collège, autorité poursuivante qui intervient par l'intermédiaire d'un représentant qu'il a désigné et d'autre part la ou le(s) personne(s)mise(s)en cause.

405 Le Président de la Commission des sanctions désigne un rapporteur dont les fonctions s'apparentent à celles d'un juge d'instruction.

Cette **phase d'instruction préalable** à l'audience vise à éclairer la formation de jugement en raison de la complexité des affaires dont elle peut être saisie.

Le rapporteur consigne par écrit le résultat de ses investigations dans un rapport qui est communiqué à la personne mise en cause et à l'autorité poursuivante pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le respect du contradictoire.

406 Au cours de l'audience, le membre du Collège désigné par la formation qui a décidé de l'ouverture de la procédure disciplinaire est convoqué mais ne participe pas au délibéré. Il peut être assisté ou représenté par les services de l'Autorité, présenter des observations au soutien des griefs et proposer une sanction. La personne mise en cause ou son conseil présente sa défense dans tous les cas, elle doit pouvoir prendre la parole en dernier.

407 La commission ne peut siéger que si la majorité des membres sont présents. Une personne mise en cause peut demander que l'audience ne soit pas publique.

Le Président de la Commission des sanctions peut interdire au public, l'accès à la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public, de la sécurité nationale ou lorsque la protection des secrets d'affaires ou de tout autre secret protégé par la loi l'exige. Le président de la Commission des sanctions assure la police de l'audience et peut entendre toute personne dont il estime l'audition utile.

408 Le secrétaire de séance établit un compte rendu de l'audience qui est signé par le Président de la Commission des sanctions, le rapporteur et le secrétaire de séance, puis transmis à toutes les personnes qui ont siégé ou ont été convoquées à l'audience.

409 La décision, signée par le Président de la Commission des sanctions, mentionne les noms des membres de la Commission qui ont statué. Elle est notifiée à la personne mise en cause et au Président de l'Autorité qui en rend compte au Collège.

410 Mais la mise en œuvre de cette procédure comporte des limites.

2 – Les limites du contrôle de l'ACPR

Elles s'expliquent d'une part, par le poids que représentent les établissements de crédit dans l'économie du pays et d'autre part, par leur représentativité au sein de l'institution de contrôle.

a) La place déterminante des banques dans l'économie nationale

- **Comment infliger des sanctions dissuasives** à un secteur d'activité qui emploie 400 000[273] personnes environ. C'est l'un des premiers employeurs français compte tenu de la démographie des emplois. Il réalise environ 30 000 embauches par an.
- L'importance économique du secteur bancaire se mesure également par le taux élevé de bancarisation de la population.
- En 2011, Le CECEI[274] soulignait « l'accès généralisé des entreprises et surtout des particuliers aux services bancaires constitue l'une des caractéristiques économiques et même culturelles de la France de l'après guerre ». Cela se traduit en chiffres significatifs : 73 millions de comptes, 150 millions de comptes à terme et sur livrets, 38 000 agences et

---

[273] Chiffres FBF (fédération bancaire française) 2012.

[274] Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'investissement.

518 170 distributeurs automatiques de billets qui irriguent le territoire national, encours de crédits distribués aux ménages 1 119 milliards d'euros.

- Les entreprises bancaires françaises dans la capitalisation boursière de la place de Paris au 31 janvier 2013 représentent 10,5% du CAC 40. Preuve de la concentration du secteur bancaire composé de grosses entreprises de dimensions internationales qui recourent massivement aux capitaux du public.
- On compte trois groupes bancaires français dans les 50 plus grosses capitalisations boursières mondiales du secteur : BNP Paris Bas, groupe BPCA, Société Générale. Cela Cette place déterminante rend les marchés très sensibles aux résultats financiers des banques et a des effets sur la rentabilité financière qu'elles doivent afficher.

b) Est-il possible d'infliger des sanctions efficaces à ses pairs en toute impartialité ?

- Dans un cadre public, depuis 1983, concernant certains membres de l'Autorité, l'article 25 alinéa 2 du statut général des fonctionnaires dispose que « les fonctionnaires ne peuvent prendre part eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts à compromettre leur indépendance ». Même si tous les membres de l'autorité ne sont pas des fonctionnaires, ils agissent dans l'intérêt public et devrait, de ce fait, être soumis à l'obligation d'indépendance imposée par le texte.

411 Le rapport SAUVE[275] dans sa définition des conflits d'intérêts fait référence à l'intérêt « de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions » formule reprise par le projet de loi du 24 juillet 2013.

Lorsque le rapport fait référence à l'inscription dans la loi, pour prévenir les conflits d'intérêts, des grands principes déontologiques et valeurs qui doivent guider les personnes qui concourent à l'exercice d'une mission de service public, il fait référence à « la probité, l'intégrité, l'impartialité et l'objectivité ».

412 **L'impartialité** est un principe fondamental de l'action administrative qui s'impose à tous les organismes administratifs et à toutes les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public. Elle suppose :

- une attitude neutre ; une prise de position fondée sur des éléments objectifs ;
- une indépendance à toute contrainte extérieure du fait de son statut ou de sa position professionnelle ;

---

[275] La documentation française, 26 janvier 2011 « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique ». SAUVE Jean Marc, MIGAUD Didier, MAGENDI Jean-Claude.

- l'absence d'intérêts directs ou indirects avec l'orientation de la délibération en cause ;
- l'interdiction d'avoir exercé des activités qui peuvent mettre en position d'être juge et partie en raison du cumul des fonctions dans l'affaire.

c) La forte représentativité des professionnels au sein de l'ACPR

413 L'Autorité de Contrôle Prudentielle et de Résolution est constituée de telle sorte qu'il est possible de remettre en question son impartialité puisqu'elle est constituée dans ses formations majoritairement de membres de la profession.

414 Deux conditions semblent ne pas se vérifier : l'exigence d'indépendance à toute contrainte extérieure du fait du statut des membres de l'ACPR et la situation de ne pas avoir exercé des activités qui pourraient mettre en position d'être juge et partie. En effet, les membres du Collège ou de la Commission des sanctions sont des anciens dirigeants de grandes banques françaises ou d'organismes de crédit.

415 Dans le cas du contrôle des établissements de crédit, L'ACPR a entre autres pour mission la surveillance des établissements de crédit dans l'intérêt de leurs clientèles et de la préservation de la stabilité du système financier. Mission de service public supérieure à celle exclusive du secteur d'activité qui est la banque, assurance et la progression constante de la rentabilité financière. Cette surveillance est renforcée par le contrôle du juge quant au respect des principes contractuels fondamentaux.

§ 3 : Un contrôle renforcé par le respect des principes fondamentaux contrôlé par le juge

416 Dans toute relation contractuelle, la loi exige le respect d'un certain nombre de principes fondamentaux qui s'imposent également aux établissements de crédit dans leurs relations avec la clientèle et dont la mise en œuvre fait l'objet de contrôle par l'ACPR.

417 L'article 1104 du Code Civil prévoit que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. Les dispositions d'ordre public sont celles qui visent à protéger l'intérêt général (ordre public de direction) ou certains intérêts particuliers (ordre public de protection). La violation de ces règles protectrices des parties contractantes est sanctionnée par les juridictions judiciaires.

418 Compte tenu de la mission d'intérêt général qui leur est confiée, **la bonne foi, principe exigé dans toutes les relations civiles et commerciales (A) revêt une importance particulière dans les relations des banques avec leurs clients (B).**

A – La bonne foi dans les relations contractuelles civiles ou commerciales

419 Origine du principe de bonne foi.

La bonne foi est la croyance qu'à une personne de se trouver dans une situation conforme au droit, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui[276].

420 La bonne foi ou « *fides* [277]» trouve ses sources premières à Rome et fait référence à la prise en compte des intérêts d'autrui dans la relation contractuelle. Ce principe est exigé tant dans la phase de formation du contrat que dans celle de son exécution. Dans la première, il crée l'obligation de renseigner et celle de négocier. Dans la deuxième, l'idée de bonne foi est souvent indispensable à l'interprétation des comportements des parties et des clauses contractuelles. Elle est également un facteur important dans la détermination des obligations implicites et permet le choix des sanctions à prononcer.

421 Jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, les droits français et britannique connaissaient l'institution de la fiducie, héritée du droit romain, et destinée à encadrer la situation dans laquelle une personne confie à une autre une partie de son patrimoine, le fiduciaire étant, du fait de sa mission, tenu d'un certain nombre de devoirs, dont celui de la loyauté.

422 A partir de la fiducie, d'autres mécanismes ont été développés, sur le même modèle, des devoirs qui pèsent sur celui à qui des intérêts sont confiés. Tel est le cas des agents de l'Etat qui sont tenus à de tels devoirs du fait de la théorie de l'agence. Tel peut aussi être considéré des autorités indépendantes, agissant au nom de l'Etat mais composés des professionnels du secteur d'activité d'intervention.

Explication du principe de bonne foi

---

[276] Braudo S. Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles, « Dictionnaire de droit privé ».

[277] Pour Imbert J. La fides correspond à l'abandon total d'une personne à une autre. Imbert J, « De la sociologie au droit : la fides romaine » in droits de l'Antiquité et sociologie juridique, mélanges Henri Levy Bruhl, Paris : Sirey, 1959, p. 407.

423 La loi pose la règle selon laquelle les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.[278] Cela signifie que les parties sont tenues de respecter le contrat de la même manière qu'elles sont tenues de respecter les lois et encourent des sanctions si elles ne vont pas dans ce sens. Il s'agit du principe de la parole donnée.

424 Une fois engagée dans la relation contractuelle, les parties doivent exécuter le contrat de bonne foi[279]. Elles doivent observer les unes envers les autres un comportement loyal, honnête et dépourvu de malice[280]. Elles ont un devoir de loyauté voire une obligation de collaboration ou de coopération pour parvenir au but qu'elles poursuivent. En principe, la bonne foi se présume, c'est à la personne qui invoque la mauvaise foi de la prouver par tous moyens.

425 **L'obligation de bonne foi couvre l'obligation de loyauté** : elle s'impose à tout débiteur et créancier. Le débiteur devra exécuter le contrat conformément à son engagement et à la probité, de son coté, le créancier devra s'abstenir de tout comportement qui rendrait difficile l'exécution de la prestation.

426 La bonne foi implique aussi qu'une partie ne doit pas invoquer abusivement une clause du contrat ou déjouer les attentes légitimes de son contractant par un changement brutal de comportement[281].

La bonne foi sous entend également une obligation de coopération qui implique que chaque partie agit au mieux des intérêts de l'autre, cela inclut l'obligation de donner des informations nécessaires à l'exécution du contrat.

---

[278] Article 1134 du code civil. Article 1103 du nouveau Code

[279] Article 1134 al. 3 du code civil. Article 1104 du nouveau Code.

[280] Picod Y., « le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Préface Couturier, LGDJ, 1989.

[281] Cas. Com. 27 février 1996, Bull. n°65 (Rejet) la Cour d'appel « a retenu la réticence dolosive du dirigeant de société qui avait manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé » en profitant d'informations privilégiées qu'il avait dissimulées à un autre associé pour acquérir à un certain prix des actions de ce dernier et les revendre à un prix supérieur alors que s'il avait connu ces informations, l'associé vendeur n'aurait pas contracté au prix convenu. Cas. Civ. 3eme ch., 15 novembre 2000, Bull. n° 171 (Rejet) La Cour d'appel « a pu déduire que le dol était constitué » de la part d'un acquéreur qui, ayant eu connaissance de la richesse de la composition du sous sol, avait laissé le vendeur dans l'ignorance de ce fait, avait indiqué une destination inexacte dans le projet de l'acte authentique et s'était en outre dissimulé derrière un prête nom. Cas. Civ. 3eme ch., Bull. n° 20 (Cassation) : réticence dolosive d'un hôtel qui n'a pas informé l'acheteur de l'absence d'autorisation d'exploitation et de la non conformité des locaux aux normes de sécurité. Cas. Civ, 1ere ch., 15 mai 2002, Bull. n°132 (Cassation) : réticence dolosive du vendeur professionnel d'un véhicule d'occasion accidenté tenu d'une obligation de renseignement même si la demanderesse n'a pas rapporté la preuve d'une dissimulation.

La bonne foi s'entend également par une obligation de renégociation du contrat quand le contenu est devenu, à la suite de circonstances, trop déséquilibré.

427 Le juge sanctionne les comportements liés à la mauvaise foi c'est à dire les comportements malicieux et déloyaux mais ne modifie pas pour autant la substance du contrat et les obligations convenues entre les parties.

428 Au sein du droit privé, la notion de loyauté concerne différente situations : celle du mandant, du bénéficiaire d'un service, de la société commerciale ou encore de l'intérêt général à travers les situations de l'expert, du commissaire aux comptes et de l'analyste financier et cela permet de constater que le manquement à une exigence de loyauté constitue le fondement de la prohibition des conflits d'intérêts. La loyauté exclut l'attitude qui consiste pour une personne à privilégier ses propres intérêts au détriment d'intérêts supérieurs[282].

429 Dans les sociétés commerciales, la jurisprudence constante fait peser sur le dirigeant un devoir de loyauté qui lui impose de n'utiliser son pouvoir qu'au profit de la société et de ses actionnaires. Elle se traduit par une obligation d'information (notamment sur les conventions règlementées voire interdites[283]) et de non concurrence.

430 Ainsi, la Cour de cassation dans son arrêt du 27 février 1996 a retenu l'existence d'une réticence dolosive de la part d'un dirigeant qui, chargé par un associé de trouver un acquéreur à ses actions, avait acquis lui-même les dites actions, sans informer l'associé des négociations menées parallèlement en vue de les revendre à un prix supérieur[284].

---

282 Moret-Bailly J., « Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner », LGDJ – Lextenso, collection Forum, 2014, Hirsch M. « Pour en finir avec les confits d'intérêts », éd. Stock, collection Parti Pris, 29 septembre 2010.

283 A ce propos, les articles 5 et 11 de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés ont modifié le régime des conventions règlementées dans les sociétés anonymes, articles L. 225-38 et suivant du Code de commerce dans le but d'une simplification et d'une sécurisation de la vie des entreprises. Le nouveau texte intervient sur quatre points à savoir ; l'exclusion des conventions conclues par une filiale détenue intégralement, disposition dont bénéficient également les établissements de crédit, l'obligation de motivation des décisions d'autorisation, l'examen des conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs et la mise en place d'une information sur les conventions conclues par une filiale avec un mandataire social ou un actionnaire significatif. (Revue Entreprise et affaires n°38 du 18 septembre 2014 : le nouveau droit des conventions règlementées, étude rédigée par Bruno DONDERO)

284 Cour de cassation, chambre commerciale, 27 février 1996, n° 94-11241.

431 Le 12 mars 2013, la Cour de cassation a jugé que le dirigeant de société qui s'abstient d'informer l'associé qui cède ses parts de circonstances de nature à influer sur la cession manque à son devoir de loyauté et engage sa responsabilité[285].

B - La bonne foi dans les relations de la banque avec ses clients

432 Outre les dispositions du droit commun, du fait de la confiance que les clients peuvent légitimement attendre d'un établissement de crédit, ceux-ci sont astreints à un certain nombre d'obligations imposées dans le but de protéger les clients. Elles sont sanctionnées par l'ACPR qui de façon générale doit veiller au respect par les personnes soumises à son contrôle des règles destinées à assurer la protection de leurs clients.

Si l'ACPR intervient pour protéger la clientèle, son premier rôle est d'abord d'éliminer les risques d'instabilité financière et de protéger la sécurité financière mais son domaine d'intervention a été élargi pour veiller aux bonnes pratiques contractuelles bancaires imposées par le législateur. Mais la violation de ces pratiques est sanctionnée le plus souvent par des juridictions civiles, voire pénales, sur plaintes des clients consommateurs.

Il est donc nécessaire de s'intéresser aux obligations plus particulières qui pèsent sur le banquier pendant toute la durée de la relation qu'il entretient avec son client pour comprendre comment s'articule sa responsabilité.

433 Les obligations commencent **dès l'ouverture du compte** et elles continuent lors de son fonctionnement. A titre d'exemple, dans une décision rendue le 17 mai 2016, la Commission des sanction de l'ACPR a infligé à la Société Générale un blâme et une amende de 800 000 euros pour non respect des obligation en matière de droit au compte[286].

Les obligations peuvent se scinder en deux parties : l'obligation de vigilance et l'obligation d'information ou de renseignement.

Le devoir de vigilance va consister pour le banquier à exercer une surveillance sur les intérêts de son client dont il a la charge. A ce titre, il est tenu de s'assurer que les opérations qu'on lui demande de traiter ne présentent pas d'anomalie. En cas d'anomalie apparente, le banquier doit tout mettre en œuvre pour qu'aucun préjudice ne soit subi par son cocontractant. Ce devoir doit l'amener à **se renseigner** auprès de

---

285 Cour de cassation, chambre commerciale, 12 mars 2013, n° 12-11970.

286 Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, Commission des sanctions, procédure n° 2013-04 rendue le 19 mai 2016.

son client pour connaître les raisons de cette situation anormale. A défaut de prendre une telle initiative, la banque peut voir sa responsabilité engagée.

434 Ainsi, il a été souligné que lorsqu'il recourt au crédit pour maintenir, voir développer son activité professionnelle, l'emprunteur doit « contribuer à l'information du banquier tant sur la nature exacte du crédit sollicité et sur ses prévisions de retour sur investissement que sur ses capacités de financement, dans la mesure où celui-ci demande des précisions un peu à l'image du dialogue entre médecin et patient »[287]. L'emprunteur a également une obligation de bonne foi et c'est dans la mise en place des crédits que le banquier sera alors en mesure d'apprécier le caractère éventuellement profane de l'emprunteur.

435 Depuis 1989, la Cour de cassation a renforcé la portée symbolique de la solution consistant à sanctionner par la nullité du contrat pour dol, le comportement du créancier qui omet de porter à la connaissance de la caution la situation gravement obérée du débiteur, en la rattachant expressément à **l'obligation de contracter de bonne foi**.

436 C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation a **sanctionné la déloyauté** d'un établissement de crédit à travers la théorie du dol par la formulation suivante « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant à s'engager »[288].

437 **Dans l'exécution et la cessation du contrat**, la bonne foi consiste, pour chacune des parties de ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscité en contractant. Cette prévisibilité est au cœur du contrat, spécialement lorsque le contrat doit durer. Le rapport contractuel qu'entretient le banquier avec son client s'installe souvent dans la durée.

438 Le client n'est pas exonéré de bonne foi tant lors de l'entrée en relation que lors de l'exécution du contrat. Ainsi, dans **la procédure de surendettement** l'exigence de bonne foi est au cœur de la procédure aussi l'article L. 331-2 du Code de la consommation subordonne la mise en œuvre de la procédure de traitement de l'endettement excessif de particuliers à « l'impossibilité manifeste pour le **débiteur de bonne foi** de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles, exigibles et à échoir ».

---

287 Rapport chambre mixte, arrêts n° 255 et 256 du 29 juin 2007.

288 Mazuyer E. « Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information », Dalloz 2004 n°4, p. 262 et C. Vuillemin-Gonzalez, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », Recueil Dalloz 2001 n° 41, p. 3338-3344.

439 En matière de surendettement, la Cour de cassation apprécie les décisions des juges du fonds en les soumettant à quatre règles :

- La bonne foi se présume ;
- La bonne foi est personnelle au débiteur ;
- Le juge doit apprécier la bonne foi au vue de l'ensemble des éléments qui lui sont fournis au jour où il statue ;
- Les faits constitutifs de la mauvaise foi doivent être en rapport direct avec la situation de surendettement.

440 Ainsi, selon la Cour de cassation, le débiteur d'une demande de traitement de son surendettement est présumé de bonne foi[289]. Cette règle trouve sa justification dans plusieurs dispositions du Code civil notamment les articles L. 2288 : « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver » et l'article L 1116 alinéa 2 afférent au dol civil dans la formation des conventions selon lequel « le dol ne se présume pas, il doit être prouvé ».

441 Fondée sur la présomption légale de bonne foi, la règle selon laquelle le juge ne peut relever d'office la mauvaise foi devrait lier l'ensemble des instances chargées d'appliquer la législation sur le surendettement mais il n'en est rien. La Cour de cassation a écarté la prohibition de relever la mauvaise foi du débiteur en matière de rétablissement personnel par un arrêt important du 14 décembre 2006 dans lequel elle a considéré que le juge de l'exécution tirait de l'article L. 332-6 du Code de la consommation, le pouvoir d'apprécier, même d'office, la bonne foi du débiteur avant de se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel.

442 La Cour de cassation[290] déduit aussi de l'exigence de bonne foi du débiteur que les juges du fonds ne peuvent déclarer irrecevable une demande de traitement de surendettement sans examiner si l'intéressé s'est personnellement rendu coupable de mauvaise foi. En d'autres termes, la sanction de la mauvaise foi est personnelle au débiteur qui s'en rend coupable. Selon les articles L. 330-1 et L. 331-2 du Code de la consommation, le juge de l'exécution doit statuer sur la bonne foi de chaque demandeur à la procédure de surendettement[291].

---

289 Cassation deuxième chambre civile 11 septembre 2003 pourvoi n° 02-04.026 et 24 juin 2004, pourvoi n° 03-04.082.

290 Arrêt deuxième chambre civile, 6 mai 2004, Bull. 2004, II, n° 223, pourvoi n° 03-04.073.

291 Cour de cassation, rapport annuel 2009, Etudes : « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, contribution de la deuxième chambre civile de la

443 De manière générale, la mise en œuvre de la bonne foi devrait permettre aux professionnels chargés du contrôle ainsi qu'aux établissements de crédit contrôlés d'agir en toute transparence pour les besoins de l'économie et dans le respect de la protection de la clientèle.

L'ACPR semble plutôt veiller au respect des règles faisant partie de **l'ordre public de direction** plutôt qu'à celles qui relèvent de **l'ordre public de protection**. Mais les missions qui lui sont confiées visent les deux objectifs et justifient la création d'une Commission consultative des pratiques commerciales et la Direction des pratiques commerciales.

Section 2 : Les missions de contrôle de l' ACPR

444 Les missions de l'ACPR sont définies par l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier : « l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution, autorité administrative indépendante, veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires soumises à son contrôle ».

445 La loi confie à cette Autorité Administrative Indépendante (AAI) une mission de service public.

446 L'AAI est une institution de l'Etat chargée en son nom d'assurer la régulation de secteurs considérés comme essentiels et pour lesquels le Gouvernement va éviter d'intervenir trop directement. Elle n'est pas soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre. Elle présente trois caractères :

- c'est une autorité : elle dispose d'un certain nombre de pouvoirs (recommandations, décisions, réglementation, sanction)
- administrative : elle agit au nom de l'Etat et certaines compétences dévolues à l'administration lui sont déléguées (ex. pouvoir réglementaire)
- indépendante à la fois des secteurs contrôlés mais aussi des pouvoirs publics.

447 Elle est donc placée en dehors des structures administratives traditionnelles et n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique. Les pouvoirs publics ne peuvent pas lui adresser d'ordres, de consignes ou même de simples conseils et ses membres ne sont pas révocables.

Cour de cassation ». La protection des surendettés, conditions relatives à la situation personnelle du débiteur.

Elle constitue une exception à l'article 20 de la Constitution selon lequel le Gouvernement dispose de l'administration.

Le rôle de l'ACPR est d'assurer la surveillance, c'est à dire de veiller à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de prévention et de résolution qui s'imposent aux établissements de crédit en vue d'éviter une croissance excessive du crédit ou de prévenir un risque aggravé de déstabilisation du secteur bancaire.

449 Le secteur est un domaine dans lequel le Gouvernement intervient par décrets, règlement, arrêtés circulaire mais cherche à garantir l'impartialité, le professionnalisme et l'efficacité de l'action de l'État.

450 L'Autorité doit établir des relations de confiance avec les acteurs du domaine qu'elle a la charge de réguler mais elle semble souvent faire corps avec le secteur et omet de la contrôler.

451 Les missions de contrôle de l'ACPR lui confèrent-elle une **mission de service public (§1)** ? Quelles **procédures de vérifications et de sanctions (§2)** utilise t-elle pour accomplir ses missions ?

§ 1 Une mission de : service public ?

450 Qu'est-ce qu'une **mission de service public** peut-elle est distinguée de **l'intérêt général (A)** ? La **stabilité du secteur financier (B)** et la **protection des consommateurs (C)** sont des missions d'intérêt général qui relèvent de l'ACPR.

A – Service public et intérêt général

Service public et intérêt général sont étroitement imbriqués. Le Professeur R. CHAPUIS définit le service public comme « une activité d'intérêt général assumée par une personne publique », de même L. DUGUIT déclare « qu'est service public toute activité d'intérêt général prise en charge par la puissance publique pour satisfaire les besoins de la population ».

a) Service public, définition de la notion

451 On peut définir le service public dans un sens organique ou dans un sens matériel.

- Au sens organique, le service public est une organisation formée d'agents et de moyens matériels destinés à accomplir certaines dispositions au sein d'une administration.
- Au sens matériel, le service public est un organisme à vocation générale, ayant avant tout pour objet d'effectuer « une mission d'intérêt général ».

452 Le Conseil D'État a défini plus précisément la notion de service public en 1963 ; il considère comme appartenant à cette catégorie, les organismes répondant aux caractéristiques suivantes :

- satisfaire à l'intérêt général et donc ne pas recourir aux exigences de rentabilité ou de recherche de profit ; pour ce qui est des établissements de crédit, entreprises de droit privé, la rentabilité est une condition de survie et de pérennité et le profit de stabilité principalement en ce qui concerne les investisseurs, apporteurs de capitaux.
- se trouver sous la direction d'une personne publique ou privée et d'une part bénéficier de prérogatives de puissance publique, d'autre part respecter des obligations particulières. Ces obligations sont des principes fondamentaux, c'est à dire le principe de continuité du service public ; ne pas provoquer d'interruption soudaine et défavorable dans le fonctionnement du service public puisque l'activité a pour objet d'œuvrer dans l'intérêt général. Les dirigeants des établissements de crédit sont des personnes privées qui participent à l'élaboration de règles applicables à tout un secteur d'activité.
- Le principe d'évolution : le service doit évoluer en fonction des circonstances d'exercice, s'adapter aux changements. C'est ainsi que la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) (article l. 312-1 du code monétaire et financier) a institué un droit au compte bancaire à toute personne physique résidant en France. Par ailleurs, une charte d'accessibilité bancaire pour renforcer l'effectivité du droit au compte a été adoptée par l'Association Française des établissements de crédit, homologuée par arrêté du ministre de l'économie en décembre 2008. Le document précise les conditions à respecter à la fois par les demandeurs et les établissements dans la procédure du droit au compte.

  Depuis novembre 2009, un dispositif d'aide à la mobilité bancaire est généralisé et proposé gratuitement à tout nouveau client ouvrant un compte de dépôt non professionnel. Il permet la prise en charge du transfert des opérations de prélèvements et de virements récurrents par la nouvelle banque. En mars 2014, ce dispositif a été inscrit dans le Code monétaire et financier[292].

  La loi du 26 juillet 2013 sur la séparation et la régulation bancaire assigne à la banque une fonction spécifique : financer l'économie réelle. Cela signifie que de par la loi, la banque doit utiliser sa puissance financière pour la transformer en puissance économique.

  Le principe d'égalité ; tous les usagers doivent disposer des mêmes avantages.

- Se soumettre à un régime juridique particulier qui dépend du type de services publics.

---

[292] Article L 312-1-7 du Code monétaire et financier.

Les services publics administratifs (SPA) sont ceux qui n'exercent pas d'activité commerciale ou industrielle.

Les services publics à caractère industriel et commercial sont ceux qui relèvent d'activités habituellement gérés par des personnes privées.

453 Afin de déterminer les organismes ayant une mission de service public, le Conseil d'Etat prend en compte le fait qu'ils soient gérés par un organisme public et surtout qu'ils relèvent de l'intérêt général.

L'ACPR a pour mission de contrôler des établissements, dont les fonctions dans l'économie relèvent de missions de service public.

b) Application aux établissements bancaires et précision de l'intérêt général

454 Force est de constater que les établissements de crédit n'ont pas une mission de service public au sens organique du terme mais au sens matériel. En effet, ils collectent les fonds du public, mobilisent l'épargne là où il faut et contribuent à la création de monnaie, notamment scripturale.

L'émission de monnaie relève du pouvoir du peuple par le biais du parlement et ce conformément à l'article 34 de la Constitution de 1958. De surcroît, ces établissements sont des sociétés privées même si leurs formes juridiques leur sont imposées par la loi bancaire.

Le but premier du service public est de satisfaire l'intérêt général. Le service public se justifie seulement par cet objectif difficile à déterminer car variable dans le temps et dans l'espace (comme le rappelle le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 26 juin 1986).

455 Un établissement de crédit, société privée peut-elle poursuivre efficacement un but d'intérêt général ?

456 Il existe deux conceptions divergentes de l'intérêt général. L'une utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers. Dans cette approche, intérêt général et intérêts particuliers ne s'opposent pas. Les origines intellectuelles de cette approche datent de 1776, année de publication de l'ouvrage d'Adam Smith « recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations ».

Dans cet ouvrage, l'auteur considère que le moteur essentiel de l'action individuelle réside dans la volonté d'améliorer son sort. Ainsi, si chaque individu cherche son

propre bénéfice, ce faisant, il agit à son insu pour le bien de l'ensemble de la société. Pour l'auteur, les hommes étant dépendants les uns des autres, en raison de la variété de leurs capacités, chacun est utile à tous. En l'espèce, l'intérêt général n'est recherché qu'inconsciemment par le biais de la recherche de son intérêt particulier par chacun.

Adam Smith précise à propos des échanges entre individus « nous ne nous adressons pas à leur humanité mais à leur égoïsme, et ce n'est jamais de leurs besoins que nous parlons, c'est toujours de leurs avantages[293] ».

Cette conception justifie la place centrale qu'occupent les groupes de pression dans la vie publique et considère comme normale que les représentants des groupes d'intérêts puissent faire entendre leurs voix dans le débat public et influencer les votes des parlementaires.

457 La deuxième conception, volontariste estime que l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers et, dans cette perspective, est l'expression de la volonté générale. Cette approche considère que l'intérêt général ne résulte pas de la somme des intérêts particuliers. Au contraire, l'existence de la manifestation des intérêts particuliers ne peut que nuire à l'intérêt général qui représente l'émanation de la volonté de la collectivité des citoyens et va au delà de la volonté de chaque individu.

Cette conception est exprimée par Rousseau dans le « Contrat social ». « Si la loi est l'expression de la volonté générale (article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789), il ne peut être admis que des groupes d'intérêts puissent tenter d'influencer son auteur, à savoir les parlementaires ».

Dans son ouvrage « La fin du laisser faire », John Maynard Keynes souligne « on ne saurait déduire des principes de l'économie politique que l'intérêt personnel dûment éclairé œuvre toujours au service de l'intérêt général »[294]. L'expression intérêt général représente ainsi, les intérêts, valeurs ou objectifs qui sont partagés par l'ensemble des membres d'une société. Elle correspond à une situation qui procure du bien être à tous les individus de la société.

458 L'analyse des deux conceptions permet de comprendre en partie l'importance du rôle donné au professionnel au sein de certaines structures de contrôle dont l'ACPR et ses conséquences sur l'efficacité et la rigueur de la surveillance.

---

293 Smith A., « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations »,1776, livre 1, chapitre 2, Gallimard, coll. Idées.

294 Keynes, JM, (1883-1946), « La fin du laisser faire », 1924, essais traduits de l'anglais par Cotton F., édition : Agone Comeau & Nadeau contre-feux, 1999.

C'est une conception restrictive de l'intérêt général qui prévaut au sein de l'Europe liée aux objectifs et aux valeurs consacrés par les traités[295].

B – Préserver la stabilité du secteur financier

459 L'ACPR a une mission de service public, elle doit agir dans l'intérêt général mais sa composition lui permet-elle accomplir pleinement ses missions qui sont au nombre de trois et définies à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier : contribuer à la stabilité du secteur financier, protéger la clientèle et renforcer l'influence de la France sur la scène internationale et européenne.

La stabilité du secteur financier est une mission fondamentale que l'ACPR partage avec la Banque de France et plus généralement avec le système européen des banques centrales.

Pour les ménages, c'est la garantie que leurs dépôts bancaires sont en sécurité et que les risques couverts par les contrats d'assurance seront indemnisés même en cas d'adversité. Pour les entreprises, c'est bénéficié du financement et des services indispensables à leur activité.

460 Cette préservation de la stabilité de la stabilité se fait par le biais d'une surveillance au niveau national et au niveau européen.

1 - Surveillance nationale

a) contrôle de la situation financière par l'ACPR

461 Avant de délivrer l'agrément des entreprises du secteur bancaire, l'ACPR se doit d'examiner les demandes d'autorisations ou de dérogations individuelles qui lui sont adressées et de prendre les décisions conformément aux critères, procédures et délais prévus par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux personnes soumises à son contrôle.

Elle est également chargée de la surveillance de leur situation financière. C'est ainsi qu'elle assure une surveillance permanente sur les conditions d'exploitation dans le secteur bancaire. Elle communique à l'Institut National de la Statistique et des Etudes

---

[295] L'article 16 du traité instituant la Communauté Européenne associe valeur commune et service d'intérêt économique général.

Economiques et aux services statistiques des ministères chargés de la sécurité sociale et de la mutualité les données qui lui sont transmises par les organismes soumis à son contrôle et qui sont utiles à l'analyse et nécessaire à la diffusion d'informations économiques.

Elle contrôle en particulier le **respect des exigences de solvabilité** par les établissements de crédit. En effet, la confiance est essentielle à la bonne tenue du secteur bancaire et cette dernière est la résultante d'une stricte gestion du risque monétaire et d'une bonne prévention du risque bancaire en ce qui concerne les établissements de crédit.

462 Cette prévention du risque de défaillance passe par le **respect des règles relatives à la préservation de la liquidité** dans les entreprises du secteur bancaire. Le Code monétaire et financier prévoit ainsi des dispositions comptables et prudentielles précises[296].

La comptabilité permet de recueillir une image fidèle de la situation financière de l'entreprise. Dans ce domaine, L'article l. 511-35 du Code monétaire et financier renvoie, pour la création des documents comptables des établissements de crédit aux articles l. 232-1 et l. 232-6 du Code de commerce tout en précisant que ces dispositions générales sont applicables dans les conditions fixées par le Comité de la règlementation comptable (CRC)[297] après avis du Comité Consultatif de la Législation et de la Règlementation financière (CCLRF)[298]. Les conditions pour établir les comptes consolidés ou publier les comptes annuels sont également du ressort du CCLRF.

---

[296] Ratio Cooke ou ratio de solvabilité : chaque banque se doit de fixer ses fonds propres à au moins 8°/° de ses engagements financiers, son calcul évolue au rythme du Comité de Bâle et des crises financières ; ratio d'ensemble visant à limiter globalement l'effet de levier des banques ; ratio de liquidité, chaque banque devant disposer de fonds disponibles suffisants de façon à faire face à un blocage éventuel du marché de crédit interbancaire.

[297] Le Comité de règlementation comptable (CRC) a été mise en place par la Commission européenne, conformément aux exigences prévues à l'article 6 du règlement CE/1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales dans le cadre du processus d'adoption des normes comptables internationales par la Commission européenne. Composé des représentants des Etats membres et présidé par la Commission européenne, le CRC a pour mission de donner un avis sur les propositions de la Commission européenne d'adopter une norme comptable internationale conformément à l'article 3 du règlement CE/1606/2002.

[298] Le Comité Consultatif de la Législation et de la Règlementation financières créé par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière est une instance de consultation pour toutes propositions de règlement ou de directive européens traitant les questions relatives au secteur bancaire.

En ce qui concerne les dispositions prudentielles, l'article l. 511- 40 du Code monétaire et financier impose une règle de gestion très stricte puisqu'il exige que tout établissement de crédit puisse justifier à tout moment que son actif excède effectivement d'un montant au moins égal au capital minimum fixé par le ministre chargé de l'économie le passif dont il est tenu envers les tiers. Cela signifie que la garantie que constitue le capital social à l'égard des tiers doit être présente à chaque instant de l'existence de l'établissement de crédit.

De surcroît l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier indique qu'il convient de **respecter des normes de gestion** et de disposer d'un contrôle interne adéquat et précise dans son 1er alinéa que « les établissements de crédit sont tenus, dans les conditions définies par le ministre chargé de l'économie, de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, et plus généralement des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter les ratios de couverture[299] et de division[300] des risques ».

b) Le contrôle des missions de police à la charge des banques

463 La stabilité financière passe également par le contrôle des missions de police mis à la charge du banquier. L'ACPR se doit de vérifier si les établissements de crédit respectent leurs obligations parmi lesquelles la collaboration à la lutte contre le blanchiment de l'argent sale et le terrorisme, la prévention et la répression des infractions concernant les instruments de paiement relèvent d'une importance primordiale.

A la suite des travaux du Comité de Bâle en 1988 et du rapport présenté par le Groupe d'Action Financière (GAFI) en 1990, la France et l'Union européenne se sont dotées d'une législation permettant d'éviter l'utilisation des réseaux bancaires à des fins de blanchiment de l'argent sale.

L'essentiel du dispositif est codifié aux articles L. 561-1 et suivant du Code monétaire et financier. Il repose sur une obligation de vigilance renforcée qui débouche éventuellement sur une obligation de déclaration auprès de services spécialisés.

464 **L'obligation de vigilance** pèse sur tous les professionnels qui sont susceptibles de servir d'intermédiaires dans le recyclage de l'argent. Ces personnes doivent identifier les sommes ou les opérations suspectes définies à l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier. Dès lors que la nature ou le montant de certains mouvements de capitaux

---

299 Ratio de couverture de risque ou ratio de solvabilité.

300 Le ratio de division des risques apprécie le montant des engagements pris par un établissement de crédit à l'égard d'un client par rapport au montant des fonds propres de cet établissement.

apparaît suspect, les banquiers ont l'obligation de déclarer les sommes ou les opérations en cause auprès d'un service spécialisé du Ministre de l'économie, le service « TRACFIN[301] ».

465 Les établissements bancaires sont investis d'un véritable **rôle de police pour le contrôle** : lutte contre le blanchiment, la sécurisation des moyens de paiements, qui fait également l'objet d'une surveillance par l'ACPR.

La lutte contre les chèques sans provision est au cœur du dispositif légal. En revanche, les cartes bancaires n'ont pas fait l'objet d'un dispositif spécial. La profession bancaire suppléant ce défaut de base légale par un support conventionnel. Les établissements de crédit doivent interroger le service du fichier central des chèques impayés de la Banque de France avant toute délivrance de formules de chèques. La méconnaissance de cette obligation est lourde puisque les établissements de crédit doivent payer tous les chèques sans provision émis par une personne frappée d'interdiction, sans préjuger d'une éventuelle sanction pénale à leur encontre.

466 Dans le but de contrôler les établissements de paiement, l'ACPR peut solliciter l'avis de la Banque de France, au titre des missions de surveillance du bon fonctionnement et de la sécurité des systèmes de paiement et ce, dans le cadre de la mission du Système Européen des Banques centrales relative à la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement. La Banque de France peut porter dans ce cadre toute information à la connaissance de l'Autorité.

467 D'une manière générale, **plusieurs autres sources d'instabilité** doivent faire l'objet de surveillance par l'ACPR : tout d'abord, la capacité des banques à se financer sur les marchés dans un délai et à un coût raisonnables ; les conséquences liées au niveau et à l'évolution des taux d'intérêt.

Ainsi, une **faiblesse durable des taux** peut conduire les banques à s'engager dans des opérations plus risquées et plus rémunératrices. Une hausse soudaine des taux pourrait entraîner une dégradation des expositions des banques[302]. Une remontée rapide des taux pèserait sur la collecte et sur les rachats en assurance vie mettant ces produits en concurrence avec les placements à court terme. Les entreprises se trouveraient contraintes de vendre leurs actifs obligataires avec des moins-values.

Une autre source d'instabilité est le **risque d'ajustement des prix** de l'immobilier. En effet, si le marché de l'immobilier venait à se dégrader, la faiblesse des marges sur

---

301 TRACFIN traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins.

302 Montant des engagements accordés par les banques (facilité de caisse, prêts à moyen terme, caution, opérations de marché…).

les crédits immobiliers accordés par les banques pourrait ne pas leur permettre de couvrir la hausse du coût du risque.

Enfin, la stabilité financière dépend également des risques liés à la **dette souveraine**[303] et aux relations croisées entre les émetteurs souverains dans plusieurs Etats membres et le secteur financier européen.

2 - Surveillance européenne

468 Depuis le début de l'année 2008, certains pays européens ont connu une très forte progression de leur dette liée à l'augmentation de leurs dépenses pour soutenir leur économie ou venir en aide à leur système bancaire.

En Europe, la crise de la dette éclate en 2010, lorsque le déficit de la dette publique grecque affole les marchés. Cette panique est aggravée par la spéculation de certains investisseurs qui parient sur un défaut de paiement de l'Etat Grec. Les marchés se mettent à exiger de la Grèce, pour son refinancement des taux si élevés que son économie ne peut les assumer. Le risque est celui d'un défaut de paiement grec, d'une propagation aux autres économies de la périphérie (Italie, Irlande, Portugal et Espagne) et d'un éclatement de la zone euro.

a) Les instances de la surveillance européenne

469 Pour rappel, le cadre européen de surveillance financière se compose de plusieurs instances qui interviennent sur le plan macro prudentiel et micro prudentiel.

- La supervision macro prudentielle s'effectue par le **Comité européen du risque systémique (CERS**). Adossé à la **Banque centrale européenne** (BCE), le CERS a pour mission d'analyser les risques qui pourraient nuire à la stabilité du système financier. En cas de risques avérés, ce comité formule des recommandations pour y remédier. Ces recommandations tendent à s'imposer même si elles ne sont pas obligatoires pour les destinataires. Elles bénéficient du soutien des autorités communautaires[304].
- A travers l'action du CERS, **la BCE** occupe un rôle de premier plan dans la surveillance macro prudentielle et désormais micro prudentielle avec la création du

---

[303] Dette émise en garantie par un Etat ou une banque centrale. Peut être formée de titres d'emprunts émis par le Trésor public d'un pays, de crédits bancaires ou d'institutions d'Etat, de prêts d'autres Etats ou d'institutions supranationales. Ces titres peuvent être négociés sur les marchés. En France, la dette souveraine représente 94% du PIB.

[304] Th. BONNEAU, le projet de réforme de la supervision financière européenne, RTDF 2009, n°4

mécanisme de surveillance unique[305], et ce, dans le but de renforcer l'Union économique et monétaire.

- La supervision micro prudentielle se fait par l'intermédiaire de **trois autorités européennes de surveillance** qui forment avec le CERS et le Comité mixte des autorités européennes de surveillance, le système européen de surveillance financière. Elles travaillent en réseau avec les autorités nationales.

Ces autorités instituées par règlement européen sont ; l'Autorité bancaire européenne (ABE)[306], **l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles** (AEAPP)[307] et **l'Autorité européenne des marchés financiers** (AEMF)[308].

b) Les autres missions des Autorités européennes pour assurer la stabilité financière

470 Le système européen de surveillance financière a pour objet dans un premier temps d'assurer la surveillance des établissements de crédit puis d'améliorer la mise en œuvre du droit communautaire relatif aux services financiers. Il permet de surveiller les autorités nationales de surveillance, en France l'ACPR, l'AMF et dans une moindre mesure la Banque de France

Une coopération est mise en place et se traduit par des obligations particulières à la charge des autorités nationales vis à vis des autorités européennes. Elles doivent

---

[305] Règlement UE n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

Règlement UE n°1022/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement n° 109/2010 instituant une Autorité de surveillance (ABE) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la BCE en application du règlement UE n° 1024/2013.

[306] Règlement UE n°1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n°716/2009/CE de la commission, et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JOUE du 15 décembre 2010.

[307] Règlement UE n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n°716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JOUE 15 décembre 2010.

[308] Règlement UE n°1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n°716/2009/CE de la Commission, et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JOUE du 15 décembre 2010.

notamment rendre compte de leurs activités et de leurs réactions en cas de violation des règles applicables aux établissements de crédit.

Les autorités qui composent le système européen de surveillance financière peuvent proposer des projets de **normes techniques**, elles interviennent en cas d'urgence pour interdire ou restreindre temporairement certaines activités financières qui menaceraient le bon fonctionnement ou la stabilité du système financier au sein de l'Union[309], elles peuvent adopter à l'encontre d'un établissement de crédit, si l'Autorité compétente ne se conforme pas à sa décision, les mesures nécessaires afin qu'il respecte les obligations qui lui incombent, notamment la cessation d'une pratique[310].

Outre la stabilité du système financier, l'ACPR se doit d'assurer la protection des consommateurs.

C - Assurer la protection des consommateurs

La protection des consommateurs est assurée par l'ACPR en collaboration avec d'autres institutions.

1 – Une protection des consommateurs assurée par l'ACPR

a) définition de la notion de protection des consommateurs ou de la clientèle

471 La notion de protection de la clientèle est issue du Code de la consommation et désigne l'ensemble des règles protectrices du consommateur dans le cadre d'une prestation de service fourni par un professionnel. Elle s'applique à l'ensemble des pratiques commerciales telles qu'elles ont été définies par l'article 2 de la directive 2005/29/CE transposée en droit français par la loi n° 2008-3[311] : « toute action,

---

309 Règlement UE n° 1093/2010, article 9, point n°5, al. 1 et article 18 ; règlement UE n° 1094/2010, article 9 point 5, al. 1 et article 18 ; règlement 1095/2010 article 9 point 5, al. 1 et article 18.

310 Article 18 point n°4 règlement UE 1093/2010 ; règlement UE 1094/2010 ; règlement UE 1095/2010.

311 Directive n° 2005-29/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs dans le marché intérieur transposée endroit français par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

omission, conduite, démarche ou communication commerciale y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs. » et, de ce fait à une partie des clients des banques.

Elle interdit les pratiques commerciales déloyales « contraires aux exigences de la diligence professionnelle qui altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.[312] ».

472 L'ACPR veille au respect, par les entreprises soumises à son contrôle de l'ensemble des règles destinées à assurer la protection de la clientèle : dispositions législatives et règlementaires, codes de conduite approuvés à la demande d'une association professionnelle ou bonnes pratiques de la profession, utilisées ou résultant des recommandations de l'Autorité.

Elle surveille la conformité des pratiques commerciales des organismes qu'elle contrôle aux dispositions ainsi que l'adéquation des procédures et moyens mis en œuvre à cet effet. Ce rôle a été spécialement dévolu à une direction spécialisée créée par le Collège de l'ACPR : **la direction du contrôle des pratiques commerciales**, habilitée à effectuer des contrôles sur pièces et sur place des pratiques commerciales de l'ensemble des organismes du secteur de la banque et de l'assurance.

b) Mais qu'en est-il de l'étendue de ce contrôle ?

473 L'ACPR a précisé, au cours de la conférence du contrôle du 5 novembre 2010[313], que le contrôle des pratiques commerciales portait sur l'ensemble des processus de commercialisation des produits aussi bien lors de la phase précontractuelle à savoir les documents publicitaires, le respect des obligations d'information et de conseil que contractuelle (respect du droit des contrats).

- Aussi peuvent être contrôlées les conditions d'entrée en relation avec les clients plus précisément les dispositifs d'évaluation des connaissances du client mis en place préalablement à toute inscription, la clarté de l'information transmise ainsi que l'adéquation des produits souscrits au profil et à la situation financière du client.

---

[312] Article L. 120-1 du Code de la consommation.

[313] Conférence du contrôle : « Le contrôle des pratiques commerciales en banque et en assurance » 5 novembre 2010. Intervention de Jean-Paul REDOUIN. (Banque de France eurossystème).

- Les documents contractuels peuvent également être contrôlés (conditions générales, notice d'information…) afin de vérifier leur conformité à la réglementation. Une veille est également exercée sur les nouveaux produits présents sur le marché et les campagnes publicitaires afin de prévenir d'éventuelles dérives.
- Le contrôle passe également par l'analyse de certains documents périodiques remis à l'Autorité, comme les rapports de contrôle interne, lesquels doivent comporter des éléments sur les moyens mis en œuvre par l'établissement pour veiller au respect des règles de protection de la clientèle.

  Plus précisément l'Autorité s'assure de l'adéquation des procédures et moyens mis en œuvre par les entreprises contrôlées pour se conformer aux règles en vigueur. Elle effectue une veille des pratiques commerciales et analyse les réclamations individuelles.

474 Les dispositions sont relatives notamment à la communication à caractère publicitaire mais aussi au démarchage, à l'information précontractuelle, au devoir de conseil, au droit de rétractation, à la résiliation et à la bonne exécution du contrat.

- Cela inclut des dispositions contractuelles pour l'octroi de crédit aux consommateurs, obligations de plus en plus renforcées par la jurisprudence française notamment pour le conseil à la clientèle[314].

475 La loi relative à la consommation du 17 mars 2014, dite loi HAMON, a pris de nombreuses mesures, pour protéger le consommateur et dont l'application est contrôlée par l'ACPR. Elle s'impose aux établissements de crédit.

Dans le cadre de **rachat de crédit**, pour éclairer le consommateur dans son choix, la loi HAMON prévoit que « lorsqu'une publicité compare le montant des échéances d'un ou plusieurs crédits antérieurs et le cas échéant d'autres dettes, à celui d'une

---

[314] Cas. Civ. 1ere ch. 4 juin 2014, Pourvoi n° 13-10975, « Il appartient au banquier auquel il est reproché d'avoir manqué à son devoir de mise en garde envers un emprunteur non averti, de rapporter la preuve qu'à la date de l'octroi du prêt il a vérifié les capacités financières de ce dernier et, qu'en particulier il lui a demandé les informations afin de contrôler qu'il n'y avait pas de risque d'endettement excessif et non à l'emprunteur de fournir, au jour où le juge statue des éléments de sa situation financière lors de l'octroi du crédit litigieux… ». Le prêteur doit apporter la preuve qu'il a satisfait à l'obligation d'information qui lui incombe en ce qui concerne l'envoi des conditions de renouvellement et le contenu de cette information, Cass. Civ. 1ere ch. 1er février 2005, pourvoi n° 01-16-733, en l'espèce la Cour a jugé abusive une clause de l'offre préalable de crédit prévoyant que la délivrance de cette information serait établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi, dans la mesure où la société de crédit, s'exonérant ainsi de la preuve qui lui incombe du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de reconduction du contrat, la dite clause inversait, au détriment du consommateur la charge de la preuve.

échéance résultant d'une opération de regroupement de crédits, elle mentionne de manière claire et apparente, d'une part, la somme des coûts totaux des crédits antérieurs et, d'autre part, le coût total du crédit postérieur à l'opération précitée ».

En matière de **crédit immobilier**, afin de donner la possibilité aux consommateurs d'accéder à moindre coût à des assurances de meilleure qualité, la loi du 17 mars 2014 a donné une grande liberté aux particuliers qui bénéficient désormais d'un délai d'un an pour changer et résilier leur contrat d'assurance si celui-ci a été souscrit auprès de la banque prêteuse[315]. De surcroît, une ordonnance du 25 mars 2016 modifie les dispositions applicables aux crédits immobiliers à partir du 1er juillet 2016. Elle institue un cadre juridique européen harmonisé pour l'octroi du crédit hypothécaire. Elle renforce la protection du consommateur en prévoyant la mise à disposition, au bénéfice du consommateur, d'informations générales concernant le contrat de crédit immobilier ainsi qu'une information précontractuelle sous la forme d'une fiche d'information standardisée permettant à l'emprunteur de comparer les différentes offres de crédit disponibles sur le marché, d'évaluer leurs implications et de se déterminer en toute connaissance de cause sur l'opportunité de conclure un contrat de crédit. L'ordonnance introduit de nouvelles dispositions selon lesquelles le prêteur doit fournir gratuitement à l'emprunteur les explications adéquates lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé et les éventuels services accessoires sont adaptés à ses besoins et à sa situation financière. L'ordonnance institue par ailleurs à la charge des prêteurs un service de conseil en matière de contrat de crédit consistant en la fourniture à l'emprunteur de recommandations personnalisées[316].

L'offre de crédit doit présenter des informations claires, précises et visibles, à l'aide d'un exemple représentatif qui permet de fournir les informations sur le coût du crédit[317].

476 Ainsi la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation comporte notamment de nombreuses dispositions qui encadrent

---

315 La loi Hamon du 17 mars 2014 crée un nouvel article L. 113-15-2 du Code des assurances. Ce texte prévoit que les clients ont désormais la possibilité de résilier leur contrat d'assurance quand ils le souhaitent, une fois passée la première année d'adhésion. Ils sont libres de choisir la date de résiliation de leur assurance. Ce nouveau droit concerne les contrats d'assurance auto, les contrats d'assurance habitation ainsi que les contrats complémentaires d'un bien ou d'un service.

316 Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 dur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation.

317 Décret n° 2014-837 du 24 juillet 2014 relatif à l'information de l'emprunteur sur le coût du crédit et le délai de rétractation de crédit affecté, JORF n° 0170 du 25 juillet 2014, p. 12279.

strictement le **crédit renouvelable**[318]. La législation actuelle prévoit que lorsqu'un crédit est proposé sur le lieu de vente ou par un moyen de vente à distance, il doit être obligatoirement proposé au consommateur, pour tout crédit supérieur à 1000 euros la possibilité de souscrire un prêt amortissable. Si le crédit est supérieur à un seuil fixé par décret, l'offre de crédit devra être accompagnée d'une proposition de crédit amortissable « cette proposition comporte des informations permettant au consommateur de comparer de façon claire le fonctionnement, le coût et les modalités d'amortissement des deux crédits proposés selon au moins deux hypothèses de délais de remboursement. Ces informations ainsi que les conditions de leur présentation sont définies par décret[319] ».

- La loi du 17 mars 2014 a inscrit dans le Code monétaire et financier les obligations des banques en matière de **mobilité**[320] en ce qui concerne l'information, les délais à respecter et la facturation. D'une manière générale ces dispositions deviennent obligatoires là où elles n'étaient qu'une pratique recommandée par la profession. Les règles s'appliquent aux comptes de clients particuliers dans les établissements de crédit.

477 Dans le cadre d'une étude réalisée sur un échantillon de 1020 personnes portant sur les pratiques commerciales déloyales en France, la Direction Générale de marché, services spécialisés qui compose la Commission européenne a mis en exergue la faible mobilité des consommateurs dans le secteurs des produits bancaires, reflet d'une concurrence insuffisante.

Les banques doivent désormais mettre à la disposition des clients un guide de mobilité qui recense les différentes étapes à suivre pour changer de banque sans encombre. Ainsi, la nouvelle banque du client doit proposer sans condition un service d'aide à la mobilité. Si le client accepte, la banque doit recueillir son « accord formel pour effectuer en son nom les formalités liées au changement de compte afin que les virements et prélèvements réguliers se présentent sur le nouveau compte ».

La banque de départ doit informer son ex client de « l'existence d'un service de relation avec la clientèle et de la médiation pour traiter les litiges éventuels liés au changement de domiciliation bancaire ».

Pour faciliter le changement de banque, la banque de départ à l'obligation de fournir un « récapitulatif des opérations automatiques et récurrentes ayant transité sur le compte au cours des treize derniers mois » dans les cinq jours ouvrés suivant la

---

318 Crédit de trésorerie dont l'emprunteur utilise le montant comme il le souhaite, crédit non lié directement à l'achat d'un bien particulier, règlementé par le Code de la consommation article L. 311-1 et suivants.

319 Article L. 311-8-1 du code de la consommation.

320 Dispositions favorisant le changement de banque pour les clients dans le but de favoriser la concurrence entre les enseignes.

demande de clôture du compte. Elle doit prévenir par « tout moyen approprié » son ancien client de la présentation d'un chèque au paiement. Elle lui signifie qu'elle a l'obligation de refuser le chèque, l'informe des conséquences de ce refus et les moyens de régulariser la situation.

L'établissement d'arrivée, qui ouvre le nouveau compte de dépôt, dans le cadre du changement de domiciliation bancaire, communique dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture d'un nouveau compte, les coordonnées aux émetteurs de prélèvements et de virements réguliers. Ces derniers disposent d'un délai[321] pour prendre en compte ces modifications et informer le client.

478 L'étude a également identifié **les pratiques déloyales de ventes croisées** vis à vis de la clientèle :

- Crédit à la consommation et assurance emprunteur : le consommateur n'était pas libre de choisir l'assurance liée au prêt.
- Crédit immobilier et assurance emprunteur ; la banque avait la possibilité d'exiger de l'emprunteur qu'il souscrive à une assurance de groupe.
- La carte de crédit et les produits d'assurance ; les assurances offertes en inclusion des cartes de crédit relèvent de pratiques déloyales de ventes croisées.

Cinq situations d'assurance constituant des pratiques déloyales de ventes croisées : assurance vie et « gestion de portefeuilles », assurance santé et assurance emprunteur, assurance automobile et assurance habitation, autres assurances (incendie, dégâts des eaux, vol, responsabilité civile) et assurance habitation, assurance emprunteur et assurance habitation.

479 A l'avenir, il est possible que se développent des codes de bonnes conduites élaborés par les organismes professionnels, homologués par le ministre chargé de l'économie et réunissant les meilleures pratiques, au moins une fois par an, le Secrétaire général de l'Autorité et le directeur général de la DGCCRF[322] échangent des informations sur les activités de contrôle relatives aux dispositions du Code de la consommation.

---

[321] Ce délai est précisé par le décret n°2015-838 du 8 juillet 2015 qui entre en vigueur le 1er octobre 2015 et est de cinq jours ouvrés. Article L. 312-1-7 du Code monétaire et financier.

[322] Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

c) Un contrôle spécifique des engagements bancaires avec la clientèle

480 Pour permettre un contrôle optimal des activités des établissements de crédit, l'ACPR a publié une **charte de conduite d'une mission de contrôle sur place** qui comporte des dispositions qui visent d'une part les relations avec les clients, d'autre part la collaboration de l'ACPR avec d'autres institutions.

La charte de contrôle de l'ACPR précise qu'elle est chargée, à titre préventif, de veiller à ce que les organismes de crédit respectent les dispositions législatives et règlementaires qui leur sont applicables et les engagements contractuels qui les lient avec leurs clients. Elle s'assure que les organismes sont en mesure, à tout moment, de tenir les engagements qu'ils ont contractés envers leurs clients.

481 Conformément à la charte, le contrôle porte sur l'ensemble des activités des établissements. Il repose essentiellement sur l'examen de leur situation financière, de leurs conditions d'exploitation, de leur mode de fonctionnement et de gouvernance.

i) Pour ce faire, elle **vérifie que les organismes contrôlés évaluent correctement leurs engagements et les risques qui en découlent**.

Ce qui suppose un examen des contrats, statuts et règlements. Elle s'assure, en particulier, qu'ils se conforment aux règles de provisionnement, de représentation des engagements règlementés et de solvabilité prévues par la législation en vigueur. Elle apprécie, dans une optique prospective, les conditions d'exploitation, de tarification, de réassurance et de gestion financière. Elle veille au respect par les organismes contrôlés de règles destinées à assurer la protection de leur clientèle ainsi qu'à l'adéquation des moyens et procédures mis en œuvre à cet effet.

ii) Elle veille également à ce que **le client soit correctement informé**. C'est dans cet objectif qu'elle a formalisé le devoir de conseil par une recommandation du 8 janvier 2013 qui porte sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance-vie. Cette recommandation concerne la commercialisation des contrats par les établissements de crédit.

Quatre points essentiels sont mis en exergue afin que le recueil des informations du client soit conforme.

- Ils portent dans un premier temps sur les modalités de recueil et la traçabilité des informations. Dans ce cadre, le client doit être informé que les informations sont recueillies dans l'intérêt de lui délivrer un conseil adapté à ses besoins.

- Le deuxième point aborde le contenu des informations. Ces dernières doivent être obtenues selon trois critères : les situations familiale, patrimoniale et professionnelle du client. Ainsi le professionnel doit désormais s'enquérir des connaissances et de l'expérience du client en matière financière, déterminer les objectifs de souscription, le rendement attendu et le niveau de risque qu'il est prêt à supporter.

- Le troisième point concerne l'exploitation des informations qui doit se faire dans le but de déterminer le profil du client et lui fournir un conseil adapté. De surcroît, le professionnel doit s'assurer que les personnes en charge de la commercialisation disposent des connaissances suffisantes pour exploiter les outils ou les documents de recueil des informations[323].

- Enfin, les professionnels doivent mettre en œuvre les moyens et procédures nécessaires pour s'assurer du respect des règles de protection de la clientèle sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre de la protection des données personnelles.

482 La recommandation a accru l'exigence de formalisme afin que les professionnels puissent être en mesure de prouver qu'ils respectent bien le devoir de conseil. Toutes ces informations doivent être répertoriées, sauvegardées et protégées afin d'éviter les sanctions de l'ACPR.

L'ACPR intervient donc sur trois axes : deux axes de contrôle ; tout d'abord celui des pratiques commerciales des organismes bancaires et d'assurance et de leurs intermédiaires, ensuite celui qui porte sur les pièces et sur place, et un axe de traitement qui porte à la fois sur les demandes de la clientèle, l'orientation et l'analyse des réclamations reçues ainsi que sur la veille des campagnes publicitaires, cela implique donc une rigueur en matière de contrats, de produits et services proposés à la clientèle.

iii) Dans le cadre de sa mission, l'ACPR s'est dotée d'une **Commission consultative des pratiques commerciales et d'une Direction du contrôle des pratiques commerciales** (DCPC).

---

[323] Déclaration de la CNIL.

- **La Commission consultative des pratiques commerciales** est chargée de rendre un avis, préalablement à leur adoption, sur les projets de recommandations ou de positions de l'ACPR relatives aux pratiques commerciales. Elle se doit également d'approfondir certains sujets de pratiques commerciales identifiées par l'Autorité. Enfin elle doit recueillir les informations et les suggestions de ses membres sur des sujets en liaison avec la mission de la protection de la clientèle.

- La Commission consultative des pratiques commerciales est aussi un lieu d'échange où sont abordés les grands sujets d'actualité en matière de protection de la clientèle en France et à l'international.

- La DCPC contrôle non seulement le respect par les établissements de crédit les règles destinées à assurer la protection de leurs clients mais également l'adéquation des procédures et des moyens que ceux-ci mettent en œuvre à cet effet. Ce contrôle couvre tout le processus de commercialisation des produits et services, depuis la publicité qui en est faite jusqu'au terme des contrats. Il est exercé sur place et sur pièces.

- De surcroît, la DCPC assure une activité de veille sur les campagnes publicitaires et sur les nouveaux contrats, produits et services proposés par les établissements assujettis au contrôle ainsi qu'une diffusion des bonnes pratiques.

iv) Les contrôles sur les pratiques commerciales peuvent aussi aboutir à la **mise en place de codes de bonne conduite ou de recommandations**.

A l'avenir, il est possible de développer des codes de bonnes conduites élaborés par les organismes professionnels, homologués par le ministre chargé de l'économie et réunissant les meilleures pratiques de la profession pour mettre en œuvre les obligations d'information et de conseil lors de placement de produits d'épargne.

Dans ce cadre, l'ACPR pourrait être amenée à faire des recommandations et à adresser des mises en garde aux personnes dont les pratiques sont susceptibles de mettre en danger les intérêts des clients et porter atteinte aux règles de bonne pratique de la profession.

Ainsi, par exemple, l'ACPR a approuvé un code de bonne conduite en application de l'article L 612-29-1 du Code monétaire et financier relatif à l'information sur le relevé de compte du total mensuel des frais bancaires et du montant de l'autorisation de découvert.

Pour les clients personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, les banques feront figurer sur les relevés des comptes dont la monnaie de tenue de compte est l'euro, le total des frais bancaires. Ce total est communiqué au moins une fois par mois. Les banques indiqueront également sur les mêmes relevés des comptes, le plafond de l'autorisation de découvert dont bénéficie le client[324].

Le collège de l'ACPR a également approuvé un code de bonne conduite intitulé « présentation des plaquettes tarifaires des banques suivant un sommaire type et un standard des tarifs ».

De surcroit, les clients doivent être informés des modifications deux mois avant l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt[325].

Pour assurer un contrôle rigoureux et cohérent l'ACPR collabore avec d'autres institutions

2 - La collaboration avec d'autres institutions européennes et internationales

Cette collaboration se réalise aussi bien au plan national qu'européen et international.

L'ACPR représente la supervision française dans les instances européennes et internationales en étroite collaboration avec les autres services de la Banque de France. Elle veille à être entendue au sein d'organismes tels que l'Autorité Bancaire Européenne (ABE) ou le Comité de Bâle qui sont chargés d'élaborer des règles standard de régulation.

a) Au niveau national :

i) : Le pôle commun ACPR-AMF

483 L'un des objectifs poursuivi par la réforme du système de supervision du secteur bancaire et financier a été d'améliorer la coopération des autorités de contrôle au niveau national pour permettre un contrôle transversal et globalisé du secteur qui devenait nécessaire du fait de l'imbrication des produits d'épargne et du développement d'acteurs sur le marché à même de distribuer y compris via les banques, toute la gamme de ces produits.

---

[324] ACPR décision n° 2016-C-34 du 24 juin 2013.

[325] ACPR décision n° 2013-C-35 du 24 juin 2013.

484 Le Code monétaire prévoit la possibilité pour l'ACPR de coopérer avec certaines autorités pour la communication des renseignements utiles à l'accomplissement de leurs missions respectives[326]. C'est ainsi que l'AMF peut recourir aux services du Secrétariat général de l'ACPR pour exercer ses pouvoirs de contrôle dans le cadre d'un protocole d'accord.

L'ACPR peut soit mener les contrôles de façon coordonnée avec l'AMF, soit les effectuer pour le compte de cette dernière. De même en matière d'agrément, une démarche commune est mise en place avec l'AMF plus particulièrement dans le cadre du Brexit pour accélérer les procédures d'accueil des établissements désireux de s'établir sur le territoire français[327].

C'est dans cette perspective qu'a été institué un pôle commun à l'ACPR et à l'AMF. Le coordonnateur du pôle commun est placé sous l'autorité conjointe des secrétaires généraux de ces deux autorités. Les modalités de fonctionnement ont été définies par une convention signée entre le président de l'AMF, le gouverneur de la Banque de France et le président de l'ACPR le 30 avril 2010.

Ce pôle ne constitue pas une structure autonome. Il est chargé de coordonner les propositions de priorités de contrôle définies par les autorités en matière de respect des obligations à l'égard de la clientèle et d'analyser les résultats de l'activité de contrôle dans ce domaine.

ii) : La coopération des deux organismes

485 L'article L. 612-31 du Code monétaire et financier prévoit la possibilité pour l'ACPR de coopérer avec l'AMF. Ainsi, ces deux autorités peuvent exercer des contrôles de façon coordonnée.

L'article 11 de la convention du 30 avril 2010 prévoit que les services des deux autorités doivent se concerter au moins une fois par an, pour établir leurs priorités de contrôle en matière **de pratiques commerciales**. Chaque autorité élabore ensuite un projet de priorités. Ce projet est adressé au coordonnateur, qui est chargé de relever les éventuelles synergies ou contradictions existantes entre les deux programmes et proposer aux secrétaires généraux des deux autorités de modifier leurs propositions

---

326 Article L. 631-1 du Code monétaire et financier.

327 Journal spécial des sociétés, n° 77, « L'ACPR et l'AMF simplifient et accélèrent les procédures d'agrément dans le contexte du Brexit », 12 octobre 2016.

de priorités de contrôle. Celles-ci sont ensuite validées par les deux autorités selon la procédure propre à chacune.

La convention prévoit également les modalités de mise en œuvre de contrôles coordonnés entre les deux autorités.

Le pôle commun constitue, sous la dénomination « Assurance banque épargne info-service », un point d'entrée commun aux demandes des clients, assurés, bénéficiaires, ayants droit et épargnants susceptibles d'être adressées à l'ACPR ou à l'AMF. Aussi, dans le cadre de leur collaboration, au cours de l'année 2011, 2554 publicités ont été analysées par l'autorité conjointement avec l'AMF[328].

La création du pôle commun révèle la volonté d'apporter une cohérence d'ensemble au contrôle des pratiques commerciales et d'assurer une protection plus homogène des consommateurs quelque soit le canal de distribution utilisé.

De surcroît des dispositions légales permettent à l'ACPR d'échanger des informations avec d'autres autorités pour l'accomplissement de leurs missions.

iii) La collaboration avec d'autres Autorités

486 C'est le cas de la cellule de renseignement financier national (TRACFIN), [329] de l'organisme chargé de la tenue du registre d'immatriculation des intermédiaires (ORIAS), des autorités mentionnées à l'article L.63-1 du Code monétaire et financier, qui sont toutes soumises au secret professionnel et ne peuvent utiliser les informations communiquées par l'ACPR que dans le cadre de leurs missions (Banque de France, Autorité des marchés financiers, Haut Conseil du commissariat aux comptes, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en matière de pratiques de commercialisation, fonds de garantie).

487 L'ACPR et la **cellule de renseignement financier national (TRACFIN)** ont assuré la rédaction conjointe de lignes directrices qui ont pour objet d'expliquer les textes en vigueur concernant les attentes des deux Autorités en matière de déclaration de soupçon. Le dispositif repose sur un double volet d'obligations complémentaires que sont :

---

328 Rapport ACPR 2011.

329 Article L.561-30-1 du Code monétaire et financier.

- Les obligations de vigilance qui s'imposent aux établissements de crédit à l'égard de leur clientèle, définies aux articles L. 561-5 à L. 561-14-2 et précisées aux articles R. 561-1 à R. 561-38 du Code monétaire et financier. Ainsi, avant même d'entrer en relation d'affaires avec un client, l'organisme de crédit est tenu de l'identifier, ainsi que le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires et de recueillir toutes les informations pertinentes relatives à l'objet et à la nature de cette relation. Il est ensuite astreint à exercer une vigilance et à procéder, au vue de ces éléments, à un examen attentif des opérations en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée du client.

- L'obligation de déclaration de soupçon auprès de la TRACFIN en cas de détection d'anomalies au regard des risques de blanchiment de capitaux et de financement de terrorisme[330].

b) Au sein de l'Espace Economique Européen (EEE) et hors Europe

488 Les autorités de supervision ayant des fonctions similaires peuvent requérir la coopération de l'ACPR dans le cadre d'un contrôle sur place conformément à l'article L. 632-2 du Code monétaire et financier. L'article L. 632-5 du même code précise que l'ACPR « ne peut refuser de donner suite à une telle requête que lorsque la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public français ou lorsqu'une procédure pénale quelconque a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision passée en force de chose jugée pour les mêmes faits ».

489 Pour les Etats non parties à l'accord sur l'EEE, le Code monétaire et financier prévoit la possibilité pour l'ACPR de conclure les accords de coopération d'échanges d'informations sous réserve de conditions de réciprocité et de garantie de secret professionnel au moins équivalentes.[331]

L'ACPR coopère avec des institutions de régulation au sein de l'Europe mais également à l'international.

---

330 Banque de France, « Lignes directrices conjointes de l'ACP et de TRACFIN sur la déclaration de soupçon », 21 juin 2010, p. 2 à 5.

331 Article L. 632-7 du Code monétaire et financier

i) A l'échelon européen

490 Dans le secteur bancaire, les pouvoirs de l'ACPR s'exercent dans le cadre prévu par le règlement n° 1024/2013 du Conseil européen du 15 octobre 2013 qui confie à la Banque Centrale européenne des missions spécifiques relatives aux politiques de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

Conformément aux dispositifs européens, les autorités de supervision des pays de l'EEE[332] qui ont des fonctions similaires à celles de l'ACPR peuvent requérir sa coopération dans le cadre d'un contrôle sur place[333].

L'ACPR répond aux requêtes qui lui sont adressées, soit en procédant elle même au contrôle sur place, soit en permettant à l'autorité requérante d'y procéder directement, soit encore, en permettant à des commissaires aux comptes ou des experts d'y procéder. Lorsqu'elle ne procède pas elle-même au contrôle sur place, l'autorité qui en fait la demande peut y être associée si elle le souhaite.

Au niveau européen, l'ACPR se doit de **collaborer avec les autres autorités de contrôle** et ce conformément à la directive n° 2013/36/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

Ce texte a entre autres, pour objectif d'éliminer les différences les plus gênantes entre les législations des Etats membres en ce qui concerne le régime auquel les établissements sont assujettis, pour créer des conditions d'égalité dans la concurrence entre les établissements et assurer la protection de l'épargne.

La directive permet aux autorités compétentes **d'appliquer des exigences de fonds propres sur une base individuelle et consolidée** et de renoncer à l'application de ces exigences sur une base individuelle lorsqu'elles le jugent approprié.

La coopération entre les autorités compétentes est ainsi officialisée au sein de l'Europe. En effet, la directive n° 2013/36/CE, en vue de faciliter la surveillance des établissements de crédit opérant, notamment par le moyen d'une succursale, dans un ou plusieurs Etats membres, favorise la communication de toutes les informations relatives à la direction, à la gestion, et à la propriété de ces établissements, susceptibles de faciliter leur surveillance et l'examen des conditions de leur agrément, ainsi que toutes les informations qui permettraient de faciliter le contrôle de ces établissements en particulier en matière de liquidité, de solvabilité, de garantie des dépôts, de

---

332 Espace Economique Européen

333 Article L.632-2 du Code monétaire et financier.

limitation des grands risques, d'organisation administrative et comptable et de mécanisme de contrôle interne[334].

L'article 131 de la directive mentionnée ci-dessus renforce la coopération et dispose : « en vue de promouvoir et d'instaurer une surveillance efficace, les autorités compétentes chargées de la surveillance sur une base consolidée et les autres autorités compétentes mettent en place des accords écrits de coordination et de coopération. Ces accords peuvent confier des tâches supplémentaires aux autorités compétentes chargées de la surveillance sur une base consolidée et prévoir des procédures en matière de processus décisionnel et de coopération avec les autres autorités compétentes ».

Ainsi les autorités compétentes responsables de l'agrément de la filiale d'une entreprise mère qui est un établissement de crédit peuvent déléguer leur responsabilité de surveillance, par voie d'accord bilatéral, aux autorités compétentes qui ont agréé et surveillent l'entreprise mère, afin que celle-ci se charge de la surveillance de la filiale.

La Commission européenne est tenue d'être informée de l'existence et de la teneur de tels accords. Elle transmet cette information aux autorités compétentes des autres Etats membres et au Comité bancaire européen.

491 L'article 141 de la directive 2006/45/CE met en place une procédure de vérification des informations des établissements de crédit ayant des filiales ou des succursales dans plusieurs Etats membres.

Par conséquent, « lorsque les autorités compétentes d'un Etat membre souhaitent, vérifier des informations portant sur un établissement de crédit situé dans un autre Etat membre, elles demandent aux autorités compétentes de l'autre Etat membre qu'il soit procédé à cette vérification.

Les autorités qui ont reçu la demande y donnent suite dans le cadre de leur compétence, soit en procédant elles-mêmes à cette vérification, soit en permettant aux autorités qui ont présenté la demande d'y procéder, soit en permettant qu'un réviseur ou un expert y procède. Lorsqu'elle ne procède pas elle-même à la vérification, l'autorité compétente qui a présenté la demande peut, si elle le souhaite y être associée ».

ii) A l'international

492 La représentation passe aussi par des accords de coopération signés avec des autorités homologues d'autres pays dans le cadre d'**échange d'informations**. En 2008 et 2009,

---

334 Article 42 de la directive n° 2006/48/CE du Parlement et du Conseil.

par exemple, deux conventions ont été signées entre d'une part l'ACPR et d'autre par l'autorité de régulation de Doubaï et du Qatar.

En 2013, un accord de coopération relatif à l'échange d'informations sur la supervision bancaire a été signé entre l'ACPR et la banque d'Etat du Vietnam[335].

L'objectif est d'assurer un contrôle efficace et promouvoir un fonctionnement sûr et solide des banques dans leur ressort respectif et ce conformément aux principes fondamentaux du Comité de Bâle relatif à la surveillance bancaire.

493 En conformité avec les règles ou les recommandations européennes l'ACPR est autorisée à échanger des informations avec les autorités homologues. Elle peut ainsi conclure des accords bilatéraux avec des autorités non membres de l'Union européenne et non partie de l'accord sur l'Espace économique européenne.

De surcroît, l'autorisation d'échange d'informations entre l'ACPR et les autres autorités compétentes en matière de surveillance trouve son fondement dans les **principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace d'octobre 2006** publiés par le Comité de Bâle[336].

Les principes fondamentaux constituent un cadre de normes minimales pour de saines pratiques en matière de contrôle et sont considérés comme universellement applicables. Le Comité a élaboré ces principes et la méthodologie en vue de contribuer au renforcement du système financier international. Ils sont au nombre de 25 et le premier relève, en partie de la coopération internationale.

Préserver la stabilité financière par les contrôles et assurer la protection des consommateurs constituent des missions de service public puisqu'exécutées dans l'intérêt de la collectivité.

Pour rendre effectives ses missions, l'ACPR se voit conférer de nombreux pouvoirs.

---

335 Accord de coopération relatif à l'échange d'information sur la supervision bancaire entre l'ACPR et la Banque de l'Etat du Vietnam : JORF n° 0234 du 8 octobre 2013.

336 Publication de la Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, « Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace », octobre 2006.

§ 2 : Procédures de vérification et sanctions

L'ACPR dispose de pouvoirs et de moyens importants pour accomplir sa tâche. Elle ne dispose d'aucun pouvoir de réglementation qui est réservé au ministre chargé de l'Economie.

Elle contrôle, les établissements de crédit, en utilisant des procédures qui portent, d'une part sur **les personnes habilitées à effectuer la surveillance ainsi que les documents qui lui sont transmis (A), d'autre part, la rigueur des sanctions (B)** prononcées en cas de violation de la réglementation par les établissements de crédit.

A – Le contrôle sur place et sur pièces

494 En ce qui concerne le contrôle sur pièces ou contrôle permanent, l'ACPR détermine la liste, le modèle et les délais de transmission des documents et informations qui doivent être remis périodiquement.

1 - Le personnel

495 C'est le Secrétariat général de l'Autorité qui effectue les contrôles sur place et sur pièces.

Dans le cadre de ses pouvoirs d'organisation, le Secrétaire général de l'ACPR utilise pour le contrôle sur place des agents qui composent ses services. Il doit éviter toute circonstance qui pourrait placer les contrôleurs en situation de conflit d'intérêts. Pour ce faire, il ne confie pas de contrôle sur place à des agents de ses services ayant exercé une activité professionnelle en tant qu'agent de la personne contrôlée au cours des trois années précédentes, sauf si la personne contrôlée avisée de cette possibilité n'y fait pas objection.

496 Lorsque le Secrétaire général décide de faire appel à des personnes qui n'appartiennent pas à ses services ni à ceux d'une autre autorité compétente mentionnée à l'article L. 612-23 du Code monétaire et financier, le recours à ces personnes s'inscrit dans le cadre d'un protocole d'accord conclu avec l'ACPR qui énonce les missions dans lesquelles elles doivent être exécutées.

Il est aussi possible de faire appel à des autorités exerçant dans d'autres Etats des fonctions homologues et à leur personnel. Les conditions d'exercice de ces contrôles peuvent être fixées dans le cadre des accords de coopération prévus par les articles L.

613-20-2 et L. 633-5 du Code monétaire et financier et des conventions prévues à l'article L. 623-15 du même Code ou par des accords particuliers.

497 Le secrétariat général peut demander aux personnes soumises à son contrôle tous renseignements, documents, quel qu'en soit le support, et en obtenir une copie, ainsi que tous éclaircissements ou justifications nécessaires à l'exercice de sa mission. Il peut recourir à des corps de contrôle extérieurs, des commissaires aux comptes, des experts ou autorités compétentes.

498 Le Code monétaire dans son article R. 616-1 et les règles déontologiques arrêtées par le Collège de supervision interdisent aux contrôleurs d'exercer quelque fonction rétribuée que ce soit dans l'une des entités ou entreprises soumises au contrôle de l'ACPR.

Les contrôleurs doivent éviter toute situation où leurs intérêts personnels ou ceux de leurs proches pourraient être en concurrence avec ceux des missions de l'ACPR et pourraient influencer l'impartialité dont ils doivent faire preuve dans l'accomplissement de leurs fonctions.

Les règles déontologiques leur interdisent de percevoir tout avantage dans le cadre de relations contractuelles, qui ne serait pas proposé à une clientèle similaire, tout cadeau ou avantage de nature à porter atteinte au libre exercice de leur mission, d'acquérir ou gérer directement des instruments financiers émis par une personne soumise au contrôle de l'Autorité.

499 La récusation d'un membre de la Commission des sanctions peut être prononcée à la demande d'une personne mise en cause s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre. Cette demande doit être formulée dans un délai de huit jours ouvrés à compter de la réception de la lettre l'informant de la composition de la Commission des sanctions. La Commission ne peut siéger que si la majorité des membres sont présents.

500 Les personnes chargées de la conduite du contrôle sur place doivent être dûment habilitées. Conformément à l'article R. 612-22 du Code monétaire et financier, cette habilitation peut prendre plusieurs formes :

- soit une lettre de mission du Secrétaire général qui est « présentée à la personne contrôlée en réponse à toute demande » qui précise l'objet de la mission ainsi que l'identité de la personne qui est chargée de la conduite du contrôle,
- soit elle est partie intégrante de l'accréditation permanente des contrôleurs à l'exercice de l'ensemble du contrôle permanent, sur place et sur pièces de la personne contrôlée.

Ces contrôleurs peuvent « à toute époque de l'année vérifier sur pièces et sur place toutes les opérations » ; ils n'ont pas à justifier d'une lettre de mission.

La personne en charge de la conduite du contrôle sur place est l'interlocuteur principal de la personne contrôlée. Elle dirige l'équipe placée sous son autorité dont la composition est portée à la connaissance de la personne contrôlée.

2 - Les missions de contrôle

Le Collège de supervision en formation plénière « délibère sur les priorités du contrôle » conformément à l'article L. 612-12-1 du Code monétaire et financier.

a) Dans le cadre des priorités fixées par le Collège de supervision, **le Secrétaire général détermine le programme de contrôles**. Il établit la liste des personnes devant faire l'objet d'un contrôle sur place en se fondant sur l'analyse approfondie des états comptables et prudentiels et des rapports transmis par ces personnes lors du contrôle permanent, ainsi que sur les échanges avec d'autres autorités (AMF, TRACFIN…). La décision d'engager une mission de vérification sur place peut être prise à tout moment.

b) Les **contrôles sur place** visent à vérifier le respect par les personnes contrôlées des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables en fonction de leurs activités. Ils peuvent entre autre : évaluer la nature et la qualité des risques ou engagements portés par ces personnes et apprécier leur capacité à y faire face, s'agissant notamment du respect des règles prudentielles édictées par les textes en vigueur ; examiner l'adéquation de l'organisation interne de ces personnes à la nature de leurs activités et de leurs risques ; évaluer les dispositifs de contrôle et de maîtrise des risques et vérifier le respect des règles destinées à assurer la protection de la clientèle et la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ainsi que l'adéquation des moyens et démarches à accomplir à cet effet.

Les contrôles sur place peuvent être soit de portée générale, ils concernent dans ce cas l'ensemble des activités et des processus de la personne contrôlée, soit thématiques, limités au périmètre d'une ligne de métier ou d'un type de risque, ou à la vérification des modalités de mise en œuvre d'une réglementation spécifique.

Par ailleurs, des actions peuvent être diligentées pour suivre les missions antérieures de contrôle sur place, en particulier pour s'assurer de la pertinence et de l'exhaustivité des corrections apportées pour remédier aux insuffisances identifiées, ou pour s'assurer du respect des mesures de police administrative antérieurement notifiées.

Le Secrétaire général peut également décider d'étendre le contrôle sur place d'une personne contrôlée à diverses entités qui lui sont liées, notamment à ses filiales ou succursales, aux personnes morales qui la contrôlent directement ou indirectement, aux filiales de ces personnes morales, aux agents ou aux personnes à qui ces personnes ont confié des fonctions ou activités opérationnelles.[337]

L'extension du contrôle sur place peut également porter sur les succursales ou filiales installées à l'étranger des personnes contrôlées en application de l'article L. 612-26 du Code monétaire et financier. La personne contrôlée est informée des extensions de contrôle selon les modalités prévues aux l'articles R. 612-9 et 612-29 du Code monétaire et financier.

Les faits recueillis à l'occasion de cette extension peuvent être communiqués par le Secrétaire général aux filiales et succursales sans que puisse y faire obstacle le secret professionnel mentionné à l'article L 612-17 du Code monétaire et financier.

Les agents de mission sur place doivent se conformer aux règles relatives à la protection des données, des systèmes d'informations et des accès physiques qui leur sont communiqués par les établissements. Ils doivent s'abstenir de tout usage abusif dans l'utilisation des matériels et accès dont la mise à disposition a été sollicitée pour les besoins de la mission.

501 Même si une mission de contrôle n'a pas pour objet la recherche d'infractions susceptibles de justifier des poursuites pénales, le Président de l'ACPR doit en informer le Procureur de la République.

Le chef de mission est chargé d'informer l'établissement du début des opérations de contrôle, les suites données au contrôle doivent être communiquées soit au conseil d'administration soit au directoire et au conseil de surveillance. Les dirigeants de

---

[337] Article l. 612-26 du Code monétaire et financier.

l'établissement peuvent solliciter à tout moment le chef de mission sur tout sujet lié à la mission.

502 Afin d'assurer le bon déroulement du contrôle sur place, il est attendu des établissements vérifiés qu'il permettent aux agents de disposer de conditions d'installation ainsi que de moyens et de matériels informatiques appropriés.

Les dirigeants et leurs collaborateurs doivent répondre avec diligence et loyauté aux demandes de renseignement qui leur sont adressées. Les dirigeants responsables doivent être présents ou représentés lors de la prise de contact au moment du démarrage de la mission, dans les réunions qui concernent la politique générale de l'établissement ou les aspects stratégiques et lors des séances de restitution des constats effectués par la mission de contrôle sur place.

Il est attendu que des établissements contrôlés qu'ils facilitent la mise en relation avec les interlocuteurs appropriés, en particulier les commissaires aux comptes. Le fait pour tout dirigeant d'un établissement de crédit ou d'une des personnes morales ou filiales mentionnées à l'article L. 612-26 du Code monétaire et financier, de ne pas répondre, après mise en demeure, aux demandes d'informations de l'ACPR, de faire obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice par celle-ci de sa mission ou de lui communiquer des renseignements inexacts est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Dans un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1995, les dirigeants d'un groupe de sociétés ont été condamnés pour délits d'obstacle au contrôle de la Commission bancaire car « le pourcentage réel de prêts accordés à la clientèle par rapport aux fonds propres de l'établissements, avait été dissimulé dans les documents adressés à la Commission bancaire (…) La décision de falsifier les comptes présentés avait été prise de concert par l'ensemble des dirigeants pour ne pas faire apparaître que les engagements excédaient les seuils autorisés par la réglementation bancaire »[338].

Dans un autre arrêt, les gérants de société en nom collectif, responsables bancaires ont été condamnés « pour délit d'altération frauduleuse de la vérité de documents bancaires et notamment de bilans ». En l'espèce « il y avait eu inscription de sommes dans les rubriques ne correspondant pas à leur affectation, les limites du système informatique ne pouvant constituer une exonération de l'intention coupable

---

338 Cassation chambre criminelle, 20 mars 1995, n° 93-85076, PF : JurisData n° 1995-000849.

spécifique au délit, les responsables bancaires parfaitement avisés de la législation applicable et de l'obligation de sincérité et de loyauté que doivent refléter les bilans, se devaient de prendre toutes mesures utiles au respect de ses obligations fondamentales »[339].

De surcroît, dans un arrêt du 31 mai 2006, la Cour de cassation a condamné le directeur de la National Bank of Pakistan, « pour avoir communiqué à la Commission bancaire des renseignements inexacts qui occultaient l'existence de comptes clients débiteurs ». Le dirigeant était tenu « de s'assurer que les documents comptables communiqués à la Commission bancaire reflétaient la réalité, d'autant que cette dernière avait déjà appelé son attention sur des irrégularités constatées précédemment ». Les juges ajoutent que la participation du dirigeant « ayant consisté à dissimuler le solde débiteur des comptes est corroborée par la présence de sa signature sur plusieurs avis destinés à justifier ces prélèvements »[340].

503 Les travaux d'une mission de contrôle sur place visent à obtenir toutes les informations utiles à l'objet de la mission de façon à pouvoir les analyser. A cette fin le contrôleur bénéficie d'un certain nombre de droits et d'obligations de même que la personne contrôlée en application des dispositions légales et réglementaires. A l'issue du contrôle, le Collège de l'Autorité peut prendre des sanctions.

Afin de mener leurs contrôles, les contrôleurs sur place ont un droit d'accès aux locaux à usage professionnel de la personne contrôlée, ce droit est indissociable du droit d'effectuer les contrôles sur place. Ils disposent d'un droit de communication très étendu. L'article R. 612-26 du Code monétaire et financier les autorise à :

- demander à la personne contrôlée tout renseignement, éclaircissement ou justification nécessaire à l'exercice de leur mission ;
- se faire communiquer et vérifier tous documents relatifs à cette personne et à toutes les opérations qu'elle pratique, quel qu'en soit le support ;
- obtenir la copie de ces derniers, y compris électronique afin de pouvoir en faire une exploitation informatique ;
- procéder aux vérifications en ayant accès aux outils et aux données informatiques qu'elle utilise.

---

339 Cassation chambre criminelle, 27 avril 2000, n° 98-87.708.

340 Cassation chambre criminelle, 31 mai 2006, n° 05-86.756 : JurisData n° 2006-034477 ; Gaz. Pal. 11 septembre 2007, n° 254, p. 18.

Les contrôleurs peuvent mener des entretiens avec tout dirigeant ou collaborateur de la personne contrôlée susceptible de fournir des renseignements et documents utiles aux contrôles ; ils doivent pour cela avoir à leur disposition « le personnel qualifié pour leur fournir les renseignements qu'ils jugent nécessaires »[341]. A l'issue du contrôle ils peuvent, selon les faits relevés, dresser des procès verbaux qui « énoncent la nature, la date et le lieu des constatations opérées ». Ces derniers sont signés par la personne en charge de la conduite du contrôle sur place et par la personne contrôlée. Si celle-ci refuse de répondre, mention en est faite au procès verbal.

504 En contrepartie de ces droits, les contrôleurs sont soumis à un certain nombre d'obligations prévues à l'article L. 612-19 du Code monétaire et financier. Ainsi, les contrôleurs ne doivent pas avoir fait l'objet de condamnations, et sont soumis au secret professionnel qui concerne les faits, actes et renseignements non publiés dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leur fonction ou obtenus lors des contrôles. Cependant, le Code monétaire et financier prévoit que le secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire qui agit dans le cadre d'une procédure collective à l'égard de la personne contrôlée ou d'une procédure pénale, il n'est pas opposable aux autorités administratives dans le cadre d'un contentieux relatif à l'activité de l'ACPR, à la Cour des Comptes pour les contrôles que la loi lui confie et enfin lors des auditions par les commissions d'enquête parlementaires prévues au quatrième alinéa du II de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958.

505 Pour les contrôleurs, le Code pénal dans son article 432-12 réprime la prise illégale d'intérêts qui est « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, de recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou en partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

506 L'infraction à ces dispositions est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 € d'amende. Les contrôleurs de l'ACPR ayant quitté leur service restent soumis à des obligations spécifiques pendant une durée de trois ans et ce conformément à l'article 532-13 du Code pénal. Les intérêts en cause couvrent tous les avantages financiers, matériels, moraux ou familiaux obtenus directement ou indirectement par les contrôleurs.

---

341 Article L. 612-26 du Code monétaire et financier.

Qu'en est-il lorsque les intérêts ne concernent pas une personne mais un secteur d'activité ?

3 - Les droits et obligations des établissements contrôlés

507 Tout comme les contrôleurs, les personnes contrôlées ont des droits et des obligations.

Elles doivent tout d'abord être informées de la mise en place du contrôle, de son objet, de la composition de l'équipe.

Tout contrôle sur place donne lieu à un rapport dont un projet est « porté à la connaissance des dirigeants de la personne contrôlée, qui peuvent faire part de leurs observations dont il est fait état dans le rapport définitif ».[342]

Les personnes contrôlées doivent prendre les dispositions nécessaires pour permettre aux contrôleurs d'exercer l'ensemble de leurs fonctions. Elles communiquent notamment leur organigramme fonctionnel à la personne en charge de la conduite du contrôle sur place.

Le résultat des contrôles sur place peut, dans une lettre de suite[343] du Secrétaire général ou sur proposition de celui-ci et décision du Collège ou du Président, prendre la forme de mesures de police administrative ou de l'ouverture d'une procédure disciplinaire. Ces sanctions ne sont pas exclusives l'une de l'autre et peuvent donc se cumuler.

508 Depuis le décret du 26 juin 2011[344], pour toutes les procédures ouvertes par le Collège, la Commission des sanctions nomme un rapporteur parmi ses membres qui ne peut participer aux délibérés et dont la mission est d'instruire le dossier.

Il peut procéder à toutes diligences et mesures d'instructions qu'il juge appropriées.

Au regard des observations produites par les parties et de ses propres investigations, il est chargé d'établir un rapport qui synthétise les différentes étapes de la procédure ainsi que

---

[342] Article L. 612-27 du code monétaire et financier.

[343] Document qui comporte l'appréciation par le Secrétaire général des suites à donner au dossier.

[344] Décret n°2011-769, JOFR n°0150 du 30 juin 2011

les arguments de droits et de faits soulevés par la personne poursuivie et le représentant du Collège. Il peut donner un avis sur la caractérisation des griefs notifiés, avis qui ne lie pas la Commission des sanctions de l'ACPR.

4 - Les poursuites décidées par le Collège de supervision de l'ACPR

509 Dès lors qu'elle constate qu'un professionnel assujetti a des pratiques susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires, l'ACPR doit mettre ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, mettre en garde contre la poursuite de ces pratiques qui portent atteinte aux règles de bonnes pratiques de la profession.

Elle peut enjoindre à toute personne soumise à son contrôle de prendre dans un délai déterminé toutes les mesures destinées à la mise en conformité aux obligations et exiger qu'elle soumette à son approbation un programme de rétablissement comprenant des mesures appropriées pour restaurer ou renforcer sa situation financière, améliorer ses méthodes de gestion ou assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement.

510 Lorsque la solvabilité ou la liquidité d'une personne soumise à son contrôle ou lorsque les intérêts de ses clients, assurés, bénéficiaires, sont compromis ou susceptibles de l'être, l'Autorité peut prendre les mesures conservatoires nécessaires énoncées à l'article L. 612-33 du Code monétaire et financier et notamment désigner un administrateur provisoire à qui sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale.

Ces mesures de police administratives ne peuvent être prises qu'à l'issue d'une **procédure contradictoire**, sauf en cas d'urgence. Par ailleurs, l'Autorité peut, à titre provisoire, ordonner sans procédure contradictoire les mesures conservatoires énumérées aux articles L. 612-33 et 612-34 du Code monétaire et financier. Une procédure contradictoire est alors engagée sans délai pour lever, adapter ou confirmer ces mesures conservatoires commandées par l'urgence.

Lorsque les mesures administratives sont celles visées aux articles L. 312-30 du Code monétaire et financier, elles doivent être portées à la connaissance de la personne en cause avec les mesures envisagées et les motifs qui les justifient. La personne concernée doit être informée du délai dont elle dispose pour faire connaître par écrit ses observations. Ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés à compter de leur réception.

Toutes les mesures de police administratives sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, remise en main propre contre récépissé ou acte d'huissier ou par tout autre moyen permettant de s'assurer de la date de sa réception.

B – Les sanctions

Pour éviter que les contrôles ne soient longs, intrusifs et garantir les droits des entreprises contrôlées, toute sanction ou mesure administrative est prise d'une part après le respect d'une procédure et peut d'autre part faire l'objet d'un recours.

1 – La procédure devant la Commission des sanctions de l'ACPR

511 La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 a renforcé les pouvoirs généraux hors résolution de l'ACPR ; ainsi elle a facilité l'exercice de son pouvoir général de convocation et d'audition, désormais tout représentant de l'ACPR peut convoquer et auditionner, possibilités jusqu'alors exclusivement réservées au Secrétaire général[345], ce qui favorise la délégation de pouvoirs.

512 Lorsque l'une des formations du Collège décide l'ouverture d'une procédure de sanction, son Président notifie les griefs à ou aux personne(s) concernée(s). Le dossier est transmis à la Commission des sanctions.

513 La notification des griefs est effectuée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, remise en main propre contre récépissé ou acte d'huissier ou par tout autre moyen permettant de s'assurer de la date de réception. Elle doit préciser le délai, qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la notification des griefs, dont dispose la personne mise en cause pour transmettre ses observations écrites sur les griefs qui lui ont été notifiés.

La notification permet également d'informer la personne mise en cause qu'elle peut prendre copie des pièces auprès de la Commission des sanctions et se faire assister ou représenter par tout conseil de son choix, enfin elle mentionne que toute notification ultérieure sera adressée à la personne mise en cause à l'adresse à laquelle la notification de griefs lui est parvenue.

514 Un représentant est désigné parmi les membres du Collège. Sa mission est de défendre la position de l'Autorité que ce soit par écrit aux différents stades de la

---

[345] Article L. 612-24 du Code monétaire et financier.

procédure disciplinaire ou par oral lors de la Commission des sanctions. Il est assisté dans l'exercice de sa mission par plusieurs personnes des services juridiques de l'ACPR.

515 Les séances de la Commission des sanctions se tiennent à huis clos à la seule condition que l'établissement en formule la demande.

516 Lorsque des faits graves sont constatés au cours des contrôles, l'ACPR peut, en tant qu'autorité administrative prendre plusieurs mesures dites de police administrative. Pour la mise en œuvre de ces procédures, elle doit respecter les droits de la défense.

Le contrôle peut également aboutir à des sanctions disciplinaires.

2 – Les sanctions ou mesures administratives prononcées par l'ACPR

517 La loi n° 2013-672 du 13 juillet 2013 étend le pouvoir d'injonction de l'ACPR à la méconnaissance d'une convocation ou audition demandée par le Secrétaire général ou son délégataire et lui permet d'assortir son injonction d'une astreinte[346] d'un montant maximum de quinze mille euros par jour et précise que l'autorité la liquide elle-même.[347]

518 Par ailleurs, la loi prévoit que les contrôleurs de l'ACPR pourront faire usage d'une identité d'emprunt pour accéder aux services sur internet ; il s'agit de visites mystères en ligne[348].

519 La Commission des sanctions peut prononcer une ou plusieurs sanctions administratives en fonction de la gravité du manquement : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité pour une durée ne pouvant excéder dix ans, la suspension d'un ou plusieurs dirigeants avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire, le retrait partiel d'agrément, la radiation de la liste des personnes agréées avec ou sans nomination d'un liquidateur, une sanction pécuniaire de plus d'un million d'euros.

---

346 Article L. 612-25 du Code monétaire et financier.

347 Article R. 612-28 du Code monétaire
et financier.

348 Article L. 612-24 du Code monétaire et financier.

a) Avertissement

520 Par exemple, la Commission des sanctions de l'ACPR a été saisie en avril 2015 d'une procédure disciplinaire à l'encontre de la société Ufifrance Patrimoine (UFP), filiale du groupe bancaire Union financière de France en gestion de patrimoine. Il était reproché à l'UFP, prise en sa qualité d'intermédiaire en assurance, plusieurs manquements aux règles relatives aux conditions de capacité professionnelle. En particulier, la Commission a jugé que le stage organisé par la société afin de former ses collaborateurs, dont certains ne disposaient pas de la capacité professionnelle requise, ne satisfaisait ni dans sa durée, ni dans son contenu, aux exigences imposées par la réglementation.

Elle a également estimé que son livret de stage, incomplet, ne permettait pas à ses salariés d'attester de l'acquisition des compétences nécessaires pour pratiquer l'intermédiation en assurance. La Commission a de ce fait prononcé à l'encontre de l'UFP un avertissement assorti d'une sanction pécuniaire de 200 000 euros[349].

b) Interdiction d'effectuer certaines opérations

521 Dans une décision rendue le 12 décembre 2012[350] la Commission des sanctions de l'ACPR a prononcé à l'encontre de la société CABINET DE COURTAGE INNOCENT ASSURANCES et ses dirigeants une interdiction d'exercer une activité d'intermédiation en assurance pour une durée de 10 ans. En effet, lors du contrôle de l'ACPR, la société n'était pas immatriculée à l'ORIAS alors que les intermédiaires en assurance doivent être immatriculés sur un registre unique des intermédiaires qui est librement accessible au public[351]. Elle n'avait pas souscrit une assurance contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle[352].

Dans les dossiers clients examinés par les contrôleurs, l'identité précise de la société poursuivie ne figurait sur aucun document contractuel ou précontractuel alors que les sociétés d'assurance ont l'obligation de fournir aux souscripteurs éventuels des informations relatives à leur identité, à leur immatriculation et aux procédure de recours et de réclamations[353].

---

349 Décision de la Commission des sanctions de l'ACPR du 14 avril 2016 UFIFRANCE Patrimoine.

350 Décision de la Commission des sanctions de l'ACPR rendue le 12 décembre 2012, procédure n° 2012-2, Société de courtage INNOCENT ASSURANCES

351 Article L. 512-1 du Code des assurances.

352 Article L. 512-6 du Code des assurances

353 Article L. 520-1 du Code des assurances.

De surcroît, il ressort des dossiers analysés par les contrôleurs que la société n'a pas formulé par écrit les besoins et les exigences des clients sur la base desquels ceux-ci avaient été conseillés ni les modifications des conseils alors qu'avant la conclusion de tout contrat, l'intermédiaire en assurance doit préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni[354].

Les sanctions d'interdiction d'effectuer certaines opérations ont été prononcées principalement dans le domaine des assurances mais peuvent s'appliquer également dans le domaine bancaire.

c) Suspension d'un ou plusieurs dirigeants avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire

522 L'ACPR a suspendu un dirigeant de ses fonctions de direction générale pour une durée de trois mois et a nommé un administrateur provisoire avec pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la société[355].

A la suite d'un contrôle sur place, le Collège de l'ACPR (sous Collège banque) a décidé d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de la BANK TEJARAT PARIS (BTP), succursale française de la banque iranienne du même nom. La Collège a relevé plusieurs opérations non conformes à la réglementation parmi lesquelles figure la réalisation d'opérations sans autorisation préalable de la Direction Générale du Trésor (DGT).

Ainsi, la BTP a préféré dissuader une banque cliente de procéder à des versements de fonds plutôt que de geler ces fonds après réception et d'en informer la DGT. Elle a de ce fait participé à des activités qui avaient pour objet ou pour effet direct ou indirect de contourner les mesures de gels des avoirs[356].

La banque n'avait pas non plus informé la TRACFIN sur des projets suspects de l'un de ses clients alors que les banques doivent déclarer à un service spécialisé (TRACFIN) les sommes inscrites dans leurs livres ou les sommes portant sur des opérations qu'elles savent soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme[357].

---

354 Article L. 520-1 du Code des assurances.

355 Décision de la Commission des sanctions rendue le 27 novembre 2012, procédure n° 2011-3, BANK TAJARAT PARIS ?

356 Règlement UE n° 961/2010 du 25 octobre 2010, articles 16, 19, 20 et 31.

357 Article 23 du règlement UE n° 961/2010 et article L. 561-15 du Code monétaire et financier.

De surcroît, le responsable du contrôle permanent de la banque n'était pas indépendant des services opérationnels et ne disposait que de moyens limités pour mener à bien ses missions de contrôle, en particulier sur certaines fonctions support (comptabilité, système d'information…) et sur les activités opérationnelles (tenue de comptes clients, opérations de crédit documentaire et opérations de transferts de fonds)[358].

d) La radiation de la liste des personnes agréées

523 La Commission des sanctions de l'ACPR a prononcé dans sa décision rendue le 21 mai 2015[359], la radiation de la SARL AMBITION DES FRÊRES (ADF) de la liste mentionnée à l'article L. 612-21 du Code monétaire et financier ainsi qu'une interdiction au gérant d'exercer directement ou indirectement la profession de changeur manuel pour une durée de dix ans.

Cette décision a été prise suite à une procédure disciplinaire ouverte par le Collège de supervision de l'Autorité (sous Collège banque)[360] dans le cadre de laquelle des manquements susceptibles de mettre en cause tant la responsabilité de la société mentionnée que la responsabilité directe et personnelle de son gérant ont été relevés. Ainsi, à la suite d'une extraction de données, de nombreuses anomalies ont été constatées (dates non réalisées, rupture dans la numérotation chronologique, structure incohérente des cours enregistrés)[361]. La société tenait un registre d'opérations de change manuel sous forme dématérialisée avec un logiciel obsolète dans lequel toute saisie pouvait être modifiée ou supprimée par tout employé sans qu'une telle intervention ne laisse de trace.

De surcroît, la SARL ne disposait d'aucune classification des risques détaillant les opérations et les clients devant appeler une vigilance particulière, ni de règles écrites

---

358 L'article 6 du règlement n°97-02 du CRBF dispose que le contrôle de la conformité, de la sécurité et de la validation des opérations réalisées doit être assuré non seulement par les agents exerçant des activités opérationnelles mais aussi par certains agents, au niveau des services centraux et locaux, exclusivement dédiés à ces fonctions. L'article 7-1 du même règlement précise que lorsqu'il n'est pas membre de l'organe exécutif, le responsable du contrôle permanent n'effectue aucune opération commerciale financière ou comptable.

359 Décision de la Commission des sanctions, Procédure n° 2015-01 SARL AMBITION DES FRÊRES, 21 mai 2015.

360 La SARL ADF avait fait l'objet d'une enquête de la direction des douanes et des droits indirects agissant pour la compte de l'ACPR dont les constats avaient été constitués dans des procès verbaux. Un contrôle sur place a été effectué ultérieurement et a donné lieu à l'établissement d'un rapport. C'est au vu de ce rapport que le Collège de l'ACPR a décidé d'ouvrir une procédure disciplinaire.

361 L'article 4 de l'arrêté du 10 septembre 2009 impose au dirigeant de doter son établissement d'outils permettant de s'assurer que les opérations de change effectuées y sont enregistrées de manière exhaustive, fiable et traçable.

internes, ni de procédures internes de contrôle propres à assurer le respect des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB-FT).

e) Sanction pécuniaire de plus d'un million d'euros.

524 La société SKADIA LIFE, société d'assurances, a fait l'objet d'un contrôle sur place qui a donné lieu à la signature d'un rapport définitif au vu duquel le Collège de l'ACPR a décidé d'ouvrir une procédure disciplinaire qui a abouti à une sanction pécuniaire de 1,2 million d'euros à l'encontre de la société[362]. Aux motifs, entre autres, que la société ne disposait pas, dans sa procédure interne, de mesures de vigilance complémentaires à mettre en œuvre à l'égard des personnes politiquement exposées comme à l'égard des clients non résidents enregistrés, domiciliés ou établis dans un Etat ou territoire non coopératif en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme[363].

Le dispositif de suivi et d'analyse de la relation d'affaires de la société reposait sur des fiches de liaison remplies manuellement par type d'opérations qui ne prenaient pas en compte l'ensemble des critères de risque. Certaines comportaient des erreurs matérielles ne permettant pas la mise en œuvre de mesures de vigilance appropriées alors que l'article A 310-8 du Code des assurances impose aux entreprises de se doter de dispositifs de suivi et d'analyse de leurs relations d'affaires fondés sur la connaissance de la clientèle ou sur le profil de la relation d'affaires permettant de détecter les anomalies. Les dispositifs doivent s'adapter aux risques identifiés et permettre de définir des critères et des seuils significatifs en matière de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme.

525 Les dispositions impliquent même en l'absence de toute précision législative ou réglementaire, un traitement exhaustif des différentes catégories d'opérations.

Cette sanction financière infligée dans le secteur de l'assurance est transposable au domaine bancaire.

---

362 Décision Commission des sanctions de l'ACPR rendue le 29 juillet 2016, Procédure n° 2015-10.

363 L'article R. 561-1 du Code monétaire et financier prévoit que les entreprises d'assurance « définissent les procédures à appliquer pour le contrôle des risques, la mise en œuvre des mesures de vigilance relatives à la clientèle, la conservation des pièces, la détection des transactions inhabituelles ou suspectes et le respect de l'obligation de déclaration au service TRACFIN ».

526 Dans une autre décision de la Commission des sanctions du 19 juillet 2017[364], la Société Générale a fait l'objet d'un contrôle sur place le 8 septembre 2015 dont l'objectif était d'analyser ses pratiques en matière en matière de déclarations de soupçons. Le contrôle a donné lieu à la signature d'un rapport définitif le 18 février 2016. Au vu de ce rapport, le Collège a décidé, lors de la séance du 5 juillet 2016, d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de la banque qui a abouti à une sanction pécuniaire de cinq millions d'euros au motif que le processus de traitement des propositions de déclaration de soupçons par la cellule anti blanchiment de la banque ne lui permettait pas de respecter son obligation d'informer sans délai TRACFIN des opérations suspectes déjà exécutées dont elle avait connaissance.

La Commission impose que « tout retard dans l'envoi à TRACFIN des déclarations de soupçons par rapport à la date à laquelle l'opération suspecte a été réalisée doit être justifié par l'énoncé, dûment documenté des diligences accomplies pour passer du doute au soupçon[365] ». Ainsi, l'organisation retenue par la banque qui comporte une distinction entre les propositions de déclarations de soupçons « prioritaires » et celles qui ne le seraient pas, selon un tri effectué par un comité à périodicité hebdomadaire, ainsi que la fixation de délais maximums respectifs d'un mois et de trois mois pour leur traitement ne garantit pas une information de TRACFIN aussi rapide que possible sur toute opération suspecte déjà réalisée.

527 La Commission des sanctions de l'ACPR a infligé une sanction de dix millions d'euros à la banque BNP Paris Bas suite à un contrôle ayant également eu pour finalité d'analyser les pratiques de la banque en matière de déclaration de soupçon en France dans une décision rendue le 30 mai 2017.

La Commission a considéré que les effectifs de la banque dédiés au traitement des propositions de déclaration de soupçon n'étaient pas suffisants pour respecter les obligations déclaratives du groupe à TRACFIN. L'établissement n'a pas été en mesure de traiter le flux important de propositions de déclarations de soupçon dans des délais raisonnables ni d'en apurer le stock.

De surcroît, la banque n'a pas permis à ses déclarants ni aux correspondants TRACFIN d'avoir accès à toutes les informations nécessaires à leurs fonctions. Ils ne disposaient pas d'un accès direct aux éléments d'identification et de connaissance de tous les clients ni à tous les dispositifs d'alerte automatisés. Ils étaient obligés de

---

364 Décision Commission des sanctions de l'ACPR rendue le 19 juillet 2017, Procédure n°2016-07.

365 Décision Commission des sanctions de l'ACPR, Banque Populaire des Alpes du 29 juin 2012, Procédure n°2011-01, Décision Caisse d'Epargne et de Prévoyance du Languedoc Roussillon du 25 novembre 2013 n° 2013-01.

solliciter les entités gestionnaires concernées pour pouvoir traiter les propositions de déclarations de soupçon. Il n'existait aucune procédure permettant de prévenir les éventuels refus ou retards de ces entités locales dans la transmission de l'information pertinente[366].

528 Le montant de l'amende n'est-il pas trop faible par rapport aux bénéfices réalisés par les établissements de crédit et par l'ampleur des dommages occasionnés par la diffusion d'informations erronées, trompeuses ou mensongères ou encore lorsque l'établissement fait obstacle au contrôle ?

f) Mais qu'en est-il du retrait total d'agrément ?

529 Les propositions de retrait d'un agrément bancaire peuvent, de droit émaner, soit de la BCE, soit des ACN[367] des Etats membres participants dans lesquels un établissement est établi.

530 L'ACPR peut prononcer un retrait à la demande de l'établissement concerné ou à titre de sanction. L'ACPR et la BCE se consultent sur toutes les propositions de retrait d'un agrément. L'objectif de la consultation est de garantir un délai suffisant pour analyser et commenter la proposition avant une prise de décision, émettre des objections éventuelles, prendre des mesures pour préserver la continuité de l'exploitation ou soumettre l'établissement à une procédure de résolution[368].

Lorsque l'Autorité prononce un retrait total d'agrément la totalité des guichets de l'établissement de crédit doit faire l'objet d'une fermeture. Il ne lui est plus possible d'effectuer des opérations de paiement.

531 L'établissement doit non seulement changer de dénomination sociale mais également rembourser les dépôts, titres ou engagements pris dans le cadre de son activité et faire établir par les commissaires aux comptes une attestation qui confirme qu'il ne détient plus les dépôts, titres et engagements.

---

366 Commission des sanctions de l'ACPR, décision rendue le 30 mai 2017, procédure n° 2016-06.

367 Autorités Compétentes Nationales.

368 BCE « Questions-réponses relative à la consultation publique sur le projet de règlement-cadre de la BCE sur le MSU », p. 31-32.

De surcroît, son code interbancaire (CIB)[369] est supprimé à la fin du mois du retrait de l'agrément.

L'ACPR peut rendre publique la décision dans les journaux aux frais de la personne sanctionnée[370].

Toutes les sanctions infligées par l'Autorité peuvent être remises en cause par le biais de recours.

3 – Les recours contre les décisions de l'ACPR

532 Les décisions relevant de la compétence du collège peuvent faire l'objet **d'un recours en annulation devant le conseil d'Etat** dans un délai de deux mois suivant leur notification ou leur publication.

Les sanctions prononcées par la Commission des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours, non seulement par les personnes sanctionnées mais également par le Président de l'ACPR après accord de la formation du Collège à l'origine de la notification des griefs. Le recours doit être exercé dans un délai de deux mois suivant la décision de la notification de la décision.

533 La décision peut faire l'objet **d'un recours en pleine juridiction**[371] devant le Conseil d'Etat selon les modalités prévues par le code de justice administrative. Le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort, son contrôle porte sur la procédure et le fond du litige.

Ainsi, le 4 mars 2010 la Commission bancaire, aujourd'hui ACPR, avait enjoint le Crédit Immobilier de France développement (CIFD) de respecter un ratio de solvabilité sur fonds propres de base de 12% au lieu du ratio de solvabilité sur fonds propres globaux de 8% imposée à l'époque par la réglementation[372].

---

[369] Code attribué par la Banque de France aux établissements de crédit français et aux succursales d'établissements de crédit de droit étranger agréé par l'ACPR pour exercer des activités en France ou à Monaco ainsi qu'aux succursales d'établissements de crédit de l'espace économique européen exerçant leur activité en libre établissement.

[370] www.acpr.banque-France.fr/commissiondessanctions.

[371] Le recours de pleine juridiction ou contentieux de pleine juridiction est celui où le requérant demande au juge administratif d'utiliser l'ensemble de ses pouvoirs juridictionnels et de prononcer des sanctions pécuniaires. Contrairement au recours pour excès de pouvoir dans lequel je juge n'a que deux possibilités ; annuler la décision attaquée ou rejeter le recours.

[372] Revue banque n°750 du 26 juin 2012.

Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt défavorable à l'ACPR pour insuffisance d'argumentation mais le pouvoir de l'Autorité de renchérir sur la réglementation lorsqu'elle l'estime nécessaire est réaffirmé[373].

534 De surcroît, dans un arrêt du 11 avril 2014, le Conseil d'État a annulé la décision n° 2013-4 par laquelle la Commission des sanctions de l'ACPR a infligé à la Société générale un blâme ainsi qu'une sanction pécuniaire de deux millions d'euros.

En l'espèce, à la suite d'un contrôle réalisé du 20 juillet au 26 novembre 2012 conclu par un rapport d'inspection définitif du 8 mars 2013, le Collège de l'ACPR a décidé l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre de la Société Générale pour des manquements aux obligations en matière de droit aux comptes auxquelles elle était soumise en application de l'article L 312-1 du Code monétaire et financier et en matière de contrôle interne.

Le Conseil d'Etat a précisé que la Commission des sanctions ne pouvait retenir le manquement sur le seul fondement de son caractère vraisemblable révélé par l'écart constaté entre le nombre de demande et le nombre d'ouverture de comptes relevant du dispositif du droit au compte, sans que la Société Générale, n'ait été invitée à apporter, pour les demandeurs concernés, les éléments dont elle était la seule à disposer et qui permettaient de déterminer les suites données aux décisions prises par l'Autorité.

En effet, il résulte des dispositifs de l'article L 312-1 du Code monétaire et financier que l'établissement désigné par la Banque de France a l'obligation de proposer l'ouverture d'un compte de dépôt gratuit comportant l'ensemble des services bancaires de base. Si jusqu'à l'intervention de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, postérieure à la période soumise au contrôle, l'établissement de crédit désigné par la Banque de France n'était soumis à aucune obligation de délai pour rendre l'ouverture de compte effective, il résulte des dispositions de l'article que l'établissement ainsi désigné avait l'obligation de procéder à l'ouverture du compte dans un délai raisonnable.

Pour juger établi le manquement tiré du refus d'ouverture par la Société Générale de 5277 comptes à des personnes pour lesquelles elle avait été désignée par la Banque de France entre le 1er juillet 2010 et le 30 juin 2012, la Commission des sanctions s'est fondée sur ce que la Société Générale, ainsi qu'il ressort du rapport d'inspection, avait

---

373 Arrêt Conseil d'Etat, 5 mars 2012. Revue Banque n° 750 du 26 juin 2012.

été désignée 6534 fois durant cette période et n'avait ouvert que 1257 comptes relevant du dispositif du droit au compte et n'avait pas contesté cet écart durant la procédure contradictoire[374].

535 Aux termes de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative ; le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités de contrôle ou de régulation au titre de leur mission.

536 La surveillance des établissements de crédit est une préoccupation nationale et européenne. Ainsi, L'ACPR agit en étroite collaboration avec la Banque centrale européenne et les autorités nationales de contrôle des autres Etats membres dans le cadre du mécanisme de surveillance unique.

C – Les sanctions en étroite collaboration dans la surveillance avec la BCE

573 Dans le cadre du mécanisme de surveillance unique [375](MSU), la Banque centrale européenne se voit dotée d'une compétence de surveillance directe sur les six mille établissements de crédit des dix neuf pays de la zone euro afin d'appliquer les règles prudentielles de manière stricte et impartiale et d'exercer une supervision efficace sur les marchés bancaires transnationaux.

Pour ce faire, elle se voit confier le pouvoir de délivrer et de retirer des agréments d'établissements de crédit, soit de sa propre initiative, soit sur proposition de l'Autorité compétente de l'Etat membre où l'établissement est établi[376].

574 Le mécanisme de surveillance unique, établi au sein de la zone euro, veille à ce que la politique de l'Union européenne en matière de surveillance prudentielle des

---

374 Conseil d'État arrêt du 14 octobre 2015 par lequel il a annulé la décision n° 2013-04 de la Commission des sanctions de l'ACPR rendue le 11 avril 2014.

375 Guide relative à la surveillance bancaire septembre 2014 : « le MSU comprend la BCE et les autorités compétentes nationales (ACN) des Etats membres participant. Il est chargé de la surveillance prudentielle de tous les établissements de crédit dans les Etats membres participants ».

376 Revue banque n° 752.

établissements de crédit soit mise en œuvre de manière cohérente et efficace et à ce que ces derniers soient soumis à une surveillance de la plus haute qualité.

1 - Quels objectifs poursuit le MSU ?

575 Trois principaux objectifs lui sont dévolus ; d'une part la garantie de la sauvegarde et de la solidité du système bancaire européen, d'autre part l'assurance d'une surveillance cohérente et enfin l'accroissement de l'intégration et de la stabilité financière au sein de la zone.

Pour y parvenir, le BCE et les ACN accomplissent leurs missions dans le cadre d'une coopération intensive.

576 La BCE est responsable de la surveillance d'environ quatre mille neuf cents entités[377] dans les Etats membres participants.

Afin de garantir une surveillance efficace, les fonctions et responsabilités de surveillance respectives de la BCE et des ACN sont assignées en fonction de l'importance des entités surveillées[378].

2 - Mais qu'est-ce qu'un établissement de crédit important ? Comment est-il défini ?

577 Un établissement de crédit sera considéré comme important s'il remplit l'une des conditions suivantes[379] :

- la valeur totale de ses actifs doit être supérieure à trente milliards d'euros ou – sauf si la valeur totale de ses actifs est inférieure à cinq milliards d'euros – dépasse 20 % du PIB national ;
- Il fait partie de trois établissements de crédit les plus importants dans son Etat membre ;
- Il est bénéficiaire de l'assistance établissements de crédit les plus importants établis dans un Etats membres ; directe du mécanisme européen de stabilité [380];

---

[377] Guide relative à la surveillance unique septembre 2014 p. 9

[378] Article 49 du règlement UE n°468/2014 du 16 avril 2014 établissant le cadre de coopération du mécanisme de surveillance unique entre la BCE, les Autorités compétentes nationales et les Autorités désignées nationales. Règlement cadre MSU. BCE 2014/17.

[379] Guide relative à la surveillance unique septembre 2014 p. 9 et 10.

- La valeur totale de ses actifs est supérieure à cinq milliards et le ratio entre ses actifs ou passifs dans plus d'un Etat membre participant et le total de ses actifs ou passifs est supérieur à 20 %.

Nonobstant la satisfaction de ces critères, le MSU peut déclarer l'établissement important afin d'assurer l'application cohérente de normes de surveillance de haute qualité.

En raison de l'activité commerciale normale ou d'événements exceptionnels (fusion, acquisition), le statut des établissements de crédit peut évoluer.

578 Si un groupe ou un établissement de crédit qui est considéré comme moins important remplit l'un des critères pertinents pour la première fois, il est déclaré comme important et l'ACN transfère la responsabilité de la surveillance directe à la BCE.

Inversement, un établissement de crédit peut, ne plus être important, auquel cas, la responsabilité de la surveillance revient à l'ACN concernée.

579 Dans les deux cas, la BCE et l'ACN impliquée réexaminent soigneusement le cas et se concertent.

Sauf circonstances particulières, elles mettent en œuvre le transfert des responsabilités de surveillance pour permettre la continuité et l'efficacité des contrôles.

3 - Qui sanctionne ?

580 Les pouvoirs de sanction de la BCE s'appliquent-ils à tous les établissements de crédit y compris les moins importants ?

581 L'Autorité compétente en matière de sanction dépend de la nature du texte objet de l'infraction.

S'il s'agit d'une **infraction au droit de l'Union** directement applicable, par exemple le règlement sur l'exigence de fonds propres (CRR)[381], la BCE pourra ouvrir une procédure d'infraction à l'encontre des banques importantes, tandis que les ACN pourront en faire de même contre les banques moins importantes.

---

[380] Le mécanisme européen de stabilité (MES) a été institué par le traité du 2 février 2012. Il a pour but de mobiliser des ressources financières et de fournir sous une conditionnalité adaptée à l'instrument d'assistance financière choisi, un soutien à la stabilité de ses membres qui connaissent ou risquent de connaître de graves problèmes de financement. A cette fin, le MES est autorisé à lever des fonds en émettant des instruments financiers ou en concluant des accords ou arrangements financiers avec ses membres, des institutions financières ou d'autres tiers. www.tresor.economie.gouv.fr

[381] Règlement UE n°575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit.

582 Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Kotnik e.a. EU : C : 2016 : 570 rendue le 19 juillet 2016, la grande chambre de la CJUE a été amenée à se prononcer sur la validité de l'interprétation de la communication de la Commission européenne[382] concernant le secteur bancaire, en particulier sur l'exigence, pour que les aides à ce secteur puissent être considérées comme compatibles, d'une répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés à la couverture des coûts de restructuration des banques en détresse.

Dans le litige au principal, la Cour constitutionnelle de Slovénie avait été saisie de plusieurs demandes de contrôle de constitutionnalité de la loi nationale sur le secteur bancaire. Sur le fondement de cette loi, la Banque centrale de Slovénie avait, à la suite de la crise financière mondiale, adopté une décision instaurant des mesures exceptionnelles en vue, respectivement, de la capitalisation du sauvetage ainsi que de la capitalisation de cinq banques slovènes.

Conformément à la communication concernant le secteur bancaire, la décision de la Banque centrale prévoyait la liquidation des fonds propres des actionnaires des banques ainsi que des titres de créances subordonnés.

La juridiction de renvoi posait la question de la conformité de la condition de « répartition des charges » prévue par la communication au droit de l'Union.

S'agissant de la condition de répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés en vue de l'autorisation d'une aide d'État par la Commission européenne, la Cour a souligné que la communication a été adoptée sur le fondement d'une disposition du traité FUE[383] selon laquelle la Commission peut considérer comme compatible avec le marché intérieur les aides visant à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre.

Dans ce contexte, les mesures de répartition des charges visent à garantir que préalablement à l'octroi de toute aide d'État, les banques qui présentent un déficit de leurs fonds propres oeuvrent, avec les investisseurs, à la diminution de ce déficit notamment par une mobilisation des capitaux propres. Une solution contraire risquerait de provoquer des distorsions de concurrence, dans la mesure où les banques dont les créanciers n'auraient pas contribué à la diminution du déficit de fonds propres, recevraient une aide plus élevée que celle qui aurait été suffisante pour contrôler le déficit résiduel de fonds propres[384].

---

382 Communication concernant les aides du secteur bancaire JOE 216 p. 1.

383 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

384 Cour de justice de l'Union européenne, activité judiciaire 2016, p. 53.

583 Dans les cas d'**infraction au droit nationa**l, comme à une loi transposant la directive sur les exigences de fonds propres (CRD IV)[385], seules les ACN sont habilitées à imposer des sanctions administratives aux banques importantes et moins importantes[386].

584 S'agissant des entités importantes sous surveillance prudentielle, les ACN, pour les missions confiées à la BCE, ne pourront ouvrir une procédure d'infraction que sur instruction de la BCE. De surcroît, les ACN seront les seules compétentes pour imposer des sanctions administratives non financières ou soumettre une personne physique[387] à une procédure d'infraction.

Si l'infraction porte sur un règlement ou une décision de la BCE, celle-ci sera seule compétente pour engager une procédure à l'encontre des établissements de crédit importants ou non[388].

585 La responsabilité de la politique monétaire est confiée à la Banque Centrale européenne. En ce qui concerne la stabilité financière, le rôle de la BCE est, conformément à l'article 105.5 du traité précité « de contribuer à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier ». La BCE n'a qu'un rôle consultatif.

586 Ce fait met en exergue les limites de la politique d'intégration financière faite principalement à travers une consolidation de la réglementation financière.

Comme le précise M. AGLIETTA, « la finance est devenue un secteur prédateur qui, de part sa nuisance systémique, tient en otage toute la société »[389].

---

385 Directive 2013/63/UE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité et la surveillance prudentielle des établissements de crédit.

386 BCE, « Questions-réponses relatives à la consultation publique sur le projet de règlement-cadre de la BCE sur le MSU », p.7-8.

387 Par exemple un membre du conseil d'administration d'une banque.

388 Pour les établissements moins importants, la procédure est engagée uniquement lorsque le règlement ou la décision de la BCE s'applique à eux et fixe des obligations vis à vis de la BCE, comme dans le cadre du règlement de la BCE sur les redevances de surveillance prudentielle (Règlement UE n° 1163/2014 de la BCE du 22 octobre 2014).

389 AGLIETTA M. La crise : les voies de sorties, Michalon édition. Mai 2010.

587 Depuis la crise, le contrôle des établissements de crédit s'inscrit dans un ensemble de décisions publiques prises dans le cadre d'une gouvernance européenne, voire mondiale, qui vise la production d'un service public : la stabilité financière.

Dès lors, chaque citoyen peut revendiquer une stabilité financière minimale au regard des coûts exorbitants de sauvetage des banques, supportés à la fois par les contribuables présents et les générations futures du fait du financement par l'emprunt des politiques publiques.

588 Comme mentionné précédemment[390], L'accord sur le nouveau cadre sur la supervision et la réglementation financière a été validé par le Parlement européen et le Conseil le 24 novembre 2010 et donne la priorité à la création d'un réseau intégré d'Autorités de surveillance financière (Autorité bancaire européenne, Autorité des assurances et des pensions professionnelles et Autorité européenne des marchés financiers) dont les missions sont en coordination avec celles des Autorités nationales de surveillance.

589 La réforme a instauré un système européen de surveillance financière (SESF) de nature à garantir la coopération, la coordination, la cohérence dans l'application de la législation de l'Union européenne et la confiance entre les Autorités nationales de surveillance.

590 L'objectif du contrôle est de favoriser l'adoption par les établissements de crédit d'un comportement qui permette au système économique de fonctionner dans les meilleures conditions possibles.

591 Les règlementations mises en place pour assurer les contrôles internes ne permettent ni de lutter contre la résurgence des crises ni de responsabiliser les établissements de crédit.

592 En effet, les transferts de responsabilité à la BCE[391] soulèvent des problèmes démocratiques et de conflits d'intérêts. Les dirigeants de la Banque Centrale ont

---

390 Chapitre préliminaire, p. 64.

391 La BEC est composée des gouverneurs des banques centrales de tous les pays membres de l'Union. Autorité de contrôle bancaire, elle peut prendre un certain nombre de décisions prudentielles juridiquement contraignantes pour les banques dans le cadre de mécanisme de surveillance unique.

souvent des liens étroits avec le secteur bancaire et financier. Le président Mario DRAGHI a travaillé pour Goldman Sachs en tant que Vice Président pour l'Europe.

En outre, la BCE est formellement indépendante. Aucune instance élue (ni les parlementaires ni les gouvernements) ne peut réformer ses statuts, sauf à l'unanimité des gouvernements. Les statuts de la BCE ne peuvent être modifiés que par une modification du Traité de Maastricht nécessitant l'unanimité de tous les pays membres.

593 De même, le mécanisme de surveillance unique, créé par une réglementation du Conseil des ministres nécessitant l'unanimité, ne pourra être modifié qu'à l'unanimité même si les eurodéputés ont un certain droit de regard sur l'action du Comité de surveillance de la BCE[392] leur permettant de découvrir des éventuels abus de pouvoirs et dysfonctionnements. Ils sont juridiquement impuissants pour y changer quoi que ce soit.

594 Comme le soulignent Kenneth DYSON[393] et Kevin FEATHERSTONE[394] « Le traité de Maastricht souligne l'indépendance de la BCE et part du principe que cette indépendance est à l'opposé du principe de responsabilité.

595 Les dispositions relatives à la responsabilité de la BCE, principalement auprès du parlement européen, sont faibles et d'autres formes de responsabilité sont restées inexplorées.

596 Le MSU procède ainsi au transfert permanent très difficilement réformable de souveraineté à une institution non démocratique : la BCE[395].

---

392 Le Comité de surveillance, organe interne à la BCE, prépare les projets de décision que le conseil des gouverneurs adopte selon la procédure de non opposition (si le conseil des gouverneurs n'émet pas d'objection dans un délai donné, les décisions sont réputés adoptées). Les décisions portant sur le cadre général (le règlement-cadre MSU par exemple), sont prises par le Conseil des gouverneurs en dehors de la procédure de non opposition. Le Conseil de gouverneurs est composé de quatre représentants de la BCE et des représentants des autorités de surveillance prudentielles nationales.

393 Professeur de sciences politiques à l'université de Cardiff en Grande Bretagne.

394 Politologue. A été en poste à l'European studies à l'université de Bradford en Grande Bretagne et a occupé une « Chaire Jean Monnet » financée par l'Union Européenne entre 1994 et 2002.

597 On peut donc déduire que l'ACPR est une Autorité représentative des professionnels de la banque et de l'assurance. Ces derniers sont présents aussi bien au sein de l'organe d'investigation que de celui de contrôle, ce qui amène à ce demander s'il y contrôle ou plutôt autocontrôle.

598 La structure de l'Autorité assure une certaine impartialité du fait de la séparation des organes d'investigation et de sanctions et la procédure présente des garanties de nature juridictionnelle : elle est contradictoire, inquisitoire, écrite et s'inscrit dans le respect de principes fondamentaux de loyauté et de bonne foi. Principe dont l'application est contrôlée par le juge.

599 L'ACPR a pour mission de contrôler des établissements dont les fonctions dans l'économie relèvent de missions de service public mais les établissements de crédit, pour assurer leur pérennité, doivent répondre à des exigences de rentabilité, de recherche de profit en contradiction avec la notion de service public. De surcroît, les dirigeants de ces établissements sont des personnes privées indépendantes, qui ne sont pas sous la direction d'une personne publique mais qui participent à la mise en place de la réglementation qui leur est applicable.

600 En conclusion, l'ACPR a deux missions principales définies par l'article 612-1 du Code monétaire et financier :

- Contribuer à la stabilité du secteur financier, mission qu'elle assure par la mise en place d'une surveillance nationale et européenne du respect de dispositions comptables et prudentielles précises ;
- Protéger les consommateurs par le contrôle de l'application de l'ensemble des dispositions législatives, règlementaires et les recommandations qu'elle formule, la surveillance des pratiques commerciales.

Pour réaliser ses missions, elle collabore avec d'autres autorités au niveau national avec l'AMF et au niveau de l'espace économique européen avec d'autres autorités ayant des fonctions similaires.

---

395 Gouvernance économique européenne et démocratie française. MSU « le France perd le contrôle de ses banques » 22 septembre 2013. CRAIG JAMES WILLY.

Elle dispose aussi de moyens importants notamment des procédures qui portent à la fois sur les documents qui lui sont transmis et la rigueur des sanctions prononcées en cas de violation de la réglementation à respecter par les établissements de crédit.

601 Du fait du poids du secteur bancaire dans l'économie en termes d'emploi et de contribution à la création de richesse, les sanctions infligées ne semblent pas, toujours être en corrélation avec les préjudices causés à la collectivité par la faute commise par les établissements de crédit.

602 La prise excessive de risque par les banques, à l'origine de la crise de 2007, avec ses conséquences sur l'économie réelle ne semble pas avoir donné lieu ni à sanction, ni à réparation.

603 Ainsi, après avoir analysé l'organisation du contrôle des établissements de crédit, contrôle à la fois interne et externe exercé par les autorités publiques de supervision, il convient d'une part de rechercher l'efficacité et les failles du contrôle des établissements de crédit par l'étude détaillée des sanctions prononcées par l'ACPR en cas de violation des obligations bancaires pour examiner les insuffisances de ces contrôles, d'autre part effectuer des comparaisons avec d'autres autorités, (Autorité de la concurrence, qui peut agir pour sanctionner les ententes et les abus de position dominante et la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés CNIL) qui ont également la capacité d'intervenir de façon cumulative pour contrôler les opérations menées par les établissements de crédit.

Comment s'effectue le contrôle de ces institutions ? Est-il efficace ? Atteignent-elles les objectifs qui leur sont fixés ?

PARTIE II : LES FAILLES ET LES PERPECTIVES D' AMELIORATION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE

604 Le secteur bancaire est un secteur spécifique. Les règles qui s'y appliquent constituent des réponses concrètes à des situations générées par les activités.

605 Ainsi, les établissements de crédit ont, de par la réglementation, des domaines réservés justifiés par le souci de protéger leurs clients, professionnels et surtout consommateurs contre le risque d'insolvabilité ou d'illiquidité. Recevant des dépôts, ils pourraient être tentés de faire de la transformation ou de recourir à l'effet de levier sans être soumis à la réglementation qui leur est applicable[396].

606 Ils bénéficient d'un monopole qui a pour objet de leur réserver l'accomplissement « à titre habituel » des opérations de banque. Sans les définir[397], le Code monétaire et financier dans son article L 311-1 précise que ces dernières recouvrent la réception de fonds publics, des opérations de crédit ainsi que des services bancaires de paiement.

607 Le monopole bancaire ne concerne que les opérations de banque réalisées en France. Le droit français se démarque du droit européen qui donne en la matière un champ d'application plus réduit conformément à l'article 5 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 aux termes duquel « Les États membres interdisent aux personnes ou entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit d'exercer, à titre professionnel, l'activité de réception des dépôts ou d'autres fonds remboursables au public ».

608 **La réception de fonds** concerne selon l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier, les fonds qu'une personne « recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à la charge pour elle de les restituer ». Le déposant perd la propriété des sommes en question mais devient

---

396 Haut Comité Juridique de la Place de Paris, Rapport sur le monopole bancaire 14 mars 2016, p.4.

397 Bonneau Th. Définit les opérations de banque comme « les activités caractéristiques des établissements de crédit et sur lesquelles ceux-ci se sont vus reconnaître, sous réserve d'exceptions, un monopole ». Droit Bancaire, Montchrestien, 2011, 9e éd. N° 43.

titulaire d'un droit de créance sur la banque[398] qui dispose des fonds comme elle l'entend[399].

609 En vertu de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, constitue une **opération de crédit** « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie ». Depuis un arrêt de principe de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 mars 2000[400], le contrat de prêt consenti par un professionnel de crédit n'est plus, comme c'était le cas jusqu'alors, un contrat réel, mais un contrat consensuel. Il est donc juridiquement formé dès l'échange des consentements, et ce même si la banque n'a pas encore fourni les fonds. Cette évolution donne droit à l'exécution forcée d'un engagement pris par un banquier n'ayant pas encore versé les sommes négociées et souhaitant revenir sur son engagement[401].

610 **Les services de paiements** relèvent de l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 qui transpose en droit français la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur. La mise à disposition à la clientèle et la gestion des moyens de paiements se trouvent partagées entre d'une part, les services de paiement[402], qui peuvent être exercés à titre principal par des établissements de paiement[403] et par les établissements de crédit à titre connexe, et, d'autre part par les services bancaires de paiement qui ne peuvent être exercés que par des établissements de crédit[404].

---

[398] Cas. Com., 13 janvier 1987, n°85-13.997, bull. civ. 1987, IV, n°15 ; Cas. Com., 23 octobre 1990, n°89-14-365 ; Cas. Com., 21 mai 1996, n° 94-18.022.

[399] Elle ne saurait, en revanche, se comporter comme un propriétaire à l'égard de la créance du déposant, c'est à dire le solde créditeur de son compte en banque. À défaut, le délit d'abus de confiance doit être caractérisé. Cas. Crim., 20 juillet 2011, n° 10-81.726, bull. crim. 2011, n°158.

[400] Cas. 1ere chambre civile, 28 mars 2000, n° 97-41.422, Bull. civ. 2000, I, n° 105.

[401] La qualification de contrat réel ne permet qu'une condamnation à des dommages et intérêts, du fait que de prêt n'est, dans ce cas, pas encore valablement formé.

[402] Article L. 314-1 du Code monétaire et financier.

[403] Nouveaux acteurs sur le marché du paiement en ligne, les établissements de paiement ont été créés par la directive sur les services de paiement (DSP) de 2009 dont l'objectif est d'harmoniser et de rendre plus concurrentiel le marché des services de paiement en Europe.

[404] Article L. 311-3 du Code monétaire et financier.

611 En application des règles propres à la France, seuls les établissements de crédit sont autorisés à fournir des services bancaires de paiement qui se limitent principalement à la délivrance de formules de chèques et à la monnaie électronique.

612 Les banques assurent donc les fonctions d'intermédiation et de prestations de services : l'intermédiation bancaire permet le financement de l'économie. Les déposants sont garantis pour la sécurité et de la restitution de leurs dépôts. L'emprunteur a, à sa disposition, son prêt jusqu'aux échéances convenues.

613 Dans le cadre de cette intermédiation bancaire, la banque se doit de financer les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas la possibilité d'emprunter directement sur les marchés financiers. La banque assure la transformation des informations, des échéances et des risques. Elle se substitue au déposant apporteur de ressources et à l'emprunteur en remédiant à l'asymétrie d'information.

614 La gestion des moyens de paiement fait aussi partie de l'activité d'intermédiation.

Outre la fonction d'intermédiation, les banques sont des prestataires de services connexes et d'investissement.

Les prestations de services connexes englobent des opérations de vente[405], de conseil[406], et de prises de participations.

Les prestations d'investissement regroupent les opérations sur les actifs financiers côtés dédiés aux émetteurs ou aux souscripteurs ainsi que pour le propre compte des banques.

615 L'usage des services bancaires se traduit par l'évolution de la réglementation en faveur de la protection des consommateurs.

616 Les contrôles du secteur bancaire sont nécessaires pour sauvegarder la stabilité et la sécurité financière et supposent de plus en plus d'intervention de l'État français, d'ailleurs en coordination avec d'autres instances européennes et internationales, pour faire face à l'aggravation des risques bancaires.

---

405 Actifs achetés en l'état et revendus moyennant une marge : or, devises, OPCVM.

406 Opérations sur fortunes privées, institutionnelles ou d'entreprises.

617 L'ACPR, autorité administrative indépendante vérifie l'application des règles prudentielles par les établissements de crédit et sanctionne les manquements.

Elle exerce un contrôle a priori par une surveillance permanente des établissements assujettis.

Or le choix de l'ACPR comme autorité administrative indépendante, chargée du contrôle bancaire par délégation de pouvoirs ; pouvoir exécutif, pouvoir judiciaire et pouvoir quasi législatif, rencontre encore des résistances pour assurer le respect des obligations imposées aux établissements de crédit et pour l'application des sanctions. **Les failles du contrôle sont perceptibles (Titre I).**

La multiplicité des règles applicables et les recours exercés à l'encontre des décisions de l'ACPR sont des complications difficiles à surmonter. Pourtant des perspectives d'amélioration devraient apparaître.

618 Les faiblesses de l'ACPR sont-elles en partie corrigées par l'intervention d'autres autorités administratives indépendantes, chargées de surveiller des domaines particuliers. Qu'il s'agisse de l'AMF pour surveiller les activités financières des établissements de crédit, de l'Autorité de la concurrence pour faire respecter la libre concurrence bancaire ou de la CNIL pour protéger les données personnelles, l'activité de ces autorités complète ainsi celle de l'ACPR et peuvent ainsi combler une partie des failles du contrôle du secteur bancaire.

619 D'autres suggestions pourraient être formulées pour améliorer le contrôle des banques et envisager des **perspectives d'améliorations (Titre II).**

TITRE 1 : LES FAILLES DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE

609 La crise financière de 2008 a révélé d'une part, des failles dans la réglementation bancaire en particulier l'existence d'arbitrages règlementaires permettant de réduire les exigences de fonds propres applicables aux banques sans réduction de risques encourus et ce, par le transfert de créances au sein du portefeuille de négociation des banques ou par des opérations de titrisation. D'autre part, des failles dans la supervision bancaire qui ont permis la distribution de crédits inappropriés et une centralisation excessive des risques[407].

La crise a démontré que le potentiel des risques dans les activités bancaires est significatif dans toutes les activités en particulier, les crédits hypothécaires. Il est donc essentiel de s'assurer que les risques générés par les activités bancaires, nécessaires à l'octroi par les banques de services essentiels au financement de l'économie et au bon fonctionnement des marchés sont suffisamment encadrés et surveillés.

610 Les failles du contrôle du secteur bancaire sont liées aux **difficultés d'application** des règles de la régulation bancaire **(Chapitre 1)** en raison de leur multiplicité et parfois même de leur technicité qui expliquent qu'elles soient aussi élaborées par des professionnelles de la banque et qu'elles évoluent et se renforcent en fonction des crises économiques et financières. Pour autant, certains secteurs restent à l'écart du contrôle de l'ACPR, c'est notamment le cas du « shadow banking ».

611 De plus, **les recours** exercés à l'encontre des décisions de l'ACPR ralentissent leur application et limitent le caractère dissuasif des sanctions prononcées par l'ACPR **(Chapitre 2)**.

---

407 Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires. Étude d'impact en application de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. P. 8.

CHAPITRE I : LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE

612 Les banques collectent des dépôts du public, en particulier des dépôts à vue et accordent des crédits aux entreprises et aux ménages. Cette activité de transformation de dépôts liquides en prêts non liquides représente un risque qui justifie l'intervention des pouvoirs publics pour limiter a priori cette transformation. C'est le rôle de la réglementation prudentielle qui oblige les banques à détenir suffisamment de capital et à diversifier leurs actifs.

Les faillites bancaires ont davantage de conséquences dommageables pour la société[408], en particulier sur les petits déposants qui ne sont pas à même de juger correctement les risques pris par leur établissement de bancaire.

613 De surcroit, pour renforcer la compréhension réciproque, le rôle et la responsabilité des banques et leurs clients tout en contribuant à la promotion des meilleures pratiques, une réglementation est mise en place avec pour objectifs d'une part de renforcer les conditions de transparence et de concurrence entre les établissements et d'autre part de garantir l'accès à tous aux services bancaires et aux moyens de paiement modernes pour lutter contre l'exclusion bancaire.

Comment sont déterminées ces règles ? Comment sont-elles mises en œuvre ?

614 En matière bancaire, les professionnels sont souvent associés au phénomène normatif soit par concertation soit par consultation.

Du strict point de vue sémantique, la consultation est une action unilatérale d'un décideur qui consulte des experts pour recueillir un avis utile à la prise de décision.

La concertation réunit des parties de même niveau qui s'entendent pour agir ensemble ou s'exprimer dans un but commun.

615 La réglementation doit être en adéquation avec les besoins du secteur. Dans le souci d'élaborer des textes en congruence avec les praticiens, la technique de la consultation des

---

408 Effets externes négatifs.

parties intéressées est un instrument privilégié de cette recherche permanente de la règle adéquate.

616 L'institutionnalisation des consultations dans le processus d'élaboration du droit laisse à penser a priori que les professionnels peuvent être une source du droit. La spécificité réside dans l'intégration, dans le processus d'élaboration du droit, d'une étape visant à prendre connaissance de l'avis du justiciable. On s'éloigne de l'image d'un pouvoir souverain imposant ses vues[409]. Comme le souligne BERGEL J-L, « la loi est le fruit de discussion et de compromis »[410].

Cette consultation doit permettre de simplifier la réglementation, d'en évaluer systématiquement l'impact et d'associer de manière transparente les différentes parties intéressées par l'adoption des textes. De surcroit, elle prend en compte, lors de la phase d'élaboration du droit, des effets susceptibles d'être produits dans la pratique ou dans les faits, par les dispositions légales envisagées.

617 Au cours du processus d'élaboration des textes applicables au secteur bancaire, on peut assister à des situations de conflit d'intérêts dans lesquelles les représentants de la profession pourraient influencer ou sembler influer sur la nature des dispositions législatives, leur interprétation ou leur mise en pratique.

618 Les règles à appliquer proviennent soit de bonnes pratiques utilisées dans la profession, soit de concertations ou négociations entre les pouvoirs publics et les professionnels du secteur. Elles sont nombreuses et leur champ d'application est très large.

619 Ainsi la **multiplicité des règles applicables sur le contrôle bancaire (Section 1)** explique les **difficultés des moyens de contrôle sur le secteur bancaire (Section 2)**.

---

409 VABRES R., « Comitologie des services financiers : réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier », Dalloz, p. 156.

410 BERGEL J-L., « Théorie générale du droit » , Dalloz collection méthode du droit, 4eme édition 2003, p. 241.

Section 1 : Multiplicité des sources de la regulation sur le contrôle bancaire

620 Les règles établies par les professionnels ou la « soft law » (droit souple) se justifient par l'expertise de ces derniers et la nécessité d'adaptation rapide aux évolutions de la pratique. Ces règles répondent à la technicité du secteur.

621 Non obligatoires dans un premier temps, elles deviennent impératives lorsqu'elles sont consacrées par les autorités européennes et nationales. Leur application est rendue obligatoire, soumise à des contrôles et fait alors objet de sanctions en cas de violation. Ainsi l'ACPR précise dans un document publié le 7 juillet 2011[411] que « la méconnaissance des bonnes pratiques constatées ou recommandées ne donne pas directement lieu à sanction disciplinaire » mais à une mesure de police ; par exemple une mise en garde individuelle. En revanche, le non respect de cette mise en garde peut donner lieu à une procédure disciplinaire à l'encontre de l'établissement contrevenant, comme cela est le cas pour les Codes homologués par le Ministère de l'Economie. Ce qui revient à sanctionner de manière identique des règles impératives d'origines professionnelles ou législatives.

622 Afin de clarifier le sens et la portée de certaines dispositions règlementaires, l'ACPR diffuse des notices en matière prudentielle[412], ainsi que des lignes directrices[413] et des principes d'application sectoriels[414] dans le domaine de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. L'Autorité publie également des analyses de nature plus ponctuelle sous forme de positions[415] et de réponses aux questions posées par les organismes contrôlés.

623 Par ailleurs, dans un souci de transparence, l'Autorité adopte et publie des instructions[416] déterminant la liste, le modèle, la fréquence et les délais de transmission des documents et informations qui doivent lui être remis périodiquement. Elle élabore également par voie d'instruction des dossiers-types de

---

411 Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel, 7 juillet 2011.

412 Par exemple, la mise en œuvre de l'approche avancée de gestion du risque de liquidité (arrêté du 5 mai 2009), les modalités de calcul du ratio de solvabilité (arrêté du 20 février 2007 relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit).

413 Par exemple les lignes directrices relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe adoptées en mars 2011.

414 Par exemple, les principes d'application sectoriels relatifs à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme pour le secteur de l'assurance adoptés en juin 2010.

415 Par exemple la position portant sur les ventes avec primes en assurance sur la vie du 4 novembre 2010.

416 Par exemple l'instruction n° 2011-1-10 relative au suivi des modèles internes utilisés pour le calcul des exigences en fonds propres.

demandes, qui comprennent notamment la liste, le format et les modalités de transmission des informations qui lui sont nécessaires. Ces instructions ont une portée obligatoire et leur non respect peut faire l'objet d'une mesure de police administrative ou d'une sanction disciplinaire.

624 La multiplication et la complexité des règles et les obligations imposées, dans des domaines divers[417], aux établissements de crédit sont-elles réalistes ? Est-il possible de toutes les mettre en œuvre sans surcoût et d'en vérifier les omissions ? Comment vérifier les manquements ? Comment les sanctionner ?

625 La pluralité des sources de la réglementation bancaire rend difficile le contrôle de l'application des règles.

626 Les **règles sont de plus en plus contraignantes**, selon qu'il s'agit de recommandations (soft law) ou de textes législatifs ou règlementaires (hard law) **(§1). Elles sont inspirées par les professionnels du secteur bancaire (§2)**

§1 Des règles de plus en plus contraignantes et évolutives

Dans le domaine bancaire, on assiste à une pluralité des sources du droit et donc à la multiplication des émetteurs des règles de droit. Un mélange de « hard law » et de « soft law » à **l'échelon international (A), européen (B) et national (C).**

626 Les règles du droit bancaire ne sont pas toujours incorporées dans des textes qui ont force de loi mais dans des documents qui prennent la forme de « standards », « recommandations » ou « codes de bonnes pratiques » qui n'ont pas de force obligatoire, on parle alors de « soft law », c'est à dire de règles généralement établies dans un effet d'autorégulation professionnelle, par les parties auxquelles elles sont destinées à s'appliquer.

627 Pour JACKY Richard[418], la « soft law » ou droit souple est un instrument qui relève du droit mais dépourvu de force contraignante. Il a listé quatre de ses fonctions :

---

417 Domaines relevant du droit de la consommation, du droit civil, du droit pénal doit bancaire et financier.

418 Jacky RICHARD, rapporteur général du Conseil d'Etat. Interview Dalloz actualité 24 décembre 2015.

- de substitution, lorsqu'il est impossible d'avoir recours au droit dur ;
- d'accompagnement du droit dur dont la mise en œuvre est déléguée au droit souple ;
- de préparation au droit dur dans un domaine émergent, aux technologies évolutives ;
- une alternative pérenne au droit dur : le droit souple apparaît alors comme la bonne façon de réguler un domaine en conciliant liberté et nouvelle données scientifiques.

628 Selon l'auteur, pour remplir ces fonctions, le droit souple doit être élaboré dans la transparence en associant les parties prenantes. Pour être effectif, il doit susciter leur adhésion.

629 Alain COURET lors de la conférence débat du 31 mars 2011[419] a défini les deux notions de la manière suivante :

- La « soft law » comprendrait les normes dépourvues d'effet obligatoire qui échappent à une mise en œuvre imposée par la contrainte alors que la « hard law » serait constituée de normes d'origine légale ou réglementaire assorties d'une force obligatoire et dont le respect pourrait être imposé par la contrainte.
- La « soft law » vient parfois compléter la « hard law » c'est à dire qu'elle peut ajouter des exigences et accroître le niveau de normativité dans la pratique professionnelle. La « soft law » n'accède à une pleine normativité que par la volonté de la loi.

630 Le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire ont de plus en plus tendance à reconnaître la valeur normative de la « soft law » et à envisager d'en contrôler l'application et d'en sanctionner les manquements notamment dans le domaine bancaire.

631 Ainsi, les règles sont adoptées rapidement et évoluent ensuite avec une grande réactivité. Elles se caractérisent par une adaptation permanente aux changements économiques du secteur ou des opérateurs concernés. Elles procèdent d'un consensus et sont mieux acceptées par les acteurs chargés de les respecter. Leur application fait l'objet d'un contrôle par les acteurs de la profession complété par celui l'État.

632 Le phénomène a été décrit par la doctrine : le « contrôle de l'Etat » est balayé par le « contrôle intérieur effectif »[420]. Ce contrôle interne résulte du fait que certaines méthodes se seraient imposées avec le temps et qu'il conviendrait de les officialiser[421].

---

[419] Conférence débat du club de recherche de l'institut français des administrateurs (IFA). Hard law vs soft law jeudi 31 mars 2011. Idées et réflexions sur la gouvernance et les marchés financiers.

[420] G. Teubner, « Droit et réflexivité : l'autoréférence en droit et dans l'organisation, » LGDJ, Story-Scientia, 1994.

633 Une entreprise qui se met en situation de ne pas respecter les préceptes de sa corporation se place dans une situation délicate car visible par ses pairs. La force du droit souple est assurée par la publicité donnée au fait qu'une entreprise ne l'applique pas[422].

634 Le contrôle étatique n'est cependant pas inexistant. Ainsi le Conseil d'Etat accepte d'être saisi de recours en annulation contre les actes de « soft law », tels que les communiqués de presse et les prises de position d'autorités publiques sous certaines conditions :

- d'une part, « lorsqu'il s'agit d'avis, de recommandations, de mises en garde et de prises de position qui pourraient ensuite justifier des sanctions de la part des autorités [423]»,
- d'autre part, « lorsque l'acte contesté est de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou lorsqu'il a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse[424] ».

636 C'est l'ordonnance du 5 décembre 2008 relative à la mise en place de codes de bonne conduite et de conventions pour régir les rapports entre producteurs et distributeurs, en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne et d'assurance sur la vie qui autorise l'homologation de ces codes par le Ministre de l'économie. Ce processus d'homologation a été étendu aux opérations de banques par

---

421 C'est l'idée défendue par Hayek selon laquelle la règle résulte d'un ordre spontané et mûri, dans son ouvrage Droit législation et liberté, PUF, T. 1. P. 43.

422 Par exemple pur le code AFEP/MEDEF, l'AMF mentionne depuis 2012 dans son rapport annuel les noms des entreprises qui n'ont pas respecté telle ou telle recommandation.

423 Conseil d'Etat décision n° 390023 du 21 mars 2016, Société NC Numéricâble. En l'espèce, il s'agissait de la prise de position de l'Autorité de la concurrence sur une injonction dans un contrat de distribution. Le Conseil d'Etat juge que cette autorité est compétente pour veiller à la bonne exécution de ses décisions, en modifiant la portée pratique d'une injonction en fonction de l'évolution du marché. Le juge a contrôlé que les droits de la défense de la société Numéricâble avaient été respectés dans la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence pour édicter sa prise de position et a rejeté le recours de la société Numéricâble.

424 Conseil d'Etat décision n° 368082 du 21 mars 2016 Fairvesta International, GMBH et autres. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat juge que l'Autorité des marchés financiers est bien compétente, dans sa mission de régulation, pour adresser des mises en gardes aux épargnants ou investisseurs. Il estime que l'autorité n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation et rejette le recours formé par la société contre l'Autorité.

l'article 36 de la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010[425]. **Par l'homologation, le code devient obligatoire et un établissement qui en méconnaitrait le contenu engagerait sa responsabilité**.

639 L'ACPR a la possibilité, dans sa mission de protection de la clientèle, de « veiller au respect par les personnes soumises à son contrôle, des règles destinées à assurer la protection de leur clientèle, résultant notamment de toute **disposition législative ou règlementaire ou des codes de conduite approuvés à la demande d'une association professionnelle, ainsi que des bonnes pratiques de leur profession** qu'elle constate ou recommande, et à l'adéquation des moyens et procédures qu'elles mettent en œuvre à cet effet. »[426].

640 Le caractère obligatoire des dispositions approuvées est limité aux adhérents des associations concernées et aux dispositions que l'ACPR a formellement décidé d'approuver.

641 Dans son instruction du 23 novembre 2011 relative à la procédure d'approbation d'un code de bonne conduite, l'Autorité souligne que les dispositions dont l'association demande l'approbation doivent être rédigées de manière précise et ne pas constituer de simples déclarations de principe. Cette instruction prévoit également que c'est à l'association demanderesse de développer au sein d'un cadre prévu à cet effet « en quoi la disposition du code de conduite permettra d'encadrer les contrats ou pratiques et apportera une valeur ajoutée en matière de protection de la clientèle… »

642 Les objectifs du droit bancaire sont la stabilité d'un coté et la protection de la clientèle de l'autre. Derrière l'impératif de protection de la clientèle, c'est la sécurité des déposants qui est en jeu et donc la stabilité de l'entier système.

643 « Hard law » et « soft law » interviennent aussi bien dans la conception des règles prudentielles que dans celles relatives aux relations des établissements de crédit et leurs clientèles.

---

[425] Le Ministre de l'économie peut désormais, après avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financière et à la demande d'une ou plusieurs organisations représentatives des professionnels du secteur financier figurant sur une liste arrêtée par le ministre, homologuer par arrêté, les codes de conduite qu'elles ont élaborés en matière de commercialisation d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1, d'opérations de banque mentionnées à l'article L. 311-1, de services de paiement mentionnés à l'article L. 314-1, de produits d'épargne mentionnés au titre II du livre II du code monétaire et financier.

[426] Code monétaire et financier article L. 612-1, II, 3°.

A – Les sources internationales

647 Elles sont édictées par le **Comité de Bâle**, et depuis la crise de 2008 sur demande du **G20**, des autorités de contrôle des grands établissements bancaires et des instances compétentes dans le domaine économique[427].

648 Les accords conclus au sein du Comité de Bâle n'ont **pas de caractère contraignant** puisqu'il ne dispose pas de pouvoir règlementaire. L'Union européenne a choisi de mettre en œuvre chacun des accords de manière aussi complète que possible dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement de son marché.

649 Les documents les plus importants sont repris par les **directives bancaires de l'Union européenne**.

650 Le Comité de Bâle est un membre permanent du Conseil de stabilité financière (CSF). Deux institutions professionnelles qui assurent conjointement la promotion de la mise en application de normes ou de recommandations bancaires à l'échelle internationale avec le soutien du G20. A l'échelle européenne, des comités d'experts assistent la Commission dans l'élaboration de la réglementation applicable en matière bancaire.

651 Le G20 contribue, par des recommandations, à l'élaboration de règles en matière financière et économique. Il est composé de 19 pays[428] plus l'Union européenne dont les ministres, les chefs de Banques centrales et les chefs d'Etats se réunissent régulièrement.

652 Créé en décembre 1999 en réponse aux crises financières qui ont frappés les pays émergents à la fin des années 1990[429], il s'agissait à l'origine de réunir une fois par an, les ministres des finances et gouverneurs de banques centrales des pays industrialisés et des pays émergents pour faciliter la concertation internationale en matière économique. Il représente 85% de l'économie mondiale, 90% du produit national brut mondial[430] et deux tiers de la population du globe.

---

427 Les effets de la crise économique ont été ressentis dans l'économie réelle.

428 L'Afrique du sud, l'Allemagne, l'Arabie Saoudite, l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, la Corée du sud, les Etats-Unis, la France, l'Inde, l'Indonésie, l'Italie, le Japon, le Mexique, le Royaume-Unis, la Russie, la Turquie.

429 Crises : mexicaine 1994, asiatique 1997, russe 1998 et brésilienne 1998-1999.

430 Somme de tous les PIB du monde.

En 2008, il est devenu une instance de pilotage économique et réunit désormais les responsables publics au plus haut niveau.

Ce n'est pas une organisation internationale mais un lieu de rencontres et de discussions communes.

653 Il s'est fixé comme objectif depuis 2008 d'établir un forum de discussion pour resserrer la coopération financière et rétablir la croissance mondiale. Dans ce cadre, il précise dans sa déclaration du 2 avril 2009 que « les grandes institutions financières complexes nécessitent une surveillance particulièrement attentive compte tenu de leur importance systémique » et qu'il sera fait en sorte que « les autorités nationales de régulation aient la capacité de recueillir les informations appropriées sur l'ensemble des institutions, marchés et produits financiers pertinents pour évaluer l'incidence que leur faillite ou leurs graves difficultés pourraient avoir en termes de risque systémique »[431].

656 Les chefs d'Etats du G20 ont insisté depuis la crise de 2008, sur la nécessité urgente de promouvoir une plus grande transparence au plan international sur des actions globales concertées de lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme par l'application des recommandations du GAFI[432].

657 Depuis la crise, plusieurs de ses propositions ont été reprises dans le cadre de règlements européens, c'est le cas de l'encadrement des marchés dérivés[433], du contrôle des agences de notation[434] et de l'interdiction de garantie des bonus sur plus d'un an, versement différé d'une part significative des bonus, en actions, ces derniers ne devraient pas être versés en l'absence de performance[435].

658 Les recommandations du G20, organisme composé uniquement de chef d'Etats de pays à situations économiques de niveaux différents, s'inscrivent donc dans l'intérêt général.

---

431 Déclaration du G20 sur le renforcement du système bancaire. Londres le 2 avril 2009.

432 GAFI : groupe d'action financière créé en 1989 dans le cadre du G7 chargé de diffuser et de faire respecter les standards internationaux en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux.

433 Règlement n°648/2012 sur les produits dérivés de gré à gré.

434 Règlement n° 1060/2009 du 16 septembre 2009 concernant les dispositions d'enregistrement et de contrôle des agences de notation.

435 Dispositif CRDIV- CRR du 21 mars 2013

659 Il n'y a pas de sanctions multilatérales pour les Etats qui ne suivent pas les accords obtenus au sein du Comité de Bâle ou du G20. Ce qui pourrait en réduire l'efficacité.

B – Les sources européennes

660 Les décisions européennes nécessaires au contrôle bancaire prennent la forme de recommandations, directives à transposer et règlements directement applicables. C'est le cas par exemple du CRDIV évoqué précédemment[436] qui a été complété par un règlement avec suivi des sanctions par les autorités européennes et un rapport des autorités de contrôle pour envisager un renforcement des sanctions pour assurer la stabilité et la sécurité bancaire.

661 Elles concernent :

- l'accès à la profession[437]
- Les règles comptables qui jouent un rôle important dans l'appréciation de la qualité d'un établissement de crédit.
- Les règles prudentielles avec la définition des fonds propres, le ratio de solvabilité.
- Les règles de protection de la clientèle en matière de garantie des dépôts : Depuis le 1er octobre 2010, les dépôts bancaires en cas de défaillance de la banque sont couverts à hauteur de 100 000 euros[438]. Elles portent également sur la réglementation des conditions d'offre de crédit aux particuliers. Le texte[439] a pour objectif, d'une part d'assurer un niveau de protection élevé pour le consommateur, d'autre part responsabiliser les prêteurs et les intermédiaires pour la distribution de crédits.

  Ces objectifs complémentaires devraient permettre la financiarisation du marché immobilier européen et la titrisation des créances immobilières dans les meilleures conditions de fiabilité et de transparence.

  La réglementation des moyens de paiement : ainsi, la directive 2007/64/CE du 24 avril 2007 harmonise les informations qui doivent être fournies à la clientèle des payeurs et des bénéficiaires ainsi que les conditions de réalisation des services de paiement et les modalités d'exécution ou de contestation des paiements. Elles sont désormais identiques quelque soit le pays dans lequel résident les clients.

  Une innovation importante de la directive consiste dans l'ouverture du marché à de nouveaux acteurs : les établissements de paiement.

---

436 Cf. P. 98 n° 204.

437 Directive 2007/64/CE du Parlement et du Conseil du 13 novembre 2007.

438 Directive 2009/14/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 2009, relative aux systèmes de garantie des dépôts.

439 Directive 2014/17/UE du Parlement et du Conseil du 4 février 2014.

662 Un mécanisme de surveillance unique a été institué par le règlement du Conseil n° 1024/2013 du 15 octobre 2013. Il confie à la BCE des missions spécifiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit[440].

C - Les sources nationales

Elles concernent les relations entre les établissements de crédit et leurs clientèles. Elles résultent du Comité consultatif du secteur financier (CCSF)[441] ou résultent de la transposition du droit européen en droit français.

1 – Le CCSF

663 Le CCSF a pour mission d'étudier les questions liées aux relations entre les établissements de crédit et leurs clientèles et de proposer toutes mesures appropriées dans ce domaine sous forme d'avis ou de recommandations d'ordre général. Il cherche à simplifier et à renforcer les instances consultatives du secteur bancaire.

664 Il joue un rôle moteur pour renforcer la qualité des relations banques-clients en matière de contractualisation en contribuant entre autre à l'amélioration de la transparence et de la concurrence bancaire.

665 C'est un service de l'Etat, sans personnalité juridique ni patrimoine propre. C'est une instance consultative dont les règles sont fixées par décret[442].

a) Composition

666 Il est composé de trente deux membres dont onze représentent la profession. Il comprend également cinq représentants du personnel des établissements de crédit, si l'on considère ces derniers comme membres de la profession dans la mesure où ils ont à défendre les intérêts du secteur pour être maintenus à leurs postes de travail, on peut en déduire que dans cette institution la moitié des membres peut être considérée comme juge et partie.

---

440 CF p. 102, n° 213.

441 Comité Consultatif du secteur financier : créé par l'article 22 de la loi n°203-706 du 1er août 2003 dite loi de sécurité financière (LSF) codifié à l'article L. 614-1 du code monétaire et financier.

442 Décret d'application n° 2004-850 du 23 août 2004, modifié par le décret n°2011-145 du 3 février 2011, codifié aux articles D. 614-1 et suivants du code monétaire et financier.

667 Il peut être saisi par plusieurs instances : le Ministre chargé de l'économie, l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, les organisations représentant la clientèle, les organisations professionnelles dont les membres sont issus. Il peut également se saisir de sa propre initiative à la demande de la majorité de ses membres.

668 Au sein de cette institution, les décisions se prennent par vote, avec voix prépondérante du président en cas de partage des voix, président qui est inspecteur général des finances.

b) Missions

669 Le CCSF a vu ses compétences élargies par la loi n° 2010-1249 de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010. Il est désormais chargé de suivre l'évolution des pratiques des établissements de crédit en matière de tarifs pour les services proposés à leurs clients personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels.

670 Pour le faire, il participe en partie au contrôle du respect des engagements pris par les professionnels dans le cadre des mesures proposées. Ainsi, l'article L. 623-29-1 du Code monétaire et financier dispose « le Ministre de l'économie peut demander à l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution de procéder auprès des personnes et dans des domaines qui relèvent de sa compétence à une vérification du respect des engagements pris par une ou plusieurs associations professionnelles représentant leurs intérêts dans le cadre des mesures proposées par le Comité Consultatif du Secteur Financier[443]. Les résultats de cette vérification font l'objet d'un rapport que l'Autorité remet au Ministre de l'économie et au Comité consultatif du secteur financier. Ce rapport mentionne, engagement par engagement, la part des professionnels concernés qui le respecte ».

671 Le rapport de l'observatoire des tarifs bancaires, l'OTB[444] publié en 2013 a notamment mis en lumière un développement des frais de tenue de compte par un recul de la gratuité en la matière, ce qui a conduit le Comité, à la demande du ministre, à enrichir l'extrait standard des tarifs bancaires avec la mention des frais de tenue de compte actif.

672 La loi de régulation bancaire du 22 octobre 2010[445] a donné plus de portée aux avis et recommandations du CCSF. Le ministre peut demander à l'ACPR de vérifier que les professionnels respectent bien les engagements qu'ils ont pris dans le cadre du CCSF.

---

443 Note d'information n° 136, « Comité consultatif du secteur financier », mai 2015.

444 L'observatoire des tarifs bancaires du CCSF est composé des représentants à égalité des banques et des associations de consommateurs.

445 Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

673 Les avis et recommandations d'ordre général du CCSF peuvent faire l'objet d'une réglementation, ainsi, le **CCSF intervient en amont** de l'adoption de certains textes dans les domaines de sa compétence définis par la loi.[446]

674 Par exemple le CCSF a été sollicité par le ministre de l'Economie et des Finances dans le cadre des débats parlementaires pour s'impliquer dans les différentes étapes des processus législatif et règlementaire concernant l'amélioration de la compréhension et de la comparabilité des principaux frais et services bancaires grâce à l'harmonisation de leurs dénominations, l'information préalable au prélèvement de certains frais bancaires et la clarification des règles applicables aux prêts immobiliers en devises.

675 Indépendamment de la précédente implication, le CCSF a poursuivi son action d'amélioration de la relation banque-client dans les domaines de la tarification et de la mobilité bancaires. Pour ce faire, il a suivi les pratiques des établissements de crédit et établissements de paiement en matière de tarifs bancaires applicables aux particuliers n'agissant pas pour des besoins professionnels, à travers son observatoire des tarifs bancaires (OTB).

676 Au cours des débats parlementaires relatifs à la loi de séparation et de régulation des activités bancaires[447], le Ministre de l'Economie et des Finances a demandé au président du CCSF de lui faire un rapport sur les modalités pratiques de la mise en place d'un dispositif d'information préalable sur les frais bancaires avant le débit du compte client. Pour répondre à cette demande, le président du CCSF a organisé une concertation avec ses membres et mené des auditions avec les parties prenantes à savoir : associations de consommateurs, établissements de crédit et organismes professionnels. A l'issue de cette concertation, le président a présenté un rapport qui propose de limiter les frais retenus pour cette information préalable aux frais de la rubrique « irrégularités et incidents » des plaquettes tarifaires bancaires.

677 Cette rubrique est issue du sommaire harmonisé des plaquettes tarifaires de tous les établissements et résulte des engagements déjà pris dans le cadre du CCSF et repris

---

446 Exemples : taux d'usure : article L. 313-5 du code de la consommation, droit au compte, charte d'accessibilité bancaire : article L. 312-1-1 du code monétaire et financier, charte d'inclusion et de prévention du surendettement : article L. 312-1-1A du code monétaire et financier.

447 Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. Article L. 511-47 à L. 511-50 du Code monétaire et financier.

par une norme de la Fédération Bancaire Française. Elle comprend trois catégories de frais : les commissions d'intervention, les opérations des particuliers et les incidents de paiement.

678 En ce qui concerne les modalités d'information, le rapport évoque un consensus pour présenter cette information préalable sous la forme d'un encadré spécifique figurant sur le relevé de compte. Il a été également proposé que le débit de ces frais ne s'effectue pas avant un délai de quatorze jours suivant la date de l'arrêté des comptes du relevé.

679 Les propositions de ce rapport ont été reprises dans l'article 66 de la loi de régulation bancaire et dans le décret n° 2014-739 du 30 juin 2014 relatif à l'information préalable du consommateur en matière de frais bancaires qui en précise les modalités d'application.

680 De surcroît, le CCSF avait été alerté depuis plusieurs années sur les difficultés pouvant résulter du montant et du nombre des commissions d'intervention prélevées par les établissements teneurs de comptes en cas d'incidents de fonctionnement de ces comptes.

681 En 2010, il s'était saisi de ce sujet et avait intégré dans les mesures dites du 21 septembre 2010 un engagement des banques à réduire de moitié, au moins pour ceux de leurs clients qui bénéficient de la gamme de moyens de paiements alternatifs au chèque (GPA), les montants et plafonds des commissions pour incidents de fonctionnement de compte. Les résultats des travaux du Comité ont fait l'objet de l'article 52 de la loi du 26 juillet 2013 qui dispose que les commissions d'incident perçues à raison du traitement des irrégularités de fonctionnement du compte seront plafonnées à un certain montant fixé par décret. Le décret 2013-931 du 17 octobre 2013 a précisé le montant des commissions d'intervention perçues par les établissements de crédit à huit euros par opération et à quatre vingt euros par mois.

682 Des plafonds spécifiques sont applicables aux personnes qui se trouvent en situation de fragilité, eu égard au montant de leurs ressources ou à celles qui bénéficient de services bancaires de base mentionnés à l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier. Ils sont fixés à quatre euros par opération et à vingt euros par mois.

2 – Les règles issues de la transposition du droit européen

683 Les différents accords de Bâle ont fait été transposés en droit européen. Récemment, les accords de Bâle 3 ont fait l'objet d'une **transposition en droit européen** par le CRDIV[448] qui comprend une directive[449] et un règlement[450]. C'est par son volume[451], la plus importante réglementation bancaire depuis la création de l'Union européenne. Il comprend aussi bien des points traités dans Bâle 3 mais adaptés à l'Union, c'est le cas par exemple de la définition des fonds propres ou le calcul des exigences, que des sujets non couverts par cet accord tels que la gouvernance des établissements de crédit, les modalités de leur surveillance, la définition du champ de leur régulation.

684 Le CRDIV a pour but d'améliorer l'application uniforme des nouvelles exigences prudentielles prévues par l'accord Bâle 3 et ce par le recours au règlement[452] pour définir une partie des nouvelles obligations. De ce fait, les matières traitées dans le texte ne relèvent pas des législations nationales car elles sont applicables immédiatement.

685 Pour décliner les principes du Comité de Bâle destinés à renforcer la résilience du secteur bancaire, la Commission européenne a tenu compte à la fois de la diversité des dispositions nationales qui régissent les sociétés commerciales et des spécificités des établissements à caractère mutualiste. Elle a ainsi apporté des précisions appropriées en matière de calcul des fonds propres au cours de la période transitoire de 2013 à 2019 et prévu des modalités particulières de déduction de participation dans les compagnies d'assurance conformément aux dispositions de la directive sur les conglomérats[453].

686 La transposition de Bâle 3 a fourni à la Commission l'opportunité de présenter des propositions précises en matière de gouvernance des établissements de crédit. Elles

---

448 Capital requirement directive JOUE du 27 juin 2013, L. 176.

449 Directive n° 2013/36/UE du Parlement et du Conseil concernant l 'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance des établissements de crédit et les entreprises d'investissement, modifie la directive n° 2002/06/UE.

450 Règlement UE n° 575 / 2013 du Parlement européen du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement. Modifie le règlement UE n° 648/2012.

451 691 pages dont 154 pour la directive et 537 pour le règlement.

452 Le règlement s'applique directement dans l'ensemble de l'Union contrairement aux directives sa mise en œuvre ne requiert pas de mesure nationale, de transposition, ce qui exclut par la suite toute mesure spécifique à un pays.

453 Directive 2011/89/UE du 16 novembre 2011 modifiant les directives 98/78/CE, 2002/87/CE en ce qui concerne la surveillance des entités financières des conglomérats financiers.

concernent l'organisation et le rôle des **organes sociaux** ainsi que la **surveillance des risques**.

687 Pour les organes sociaux, la Commission européenne propose **l'interdiction du cumul des fonctions de Président du Conseil et de Directeur général** « sauf si une telle situation est justifiée et approuvée par les autorités compétentes », la mise en place d'un comité de nomination, la limitation à deux le nombre des mandats d'administrateurs détenus par des membres de la direction générale et à quatre celui des autres membres du conseil, enfin la définition et la publication d'une politique de promotion de la diversité des membres des organes sociaux.

688 Pour la surveillance des risques, la Commission propose la **mise en place d'un comité des risques distinct au sein du conseil**, formé uniquement de membres n'exerçant pas de fonction dans la direction, ainsi qu'une filière risque dans chaque établissement. Elle propose de renforcer l'indépendance de cette filière en permettant à son responsable de rendre compte directement au conseil et en subordonnant son changement de fonction à l'approbation du conseil.

689 Pour unifier l'application de la réglementation, l'ABE[454] précise les mesures d'exécution nécessaires sous forme de « normes techniques » d'application directe[455]. L'article 45, paragraphe 2, de la directive 2014/59/UE donne à la Commission européenne le pouvoir d'adopter, après soumission de projets de normes par l'ABE et conformément aux articles 10 à 14 du règlement (UE) n° 1093/2010, des actes délégués précisant les critères d'évaluation de la méthode permettant de déterminer l'exigence minimum pour les fonds propres et les engagements éligibles.

690 Conformément à l'article 10, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1093/2010 instituant l'ABE, la Commission peut aussi, lorsque l'intérêt de l'Union l'impose, n'approuver le projet de norme que partiellement ou moyennant des modifications, dans le respect de la procédure spécifique prévue au dit article[456].

691 Pour remédier aux différences qui existent aussi bien dans les conditions effectives de surveillance que dans la nature des pouvoirs de sanction dont disposent les autorités nationales en cas de manquement à la réglementation en vigueur, le CRDIV[457]

---

454 Autorité bancaire européenne.

455 European Securities and Market Autority (ESMA), 1478 EN, 20 octobre 2016.

456 Commission européenne, Règlement délégué (UE) de la Commission du 23 mai 2016, complétant la directive n° 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation précisant les critères de la méthode permettant d'établir l'exigence de fonds propres et d'engagements éligibles. P. 2.

457 L'article 143 (1) du CRDIV, directive 2013/36-UE, précise les différentes catégories d'informations que les superviseurs doivent publier.

renforce les méthodes et les pouvoirs des autorités de surveillance en instituant l'élaboration systématique de programmes annuels de supervision[458] et en introduisant des principes communs en matière de sanctions notamment la fixation de critères minima pour l'application des sanctions en cas d'infractions et la publicité des sanctions prononcées[459].

692 Ainsi les autorités de supervision pourront désormais imposer aux personnes morales des sanctions pécuniaires plus élevées que précédemment, d'un montant maximum de 10 °/° du chiffre d'affaires annuel ou de deux fois l'avantage retiré du manquement, lorsqu'il peut être déterminé, et prononcer à l'égard des personnes physiques une suspension temporaire, une démission d'office ou une sanction pécuniaire d'un montant maximum de cinq millions d'euros[460].

693 En matière de procyclicité[461], il reviendra à chaque autorité compétente d'apprécier le niveau que devrait respecter les établissements soumis à sa surveillance en tenant compte des recommandations formulées par le Comité européen du risque systémique.

694 Pour ce qui relève des liquidités, la Commission européenne reprend les principes prévus par le Comité de Bâle pour la définition des ratios mais ne définit pas de méthode de calcul aussi détaillée et précise.

695 La directive CRDIV, prévoit la mise en place d'une **procédure d'alerte** en cas de manquement à des règles prudentielles. L'article 71 de la directive CRDIV comporte des dispositions en matière de « signalement des infractions » :

---

458 Le règlement annuel d'exécution n°650/2014 du 14 juin 2014 définit un format de publication commun, aux autorités nationales de contrôle, destiné à faciliter l'accès aux informations publiées et à permettre leur comparaison.

459 Rectificatif au règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et entreprises d'investissements.

460 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'UE en matière financière.

461 Phénomène d'amplification des interactions au sein du système financier ainsi qu'entre celui-ci et l'économie général.

- Les autorités compétentes doivent mettre en place des mécanismes pour encourager les signalements à leur intention des infractions potentielles ou avérées à des dispositions prudentielles bancaires comprenant des mesures de protection.
- Les établissements doivent instaurer des procédures appropriées permettant à leur personnel de signaler les infractions par un moyen spécifique, indépendant et autonome.

696 Ces dispositions ont été transposées dans le Code monétaire et financier par l'ordonnance du 20 février 2014 :

- Les articles L. 511-33 II et L. 531-12 II prévoient la possibilité pour le personnel des entités concernées et de leurs prestataires externes de signaler à l'ACPR des manquements potentiels ou avérés ;
- L'article L. 511-41 II impose aux entités concernées de mettre en place des procédures permettant à leur personnel d'effectuer des signalements, en interne (auprès des « responsables et comités compétents ») et vers l'ACPR, et de veiller à ce qu'aucun salarié ne soit sanctionné ou ne subisse de mesures discriminatoires pour avoir effectué de tels signalement de bonne foi[462]i.

697 Le CRDIV apparaît plus contraignant que l'accord Bâle 3 puisque ses dispositions devraient être respectées à la fois sur base consolidée[463] et sur base individuelle.

698 Les établissements de crédit doivent-ils rechercher à améliorer la gestion du risque ou à assurer la mission de service public qui est le maintien de la stabilité financière.

699 Ces objectifs sont-ils compatibles entre eux ?

700 L'Union européenne s'est donnée pour objectif de mettre en place un marché intégré des services bancaires et financiers, pour ce faire, elle veille à une harmonisation des services offerts au consommateurs sur leurs marchés nationaux.

701 Dans ce cadre, certaines règles résultent donc de la transposition du droit communautaire en droit interne.

---

462 ACPR, « Les dispositifs d'alerte, évolution des textes dans le secteur bancaire », De Ganay H., directeur des affaires juridiques, 25 juin 2015, p. 4.

463 Etats financiers d'un groupe de sociétés.

702 La directive 2013/36/UE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (CRDIV) et la directive 2011/89/CE du Parlement et du Conseil du 16 novembre 2011 qui concerne la surveillance supplémentaire des entités financières, des conglomérats financiers (directive FICOD) ont été transposées en droit français dans le Code monétaire et financier par les ordonnances n° 2013-544 du 27 juin 2013 et n° 2014-158 du 20 février 2014, le décret n° 2014-1315 et de nombreux arrêtés.

703 Il en de même de règles relatives à la protection des consommateurs qui portent sur la formalisation du devoir de conseil, la gestion des réclamations et des dispositifs de contrôle interne, la rédaction des clauses dans les contrats d'assurance vie et de produits financiers, la forme et le fond des publicités portant sur le crédit à la consommation.

704 Par exemple, pour ce qui concerne les frais prélevés sur les paiements électroniques (paiement par carte bancaire et retraits dans les distributeurs) d'un montant maximum de cinquante milles euros effectués par un résident d'un Etat membre dans un autre Etat ainsi que le coût des virements transfrontaliers dans la zone euro, dans la même limite maximale, sont alignés sur les frais similaires prélevés au niveau national[464], articles L. 133-12 à L. 133-25 du Code monétaire et financier.

705 Depuis le 28 janvier 2008, ces opérations sont facilitées par l'instauration du système de virement européen SEPA (Single Euro Payments area). Ce nouvel espace unique de paiement en euro permet de doter les pays membres de l'Union européenne d'une gamme unique de moyens de paiements en euros (virement, carte et prélèvement)[465], Articles L. 314-1 et suivants du Code monétaire et financier.

706 De surcroît, en matière de crédit à la consommation, la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008, transposée en droit français par la loi du 1er juillet 2010 contient des dispositions harmonisées avec pour objectif d'améliorer la protection des consommateurs européens[466].

---

464 Règlement CE n° 924/2009, relatif aux paiement transfrontaliers.

465 Règlement CE n) 260/2012, établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros et modifiant le règlement CE n° 924/2009.

466 Article L. 311-1 et suivant du Code de la consommation.

707 Ces règles relatives à la protection des consommateurs, déterminées en dehors des représentants de la profession bancaire sont difficilement contournables mais elles sont trop nombreuses et interviennent dans des domaines divers (consommation, pénal, responsabilité…) si bien qu'elles risquent de ne pas être appliquées dans leur intégralité. L'option d'application pourrait être déterminée par la nature et l'importance de la sanction infligée ou du sentiment d'impunité en cas de non respect de la règlementation.

708 Les règles applicables par les établissements de contrôle sont donc déterminées pour la plupart par des institutions dont les membres ont à les appliquer. Cet état de fait présente deux conséquences : d'une part les règles apportent des solutions à des situations concrètes rencontrées par les établissements de crédit, les termes utilisés sont très techniques et adaptés à la réalité de la profession ; d'autre part elles cherchent à répondre aux problèmes d'un secteur spécifique en faisant abstraction des interactions avec les autres acteurs de l'économie qui eux peuvent subir, directement ou indirectement, les répercussions du non respect ou de la mauvaise application des règles bancaires.

721 Les activités générées par l'intermédiation mettent la compréhension et le respect des clients au cœur de leur relation avec la banque. La place prise par les niveaux modes de contact avec les produits et services[467], le nombre et la variété des combinaisons qu'ils permettent entre eux compliquent la compréhension des clients.

722 La réglementation contribue à la transformation des relations entre les banques et leurs clients sous l'effet de dispositions ciblant précisément le cadre de cette relation[468]. Initialement développées dans le domaine de la gestion du patrimoine, les mesures de protection s'étendent aux autres services comme les assurances, les comptes de dépôts[469] les paiements et les crédits.

---

[467] A côté des réseaux traditionnels de guichets, de nouveaux moyens de distribution bancaire sont apparus avec l'usage du guichet automatique bancaire, du téléphone et du canal internet. L'accès d'une plus large partie de la population au réseau internet modifie les relations entre les banques et leur clientèle.

[468] Obligations d'information, de conseil, de mise en garde.

[469] Le contrat de dépôt de fonds met à la charge du banquier trois obligations : Obligation de vigilance au moment de la réception des fonds, obligation de les garder et obligation de les restituer.

723 Pour les activités relatives aux prestations de services connexes et d'investissement, le banquier supporte une obligation de compétence qui passe par une obligation de formation de son personnel, source de sécurité pour les consommateurs. De surcroît, la directive MIF[470] permet d'assurer une concurrence équitable dans l'Union européenne et surtout une protection adaptée des investisseurs non professionnels.

724 Ainsi, épargnants-investisseurs et prestataires de services d'investissement doivent être informés sur les prix et être en mesure de les comparer. L'obligation pour les prestataires de service d'investissement de mettre en place des procédures internes appropriées, écrites, permettant la catégorisation des clients protège les épargnants-investisseurs les moins avertis.

725 La directive MIF met en place des règles de conduite créatrices de droits renforcés pour les épargnants-investisseurs. Pour le faire, elle impose aux prestataires de services d'investissement d'agir de manière honnête, loyale et professionnelle et de fournir une information claire, correcte et non trompeuse[471].

726 Pour être efficace, toutes les règles à respecter par les établissements de crédit doivent être claires, adaptées et pouvoir être contrôlées et sanctionnées par un corps spécialement affecté à cet effet, indépendant des rédacteurs de normes. C'est la mission de l'ACPR.

§ 2 : Des règles inspirées par les professionnels du secteur bancaire

728 Les professionnels participent activement à l'élaboration de la réglementation qui leur est applicable. Ils **participent d'une part à la composition des organes de régulation et de contrôle (A),** d'autre part à **l'aménagement des pratiques (B).**

---

470 Directive n° 2004/39/CE sur les marchés d'instruments financier, transposée en droit français par l'ordonnance du 12 avril 2007, modifiée par la nouvelle directive n° 2013/65/CE.

471 Etude réalisée par l'Eurofi pour le Comité consultatif du secteur financier (CCSF), » Les objectifs de la directive MIF et les impacts prévisibles pour les épargnants-investisseurs français » p. 35.

A – Les professionnels acteurs des organes de régulation et de contrôle

729 Les banques françaises doivent respecter la législation européenne dans ce cadre, le processus Lamfalussy[472] initié le 5 février 2002 permet d'adopter des règlements ou directives mieux adaptés au terrain, dans la mesure où ils sont préparés après la consultation des acteurs concernés, et une plus grande harmonisation car la procédure prévoit davantage de coopération entre les régulateurs des différents Etats membres.

730 Cette démarche a été étendue en novembre 2003 au secteur des banques. La technicité des mesures envisagées suppose d'associer pleinement les professionnels à l'élaboration de la législation mais le développement de cette « comitologie » peut être perçu comme un obstacle au fonctionnement démocratique des institutions. Les comités ont pour mission d'adapter les règles juridiques à la réalité économique de leur secteur.

731 Les comités regroupent souvent des techniciens et experts qui assistent la Commission européenne[473] dans son rôle d'élaboration et d'exécution de la législation communautaire.

732 La technique de consultation de l'ensemble des parties concernées est un instrument privilégié de la recherche permanente de la règle adéquate.

733 La comitologie s'appuie sur l'un des deux fondements des sources réelles du droit : l'expérience[474]. Cette mission d'écoute a été confiée pour partie au Comité des régulateurs. Ces derniers sont ainsi en contact avec les sources réelles.

734 L'institutionnalisation des consultations dans le processus d'élaboration du droit communautaire laisse à penser que les professionnels peuvent être une source de

---

[472] Voir infra p. 205

[473] La Commission européenne est une institution de l'Union européenne créée en 1957, composée d'un commissaire par pays membre. Elle décide des politiques à mener au sein de l'Union et est chargée de veiller au respect des traités européens.

[474] P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in le droit privé français au milieu du XXe siècle, études offertes à G. RIPERT, LGDJ, t1, Paris , 1950 p. 9-27.

droit. L'avis des justiciables est pris en compte dans la procédure d'élaboration du droit, la négociation des règles générales et abstraites laisse sous entendre que le droit communautaire tend à retenir une approche plus conventionnelle que normative. Comme le souligne M. J. L. BERGEL, « la loi est le fruit de discussions et de compromis »[475]

735 Est-ce à dire que les professionnels élaborent les règles qui leur sont applicables ?

736 En partie seulement car les autorités qui assurent les consultations ont un véritable pouvoir de décision qui leur permet d'imposer des règles juridiques qui régissent la situation des parties consultées.

737 De surcroît, la demande des parties consultées ne les conduit pas à envisager leur propre situation : les règles communautaires ont une portée générale pour concerner à la fois les autorités régulatrices mais également les consommateurs. Les règles adoptées ont une portée plus large que la situation juridique des professionnels.

738 La prise en compte des attentes des professionnels ne révèle pas l'émergence d'un droit spontané défini comme « l'ensemble des règles de droit nées directement du comportement des intéressés pour répondre à leurs besoins, en l'absence de toute volonté normative »[476].

739 La Commission européenne rappelle régulièrement qu'il n'appartient pas aux Comités des régulateurs de définir des normes juridiques[477] mais il faut constater que les avis techniques et les lignes directrices constituent des règles fixant la conduite à tenir pour les différents protagonistes du secteur bancaire.

740 Leurs avis et leurs recommandations ont une finalité normative qui ne se limite pas à donner une opinion. Ils contiennent des règles juridiques même si l'entrée de celles-ci dans l'ordre juridique implique d'être entérinée par les institutions européennes pour les premières et par les autorités nationales pour les secondes. Toutefois, les

---

475 J. L. BERGEL, « Méthodologie juridique, théorie générale du droit », Dalloz coll. Méthodes du droit, 4e éd., 2004 p. 241.

476 P. DEUMIER, « Les qualités de la loi », RTD civ. Janvier/mars 2005, p. 93-97.

477 CERS/03-399 décembre 2003 ; advice on level 2 implementing measures for the prospective directive.

établissements de crédit ne règlent pas eux-mêmes totalement le cadre juridique de leurs activités, sauf en cas de sollicitation des institutions européennes.

741 Historiquement, le secteur bancaire s'est toujours vu reconnaître la capacité à règlementer lui-même une partie de ses activités sous des formes très variées[478].

B – La participation des professionnels à l'aménagement des pratiques

La Commission européenne n'hésite pas à reconnaître aux entreprises privées la faculté de s'auto organiser, écartant l'utilisation des instruments législatifs habituels ce qui a des conséquences sur la comitologie qui perd le contrôle des questions qui relèvent de l'autorégulation.

L'exemple le plus pertinent concerne l'espace unique des paiements car la comitologie ne participe pas directement à l'élaboration de celui-ci. Outre l'autorégulation confiée aux différents acteurs du marché, cette question relève aussi de la compétence de la BCE[479]. En effet, l'article 105 § 2 CE prévoit qu'il appartient au système des banques centrale de « promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiements ».

742 Agissant comme praticiens au sein de l'organisme international de contrôle bancaire ne leur est-il pas plus facile de trouver des parades, des moyens pour contourner des règles de prudence qu'ils ont eux-mêmes établies ?

743 Techniciens du secteur, ils disposent d'informations spécifiques nécessaires à l'élaboration de la réglementation qui peuvent être volontairement occultées, c'est le cas des opérations hors bilan qui augmentent la prise de risque et permettent ainsi de ne pas appliquer les règles prudentielles.

744 Les règles prudentielles quelle que soit leur source sont complétées par des dispositions nationales qui régissent les relations des établissements de crédit avec leurs clients.

745 Sous la pression des Autorités de surveillances, les banques ont établi une série de normes auxquelles elles se soumettent volontairement. Les codes déontologiques définis par G. CORNU comme « un ensemble de devoirs inhérents à l'exercice d'une

---

478 E. WYMEERSCHE, "From harmonisation to integration in the european securities markets", Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation 1981, p. 1-19.

479 Com. CE, Nouveau cadre juridique pour les paiements dans le marché intérieur 2 décembre 2003.

profession libérale et le plus souvent défini par un ordre professionnel »[480] ou de façon plus synthétique comme une « morale utilitaire »[481]. Ces codes ou soft law permettent d'allier activité économique et encadrement juridique. Pour être effective, la règle de droit doit être calquée sur le mouvement économique, or celui-ci, en matière bancaire est évolutif et surtout très technique.

746 La déontologie régit un mode d'exercice d'une profession en vue du respect d'une éthique. C'est un ensemble de droits et devoirs qui régissent la profession. Ces droits et devoirs affichés sont-ils appliqués dans les faits ? Les objectifs entre la théorie des règles et les objectifs commerciaux sont souvent contradictoires, des procédures déontologiques peuvent être détournées à des fins commerciales[482].

747 Les codes déontologiques confirment l'idée de la doctrine de voir apparaître un « droit d'initié [483]» qui ne contraindra jamais davantage que la réglementation étatique, illustrée dans l'élaboration des règles prudentielles.

748 Les codes déontologiques seraient-ils l'expression d'une victoire de l'apparence formelle sur la transparence réelle [484]?

749 En matière bancaire, les **règles déontologiques** s'expriment à travers une sorte de « co-régulation »[485] que la sphère publique accompagne et entérine. Il semble exister implicitement, pour donner vigueur aux codes de bonne conduite, « un contrat de régulation » entre les pouvoirs publics et l'initiative privée qui s'équilibre par un processus d'homologation et d'approbation.

---

[480] G. Cornu, Vocabulaire de l'Association H. Capitant, PUF, 8e éd. 2000.

[481] B. Beignier, « Déontologie, dictionnaire de la culture juridique », Lamy, PUF, coll. Quadrige, 2003.

[482] Par exemple les questionnaires utilisés peuvent ne pas remplir les objectifs de connaissance du client au sens de l'obligation professionnelle mais peuvent être assez indiscrets pour permettre la classification des clients pour la vente.

[483] J. Ph. Kovar et j. Lasserre Capdeville, Droit de la régulation bancaire, Banque 2012 n° 776

[484] L'opportunisme des codes de déontologie est parfois nettement affiché. C'est le cas dans le code déontologique des banques et banquiers du Luxembourg p. 2 qui vise « le bon renom » de la place.

[485] X. Dieu, Droit, morale et marché : réflexions sur l'autorégulation en droit des sociétés et en droit financier, dans « La régulation économique dans la vie des affaires », Bruylant 2007.

750 Afin de faciliter l'opposabilité à tous les établissements de crédit des **codes de bonne conduite** et leur conférer une valeur plus contraignante, le rapport DELMAS – MARSALET[486] préconisait d'associer les pouvoirs publics à l'édiction des normes déontologiques. Il s'agit d'une co-régulation par homologation ou approbation des codes.

751 Les failles du contrôle peuvent donc s'expliquer par la diversité des sources des règles applicables au secteur. De surcroit le contrôle de l'ACPR porte sur un nombre très important d'opérations et de pratiques bancaires et son champ d'intervention est parfois limité.

Section 2 : Difficulté des moyens de contrôle de l'ACPR sur le secteur bancaire

Le contrôle s'exerce sur les procédures et les structures mises en place, à l'initiative des établissements de crédit pour limiter les risques et ce conformément à la réglementation. Les domaines qui relèvent du contrôle sont limités.

Le champ **d'intervention très large de l'ACPR** entraine des difficultés d'appréhender tous les secteurs d'activités bancaires **(§1**) et de veiller à l'application de toutes les règles bancaires.

Certaines activités restent exclues, comme le « shadow banking » et les **recours contre les décisions de l'ACPR font obstacle aux sanctions et à leur caractère dissuasif (§2).**

§ 1 : Étendue du champ d'intervention de l'ACPR

750 Le contrôle sur l'application de la réglementation concerne, outre les cas d'absence d'agrément, une catégorie de contrats ou d'actes : opération d'arbitrage, droit au compte, organisation effective du contrôle interne.

---

[486] Rapport du 21 novembre 2005 relatif à la commercialisation des produits financiers par les établissements de crédit.

Une grande liberté est accordée aux établissements de crédit à la fois dans les procédures internes mises en œuvre pour l'application des règles impératives et dans les domaines non règlementés[487]. Elle affaiblit le contrôle.

751 Le champ d'intervention de l'ACPR est donc très large : il inclut **une trop grande variété d'opérations et obligations bancaires (A)** mais **exclut le « shadow banking » des contrôles (B)**.

A – Nombreux secteurs d'intervention

L'ACPR agit pour vérifier, d'une part, la mise en œuvre des règles prudentielles, d'autre part, les pratiques et bonnes conduites bancaires. Elle le fait, entre autres, dans le cadre de sa contribution à la stabilité du système financier.

a) Pour vérifier la mise en œuvre des règles prudentielles

752 Les établissements de crédit sont en partie des acteurs de l'exécution des politiques monétaires. Leur rôle est d'adapter les moyens de paiement aux besoins de l'économie afin d'éviter d'une part un excès de création de monnaie génératrice de hausse des prix et de déséquilibre de la balance des paiements, d'autre part une insuffisance de liquidité susceptible de freiner l'activité économique et de provoquer une hausse des taux d'intérêt préjudiciable aux investissements et à l'emploi.

753 L'ACPR par le **contrôle des agréments** agit indirectement sur la quantité de monnaie en circulation puisque les banques sont créatrices de monnaie scripturale mais elle n'intervient dans le fonctionnement des établissements de crédit que par la surveillance des procédures de contrôle. Est-ce suffisant pour assurer la stabilité du système financier ?

754 L'ACPR exerce une surveillance permanente de l'ensemble des organismes du secteur bancaire par le biais d'une combinaison de contrôles permanents et de contrôles sur place qui visent à assurer une analyse détaillée des établissements assujettis.

755 **Le contrôle sur place** vérifie au moyen d'enquêtes approfondies la situation prudentielle des établissements soit par le biais d'enquêtes sur un thème donné, soit

---

[487] Domaine non règlementé ou système bancaire parallèle qui crée des sources supplémentaires de financement et offre aux investisseurs des solutions de remplacement aux dépôts bancaires.

par une vérification générale de la situation financière, des principaux indicateurs prudentiels et des dispositifs de contrôle interne[488].

756 L'ACPR a prononcé 705 avis pour la désignation des commissaires aux comptes par les établissements assujettis au contrôle permanent.

Dans le cadre de sa mission de surveillance prudentielle, l'ACPR s'assure que les commissaires aux comptes des personnes assujetties à son contrôle présentent toutes les garanties d'expérience, de compétence et d'indépendance nécessaires à l'exercice de leur mission[489].

L'avis peut être biaisé dans la mesure où, cinq années après l'exercice de leurs fonctions, les personnes ayant été dirigeantes, ou salariées de l'établissement de crédit, peuvent être nommées commissaire aux comptes de cette personne morale. De surcroît, elles peuvent être actionnaires, associées ou dirigeants de la société de commissaires aux comptes contrôlant cette personne morale.

757 Dans la mesure ou les banques sont libres de mettre en place les procédures nécessaires pour le respect de la réglementation, le contrôle de l'ACPR porte sur le dispositif mis en place dans le cadre du contrôle interne et des pratiques commerciales.

Par exemple au sein de la direction des Actions et dérivés actions (GEDS) de la banque de financement et d'investissement de la société générale (SGCIB), le trader Kerviel chargé de réaliser des opérations d'arbitrage pour compte propre de la banque a été accusé d'être sorti des limites d'engagement qui lui étaient attribuées. En juillet 2008, la Société Générale a été condamnée par la Commission Bancaire à une amende de 4 millions d'euros pour des carences dans son dispositif de contrôle[490].

758 De même, le Groupe Caisse d'Epargne a connu des déboires en octobre 2008 après avoir été sanctionné en 2006 par la Commission bancaire pour des lacunes en matière d'organisation du contrôle interne. Aux dires de la banque, l'équipe des dérivés d'actions[491] n'a pas respecté certaines limites en termes de montants investis sur le marché des dérivés d'actions en dépit des instructions qu'elle avait reçues. La banque a été condamnée à une amende de 20 millions d'euros pour avoir d'après la

---

488 www.acpr-banque de France.fr, « le contrôle bancaire ».

489 Conformément à l'article L. 612-43 alinéa 1 du Code monétaire et financier.

490 Bulletin officiel du CECEI et de la Commission bancaire n°5 juillet 2008 p. 16.

491 Opérations financières effectuées par une banque, sanctionnée par la Commission bancaire.

Commission « enfreint plusieurs dispositions essentielles de la réglementation applicable en matière de contrôle interne des opérations de marché »[492].

759 Dans une décision rendue le 11 avril 2014, la Commission des sanctions de l'ACPR a prononcé à l'encontre de la Société Générale un blâme et une sanction pécuniaire de 2 millions d'euros pour n'avoir pas pris toutes les mesures destinées à assurer la mise en place de l'ensemble des obligations légales applicables aux bénéficiaires du « droit au compte ». La banque n'avait pas intégré dans sa documentation interne relative au contrôle interne et ses procédures les évolutions législatives et réglementaires relatives « au droit au compte ». Le dispositif ne comportait pas les points sur lesquels le contrôle devait porter[493].

760 Pourquoi les établissements ne respectent-ils pas les règles ? Pourquoi malgré les contrôles a priori certaines banques connaissent-elles des échecs dans leurs procédures ?

761 Des décisions se fondent sur l'article 11-7 du règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit, et l'arrêté du 19 janvier 2010[494], lequel impose aux établissements de crédits de se doter d'une organisation et de procédures internes propres à assurer le respect des textes applicables en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

762 Le premier texte prévoit que la conception, l'organisation et les procédures du dispositif de contrôle soient laissées à la libre appréciation de l'établissement de crédit, l'ACPR ne contrôlant que la mise en place du contrôle.

763 C'est ainsi qu'elle a, dans une décision rendue le 10 janvier 2013, condamné la Banque Populaire Côte d'Azur à un blâme assorti d'une sanction pécuniaire de 500 000 € pour sanctionner les manquements aux obligations déclaratives et de vigilance en matière de contrôle. Les moyens affectés au contrôle périodique étaient insuffisants[495].

---

492 Bulletin officiel du CECEI et de la Commission bancaire n° 17 juillet 2009 p. 8.

493 ACPR, Banque de France publication : décision de la commission des sanctions procédure 2013-04.

494 L'arrêté du 19 janvier 2010 modifie le règlement 97-02 relatif au contrôle interne des établissements de crédit.

495 Recueil de jurisprudence de l'ACPR ; décision de la Commission des sanctions n° 2012-04 du 10 janvier 2013.

764 De même, il a été prononcé à l'encontre de la Banque Populaire des Alpes, dans une décision rendue le 29 janvier 2012, un blâme assortie d'une sanction pécuniaire de 200 000 € pour défaut de vigilance et carence dans l'organisation des procédures internes indispensables au respect des obligations déclaratives dans le cadre de l'article R. 563-1 du code monétaire et financier qui impose aux banques d'identifier le « bénéficiaire effectif » des transactions défini comme « la personne pour le compte de laquelle l'opération est en réalité effectuée ou demandée »[496].

765 La Commission des sanctions de l'ACPR a condamné le LCL[497] à un blâme et une sanction pécuniaire de deux millions d'euros dans sa décision rendue le 3 juillet 2013 pour non respect, entre autres, des procédures de contrôles périodique et permanent. La Commission relève que « les modalités d'identification des comptes ouverts en vertu du droit au compte ne peuvent servir de base fiable aux contrôles à réaliser sur cette activité dans la mesure où certains comptes sont identifiés, à tort, comme relevant de ce dispositif »[498].

766 En 2011, 570[499] décisions du collège de l'ACPR ont été prises dont 23 mesures de police administrative, 44 injonctions et 3 ouvertures de procédure disciplinaires, soit respectivement 4%, 7,7% et 0,5%. Les résultats peuvent s'expliquer par la réticence de l'Autorité et par la mise en place d'instruments de transparence de l'action de l'ACPR : chartes et modalités de contrôles.

767 En 2012, 498[500] décisions de l'ACPR ont été rendues dont 51 mesures de police administratives, 9 ouvertures de procédures disciplinaires et 23 injonctions en matière d'exigence de fonds propres. L'année 2012 a connu un essor des procédures de mise en demeure. Elles ont concerné les ratios prudentiels (liquidité, solvabilité…), les procédures de contrôle interne et la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

---

496 Recueil de jurisprudence de l'ACPR ; décision de la Commission des sanctions n° 2011-01 du 29 janvier 2012.

497 La marque LCL est née après le rapprochement entre le Crédit Lyonnais et crédit Agricole S.A.

498 Recueil de jurisprudence de l'ACPR ; décision de la Commission des sanctions n° 2012-09 du 3 juillet 2013.

499 Rapport ACPR 2011

500 Rapport ACPR 2012

768 En 2014 neuf décisions ont été rendues[501]. La Commission des sanctions de l'ACPR a prononcé six blâmes et une interdiction d'exercice d'une durée de dix ans assortis de sept sanctions pécuniaires d'un montant cumulé de 102,13 millions d'euros[502]. Au 31 décembre 2014, deux recours des décisions étaient en cours d'instruction devant le Conseil d'Etat[503] :

- La décision du 25 novembre 2013 concernant la Caisse d'épargne et de prévoyance du Languedoc-Roussillon. La banque demandait l'annulation de la décision par laquelle la Commission des sanctions a prononcé à son encontre un blâme et une sanction pécuniaire d'un montant d'un million d'euros[504]. La demande a été rejetée par le Conseil d'Etat le 20 janvier 2016.
- La décision du 11 avril 2014 relative à la Société Générale qui avait été sanctionnée par un blâme et une amende de deux millions d'euros[505]. Sanctions annulées par la Conseil d'Etat dans un arrêt du 14 octobre 2015.

765 En 2015, onze décisions ont été rendues par la Commission des sanctions de l'ACPR soit une progression de 18°/°. Dans sept cas, la Commission a prononcé un blâme, dans deux cas, un avertissement et dans un cas, une radiation avec interdiction d'exercer la profession de changeur manuel pour une durée de dix ans. Ces sanctions non pécuniaires, ont été assorties de sanctions pécuniaires allant de 10 000 euros à 5 millions d'euros et atteignant un montant cumulé de 9,33 millions d'euros. Contre 102,13 millions en 2015[506] soit une baisse d'environ 91°/°.

766 En 2013, le collège de l'ACPR a rendu 502[507] décisions dont 91 mesures de police administratives ou mesures contraignantes de même nature, 18 injonctions et 8 ouvertures de procédures disciplinaires, les autres décisions (décisions individuelles portant sur les demandes d'agrément, de modification de situation, d'autorisation et de dérogations.

767 Les établissements de crédit ayant l'initiative de la conception, de l'organisation et de la mise en place des procédures de contrôle, l'Autorité supervise les modalités de

---

501 ACPR, Rapport d'activités 2015, p. 108.

502 ACPR, Rapport d'activités 2015, p. 111.

503 ACPR, Rapport d'activité 2015, p. 116.

504 Procédure n° 2012-01, décision du 25 novembre 2013.

505 Procédure n° 2013-04, décision du 11 avril 2014.

506 ACPR, Rapport d'activité 2016 p. 104.

507 Rapport ACPR 2013

contrôle : étapes, objet, effectif dédié au contrôle. Elle contrôle également le ratio entre l'effectif dédié et la taille de l'établissement ainsi que les modalités d'exploitation des résultats du contrôle.

768 Pourquoi l'Autorité doit-elle se limiter à l'inspection des conditions de mise en place ? Pourquoi avoir laissé autant de liberté aux établissements dans l'application des dispositions légales ?

769 La surveillance, l'ACPR porte également sur les pratiques et bonnes conduites des banques.

b) Pour vérifier les pratiques et bonnes conduites bancaires

La vérification porte sur les pratiques mises en œuvre dans le cadre de la protection des consommateurs et des crédits destinés aux entreprises.

1 – La protection des consommateurs.

Cette protection qui est assurée en partie par l'ACPR lors de ses contrôles relève davantage de la protection judiciaire et se fait à la demande de la clientèle.

770 D'une manière générale, les contrôles des pratiques commerciales, ont révélé une insuffisance dans les moyens informatiques mis en œuvre et une inadéquation entre le profil du client et le produit bancaire finalement proposé.

771 **Les besoins et exigences du client** doivent être recensés et formalisés sur un support durable ainsi que le conseil donné.

Des preuves de l'effective délivrance de conseil ainsi que de son caractère clair et transparent, doivent être recueillies sur un support durable. La formation du personnel en relation avec la clientèle est un levier des conseils de qualité[508].

---

[508] La loi Lagarde n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant sur le crédit à la consommation a imposé la formation des « vendeurs » de crédits et le décret 2011-1871 du 13 décembre 2011 précise le contenu de la formation : connaissance des crédits à la consommation, caractéristiques des crédits distribués (taux annuel effectif global, montant total du crédit, durée, montant et contenu des échéances, modalités de garantie du crédit), droits et obligations de l'emprunteur et démarches d'avertissement et de prévention du surendettement.

772 Les contrôles ont également révélé un déficit d'informations sur le traitement des réclamations, une insuffisance d'organisation et un manque de professionnalisme qui ne permettent pas de garantir une information claire et transparente sur les modalités de traitement des réclamations.

773 Ils ont de surcroît mis en exergue que la cartographie des risques ne prenait pas toujours en compte les risques liés au non respect des règles de protection de la clientèle, tels que le manque de mise en place de procédures, des carences dans la consultation des services juridiques ainsi que des manquements à la confidentialité des pièces liées à la santé des clients.

774 L'ACPR et l'AMF ont analysé, dans le cadre de leur contrôle des difficultés rencontrées par les clients en matière de réclamations faites auprès des établissements de crédit, 55 000 appels téléphoniques en dix mois sur leur plate forme commune. Elles ont observé trois sources de dysfonctionnements : absence ou interlocuteur non identifiable en cas de réclamation, absence de formalisation de procédure dans le traitement des réclamations et aucune incidence positive de la réclamation quant aux pratiques internes des établissements de crédit[509].

775 En conséquence, ces autorités ont publié la recommandation 2011-R-05 sur le traitement des réclamations qui s'oriente vers la garantie d'une information claire, compréhensible et transparente sur les réclamations, un traitement efficace et harmonisé de ces dernières et une incitation des professionnels à exploiter les informations provenant des réclamations pour mettre en place des actions correctrices et améliorer leurs procédures.

776 Au cours de l'année 2011, 67 contrôles sur place ont été conduits dont 5 recommandations publiées soit environ 7,5% des contrôles.

777 Le résultat du contrôle et de l'analyse est la nécessité d'une meilleure application de la réglementation en ce qui concerne la gestion des comptes, les offres de prêts et l'information du client.

778 Le contrôle permanent s'est appuyé sur des analyses approfondies de l'information qualitative et quantitative de nature prudentielle comptable et financière que les établissements remettent périodiquement ou à la demande de l'ACPR.

---

509 Pôle Commun ACPR/AMF rapport annule 2013.

779 Ces analyses font l'objet d'échanges et de discussions tout au long de l'année avec les principaux responsables des établissements (environ 1200 réunions et 30 visites sur place ont eu lieu en 2013).

780 Il apparaît que l'évaluation par l'ACPR du profil de risque des établissements est effectuée sur la base d'une méthodologie interne appelée ORAP2, qui prévoit une analyse de l'ensemble des risques auxquels les établissements sont exposés en fonction de la nature, du volume et de la complexité de leurs activités ainsi qu'une analyse de la qualité de leur dispositif de contrôle interne. En fonction du résultat de ces analyses, l'ACPR peut décider d'imposer aux établissements des exigences en capital allant au delà des minima réglementaires.

781 La supervision des modalités de contrôle s'avère t-il suffisant ? Serait-il possible d'intervenir sur la conception ou l'organisation du contrôle en cas de modification de l'environnement ou d'élargissement d'activités. Seules les établissements de crédit connaissent précisément les principaux risques générés par leurs activités. Il pourrait y avoir des omissions dans la mesure ou certaines activités en apparence non risquées peuvent porter atteinte à la rentabilité de l'établissement[510].

782 De surcroit, le plus souvent, la réglementation vise soit une catégorie de contrats soit une catégorie d'actes, ce qui permet aux établissements de crédit d'agir selon leur bon vouloir dans les autres domaines.

783 Un système de contrôle interne efficace nécessite de connaître et d'évaluer en permanence les risques importants qui pourraient compromettre la réalisation des objectifs de la banque.

784 Une révision des contrôles est nécessaire pour évaluer de manière appropriée tout nouveau risque.

785 Comment apprécier la nature des risques liés aux nouveaux produits[511] ? Comment l'intégrer dans le processus de contrôle interne ? Quel intérêt présente cette prise en compte du risque pour la banque ?

---

[510] Créances à risque (créances d'Etats en difficulté), nouveaux acteurs sur le marché bancaire (comme c'est le cas pour l'opérateur Orange).

[511] Produits dérivés par exemple. L'innovation financière a créé des produits dérivés de plus en plus complexes.

786 Un système de contrôle adéquat pour des produits simples dans un environnement donné, peut s'avérer inefficace pour les produits complexes ou en fonction des modifications de l'environnement[512].

787 Dans certains domaines la loi précise la nature, les contrats et les personnes bénéficiant d'une protection[513], les établissements peuvent ainsi négocier librement les termes des contrats lorsqu'ils signent avec des interlocuteurs ou pour les contrats non visés par les textes.

788 Dans le cas des concours des établissements de crédit aux consommateurs, le contrôle de l'ACPR peut être limité.

789 En matière de crédit à la consommation, la loi détermine les personnes ainsi que les crédits. Ainsi l'article L. 311-1, 2° du Code de la consommation ne vise que l'emprunteur ou le consommateur personne physique qui agit dans un objectif autre que commercial ou professionnel.

790 Les personnes physiques agissant pour des besoins professionnels ainsi que les personnes morales sont soumises à des dispositions moins contraignantes[514]qui portent principalement sur les formalités que doit respecter le banquier lorsqu'il réduit ou interrompt tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, accordé à une entreprise.

791 La liberté du banquier en matière de réduction ou d'interruption de crédit n'est pas absolue. Le banquier est soumis à un certain formalisme ; d'une part, il doit notifier par écrit la réduction ou la rupture de crédit, d'autre part, il doit respecter un délai de préavis d'au moins soixante jours lors de l'octroi du crédit[515]. Néanmoins, la jurisprudence a estimé que le respect du délai de préavis n'était pas applicable si la

---

512 Baisse des taux intérêt, quelles conséquences en matière de risques pour les établissements de crédit ?

513 Par exemple l'article L 312-1-3 du Code monétaire et financier modifié par l'ordonnance n° 2016-1808 du 22 décembre 2016 prévoit que les établissements bancaires proposent une offre spécifique aux consommateurs qui se trouvent en situation de fragilité financière sur la base de certains critères. De même, en juin 2015, à l'occasion des Assises des moyens de paiement, les banques ce sont engagées à réduire de manière significative le seuil minimum de commission perçue auprès des commerçants.

514 Article L. 313-12 du code monétaire et financier.

515 Ce délai est d'ordre public, auparavant fixé par décret, il a intégré l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier par l'article 1er de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

réduction ou l'interruption du crédit résultait de l'accord des parties[516]. De surcroît, au termes de l'article 313-12 alinéa 2 du Code monétaire et financier, le banquier n'est pas non plus tenu de respecter le délai de préavis en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou si ce dernier se trouve dans une situation irrémédiablement compromise.

792 Les crédits occasionnels peuvent faire l'objet d'une rupture immédiate sans engager la responsabilité du banquier.

793 L'article L. 311-1, 4° du code de la consommation énumère les opérations de crédit concernées soit ; les délais de paiement, les prêts et les découverts et précise les opérations exclues du champ d'application du crédit à la consommation, dont font partie les crédits immobiliers.

794 Sont exclues de la réglementation les autorisations de découvert inférieures à un mois, au lieu de trois auparavant, ainsi que les crédits inférieurs à trois mois assortis d'aucun intérêt ou alors de frais négligeables[517]. D'où plus de crédits couverts par la protection.

795 Les articles L. 312-1 et suivant du Code de la consommation régissent le contrat de crédit immobilier. Il ne concerne que le financement d'immeubles à usage d'habitation ou à usage mixte ainsi que les achats de terrains destinés à la construction de tels immeubles. Ne relèvent donc pas du champ d'application des articles les crédits immobiliers destinés au financement d'une activité professionnelle.

796 L'ACPR vérifie, par le biais des réclamations qu'elle reçoit, des enquêtes et des contrôles sur place qu'elle réalise si l'établissement de crédit a délivré des conseils adaptés et n'a pas entravé son devoir de loyauté envers le client. L'Autorité veille à ce que toute la relation contractuelle ; de l'entrée en pourparlers à l'exécution du contrat soit soumise au contrôle interne et que les documents qui prouve ce contact fasse l'objet d'une traçabilité et d'un archivage[518]. Les consommateurs peuvent engager la responsabilité des banques par l'utilisation de l'action de groupe[519] qui est une procédure collective qui permet à des consommateurs, victimes d'un même préjudice,

---

516 Cas. Com. 14 janvier 1992, n°90-10966, Bull. civ. IV, n°11, p. 8, Revue Droit Bancaire et Bourse, mars-avril 1992, com. N°10, p. 72-73, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

517 Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, art. 7 ; décret n° 2011-304 du 22 mars 2011 déterminant les modalités de remboursement minimal du capital emprunté à chaque échéance pour les crédits renouvelables. Articles D 311-4-1et D. 311-4-2 du code de la consommation.

518 Conférence de l'ACPR, « Le contrôle des pratiques commerciales : actualités nationales et européenne », 25 novembre 2016.

519 Procédure introduite par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Dans cette procédure, les plaignants peuvent collectivement se défendre avec un seul dossier et un seul avocat.

de la part d'un professionnel, de se regrouper et d'agir en justice pour obtenir réparation.

797 Pour Les opérations et contrats exclus, l'ACPR ne sanctionne pas les pratiques utilisées par les établissements de crédit. C'est au client d'engager des négociations avec sa banque pour déterminer les obligations contractuelles.

2 - Les crédits destinés aux PME

798 Pour les crédits souscrits par les PME, le contrôle est limité parce que certaines règles ont un champ d'application réduit et d'autres laissent une certaine liberté aux établissements de crédit mais les pouvoirs publics peuvent restreindre cette liberté à des fins économiques.

799 L'article 1er de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers impose au banquier un devoir de justification du refus d'octroyer un crédit. En d'autres termes, l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier impose à l 'établissement de crédit de fournir, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de la réduction ou de l'interruption du crédit. L'obtention de ces informations ne concerne que les entreprises et non les particuliers.

De surcroît l'article L. 313-12 du même Code impose aux établissements de crédit de fournir aux entreprises, qui en font la demande, leur notation et une explication sur les méthodes d'évaluation ayant abouti au refus du crédit. Le devoir de justification imposé par la loi, n'est donc effectif que si l'entreprise en fait la demande.

800 Les pouvoirs publics, en 2008, afin d'inciter les banquiers à ne pas cesser l'octroi de crédit aux entreprises en bonne santé financière même en temps de crise ont créé le médiateur de crédit, placé auprès du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

Ce médiateur s'efforce de régler les difficultés qu'un chef d'entreprise, un artisan, un commerçant, une profession libérale, un créateur ou un repreneur d'entreprise et enfin un entrepreneur individuel rencontre avec sa banque en matière de financement ou de trésorerie.

801 Le but étant d'aboutir à un règlement amiable des conflits. La mission du médiateur de crédit s'inscrit dans un objectif de financement de l'économie et de veille de la manière dont les banquiers accordent des prêts aux entreprises. Ces derniers seraient

contraints d'octroyer les crédits si toutes les conditions sont favorables, conformément aux engagements pris par les banques dans le cadre du plan de soutien à l'économie.

802 Cependant, l'accord signé entre la Fédération bancaire française et l'Etat[520], ne comporte aucune obligation de contracter pour le banquier. L'article 6 du texte précise que si aucune solution n'a été trouvée entre le banquier et l'entreprise, le médiateur clôt la médiation en échec. Quant aux établissements de crédit, ils s'engagent seulement à participer de bonne foi au processus de médiation. S'il refuse de suivre la recommandation du médiateur, le banquier doit uniquement exposer les raisons de ce refus.

803 Dans le cadre du contrôle des pratiques bancaires, l'ACPR met l'accent sur les dispositifs de contrôle utilisés par les établissements de crédit en cohérence avec leur structure et la singularité de leurs opérations. Certains contrats ou acteurs sont, du fait de la réglementation et / ou de leur statut exclus de tout contrôle.

804 L'ACPR effectue certains contrôles particuliers dans le cadre de sa mission de contribution à la stabilité financière.

c) Pour contribuer à la stabilité financière

805 Outre le contrôle des établissements de crédit, l'ACPR a pour rôle d'assurer la stabilité du système financier, condition indispensable à la croissance économique. En effet, l'encouragement à l'épargne financière peut entraîner un assèchement des ressources disponibles pour le financement de l'activité entrepreneuriale sans laquelle il ne peut y avoir constitution physique de patrimoine, création de richesses.

806 Comment l'ACPR peut-elle y contribuer ? Quels sont les moyens dont elle dispose ?

Autorisations et retraits d'agréments

807 Le moyen utilisé par l'ACPR pour contribuer à la stabilité du système bancaire et financier, outre la surveillance permanente des personnes soumises à son contrôle, est la délivrance et le retrait d'agréments aux organismes du secteur de la banque opérant en France. Pour cela, elle s'appuie sur plusieurs directions en charge des agréments,

---

520 Fédération bancaire française, Accord de place sur la médiation du crédit aux entreprises, avril 2011.

du contrôle bancaire mais aussi des études afin d'analyser les risques auxquels peut être exposé le secteur bancaire dans son ensemble.

808 La variation du nombre des agréments délivrés ou retirés permet d'estimer les acteurs intervenant sur le marché monétaire et en quelque sorte l'offre potentielle de monnaie en circulation. Certains établissements tardent à demander le retrait d'agrément ce qui peut fausser l'appréciation de l'ensemble des acteurs du marché.

809 La demande et le retrait d'agrément sont des démarches volontaires émanant de l'appréciation exclusive des établissements, l'ACPR ne peut les contraindre à agir dans ce domaine.

810 En 2012, 318 dossiers concernant le secteur bancaire ont été instruits par la direction des agréments, des autorisations et de la réglementation de l'ACPR.

811 20 retraits d'agrément ont été prononcés pour les établissements de crédit.

812 Au cours de l'année 2012, le secteur bancaire s'est caractérisé par un mouvement de rationalisation et le développement des établissements spécialisés dans le domaine des services de paiement.

813 Par exemple, la banque publique OSEO a été dotée de nouvelles capacités d'intervention avec la création d'une filiale dédiée à l'industrie.

814 Des démarches ont été engagées en vue de la création de la banque publique d'investissement (BPI). La loi portant création de la BPI a été publiée au journal officiel du 1er janvier 2013. De part ses missions, elle contribue à la stabilité du système financier.

815 La BPI est un établissement de crédit contrôlé par l'ACPR qui a en charge de soutenir le développement économique de la France avec des moyens importants confiés par la Nation. Elle doit par conséquent faire l'objet d'un contrôle approprié qui lui permet de répondre de son action à la Nation.

816 La BPI est constituée d'un pôle de financement issu d'OSEO et d'un pôle d'investissement en fonds propres qui provient du fonds stratégique d'investissement[521] et de la Caisse des dépôts et consignations entreprise.

817 De surcroît, en application du plan de résolution ordonné du groupe DEXIA, les Etats belge et français ont procédé à une capitalisation de DEXIA SA, holding financière belge ce qui a eu pour conséquence l'acquisition du contrôle indirect de la banque DEXIA crédit local et de l'ensemble de ses filiales françaises par l'Etat belge.

---

[521] Le fonds stratégique d'investissement a été crée le 19 décembre 2008 avec pour mission de soutenir le développement des PME et des entreprises de petite taille ayant un projet de croissance ainsi que celles qui interviennent sur un secteur en phase de mutation pour accélérer les redéploiements industriels et sécuriser le capital d'entreprises stratégiques importantes pour leur secteur afin de les accompagner dans leur développement.

818 L'ACPR a ensuite prononcé, début 2013, l'agrément d'un nouvel établissement de crédit, la société de financement local détenu à hauteur de 75% par l'Etat français, 20% par la Caisse des Dépôts et Consignations et 5% par la Banque postale et elle a autorisé la cession de la société de crédit foncier du groupe DEXIA, DEXIA Municipal Agency, à cet établissement.

819 La société de financement local et sa filiale DEXIA Municipal Agency, renommée la caisse française de financement local vont assurer le financement de collectivités locales et d'établissements publics de santé français.

820 La commercialisation de crédits est assurée par la Banque postale dont l'agrément a été modifié en mai 2012 pour lui permettre d'intervenir dans ce domaine en partenariat avec la Caisse des dépôts et Consignations.

821 Au cours de l'année 2012, plusieurs banques sans activités ont demandé leur retrait d'agrément ; par exemple au sein du groupe BPCE, la banque NATIXIS Transport Finance a été absorbée par sa maison mère NATIXIS et la société financière NATIXIS Lease a procédé à l'acquisition de la société financière Sud-Ouest Bail anciennement détenue par Expanso, filiale de la Caisse d'épargne et de prévoyance Aquitaine Poitou-Charentes.

822 Le groupe BNP Paribas a regroupé ses activités d'affacturage au sein de BNP Paris Bas Factor avec pour conséquence le retrait d'agrément de Fortis Commercial Finance.

823 L'agrément de la société Orange-BNP Paribas Services, filiale commune créée en 2007 par France Télécom et BNP Paribas, qui proposait des cartes prépayées dans le cadre d'un partenariat commercial, a été retiré.

BNP Paribas a d'abord acquis la totalité des titres d'Orange-BNP Paribas Services puis a sollicité son retrait d'agrément.

824 A la fin de l'année 2012 la France comptait 572 établissements de crédit agréés contre 590 fin 2011[522].

825 La délivrance et le retrait d'agrément sont des moyens d'ajustement de la liquidité monétaire nécessaire au développement de l'économie.

---

[522] Rapport ACPR 2012

826 « La préservation de la stabilité bancaire n'est pas réservé exclusivement à l'ACPR. L'article 105 du traité européen attribue au système européen de banque centrale (SEBC) l'objectif de prévenir la stabilité des prix »[523].

La surveillance des établissements bancaires « importants »

825 Depuis le 4 novembre 2014, la BCE assure la surveillance directe des établissements bancaires reconnus comme « importants » et la surveillance indirecte des banques d'importance moindre est, en France, de la responsabilité de l'ACPR.

826 La Banque centrale européenne relayée par la Banque de France joue un rôle essentiel dans le processus de création monétaire en émettant la monnaie « Banque centrale » qui est composée des billets de banque et du solde créditeur des comptes des banques commerciales et du Trésor dans ses livres. Ces avoirs en compte pouvant être convertis en billets.

Cette Banque centrale assure le refinancement des banques, intervient sur le marché des changes et, d'une façon générale favorise la réalisation des objectifs monétaires s'inscrivant dans le cadre de la politique monétaire européenne.

827 Pour la mise en œuvre de la politique monétaire, les autorités se fixent, à partir des objectifs économiques établis par les institutions européennes, des objectifs monétaires encore appelés objectifs intermédiaires. Ceux-ci portent d'abord sur la progression des agrégats de monnaie, la fixation de limites à cette progression permettant d'éviter une croissance trop forte des liquidités, ensuite sur la transmission aux agents économiques des principaux choix effectués en matière monétaire.

828 Ces objectifs intermédiaires concernent également le niveau des taux d'intérêt. La BCE surveille leurs variations en raison des conséquences qui en résultent sur le comportement des agents économiques (choix d'investissement, épargne, types de placements).

---

523 Déclaration du Conseil des gouverneurs, octobre 1998 « La stabilité des prix est définie comme une progression sur un an de l'indice des prix à la consommation harmonisé (IPCH) inférieur à 2 °/° dans la zone euro. La stabilité des prix doit être maintenue à moyen terme ».

829 Pour la conduite de la politique monétaire, les Autorités monétaires disposent principalement de deux moyens d'intervention : d'une part une action directe visant à agir sur la liquidité des banques par l'intermédiaire des taux d'intérêt pratiqués pour le refinancement et d'autre part les réserves obligatoires[524].

830 L'acte unique de 1986 a défini les règles de fonctionnement du marché intérieur des services bancaires et financiers qui permettent à tous les agents de tous les pays membres de bénéficier de conditions concurrentielles équitables.

831 Dans le domaine des établissements de crédit, le marché unique repose sur quatre principes d'organisation :

- une règlementation européenne harmonisée qui provient de la transposition dans le droit national de chaque Etat membre du programme législatif pour le marché unique des services bancaires de l'Union. Ainsi, le Conseil des ministres de l'Union et le Parlement européen ont ratifié le 14 juin 2006 la directive sur l'adéquation des fonds propres (Capital Requirement Directive CRD) pour transposer dans l'Union européenne l'accord de Bâle II dont l'objectif était de substituer un nouveau ratio (Mc Donough) au ratio Cooke,
- une reconnaissance mutuelle des règlementations nationales non harmonisées matérialisée par le passeport européen. Tout établissement de crédit reçoit une licence délivrée par les autorités chargées de la supervision dans son pays d'origine, conforme aux dispositions prudentielles obligatoires des directives bancaires, mais qui peuvent comporter des dispositions particulières propres au pays d'origine. Cette licence unique est reconnue par les Autorités de supervision et de contrôle des pays membres de l'Union qui accueillent l'implantation et les activités de l'établissement sans formulation d'une demande de licence dans chacun des pays d'accueil en application du principe de la libre prestation de services dans l'Union et dans le cadre de la disparition des barrières institutionnelles à l'entrée du marché unique,
- une supervision et un contrôle exercés par les autorités du pays d'origine mais les filiales et succursales d'une banque à l'étranger sont contrôlées et surveillées par les autorités du pays d'accueil,
- une coopération entre autorités nationales de supervision et de contrôle : depuis 2005, l'Union est dotée d'un Comité bancaire européen qui assiste la Commission dans

---

524 Système qui oblige les banques à constituer des dépôts non rémunérés auprès de la BCE. Il permet de modifier, en modulant le taux des réserves, le coût global de refinancement des banques commerciales et par conséquent celui du crédit accordé aux agents économiques.

l'élaboration et la mise en place de la réglementation harmonisée dans le cadre de la procédure Lamfalussy.[525]

832 Les difficultés des établissements de crédit se traduisent par une aversion au risque et un accès au crédit plus difficile. Les banques ont resserré les conditions dans lesquelles elles accordent leurs prêts aux entreprises ou aux ménages.

Ainsi, le renforcement du niveau de fonds propres pondérés prévu par la réglementation, par les risques qu'elle prévoit, aboutit à imposer au secteur bancaire une mobilisation massive de capitaux.

833 Les banques vont chercher à réduire leur exposition aux risques les plus élevés et donc les plus consommateurs de fonds propres au premier rang desquels se situent les crédits aux petites et moyennes entreprises (PME) et aux entreprises de taille intermédiaire (ETI).

834 Lorsque les banques souffrent, elles réduisent leur offre de crédit, ce qui freine la consommation et peut conduire à une récession puisqu'elle engendre des problèmes de liquidité difficiles à surmonter même pour les entreprises qui disposent de fondamentaux solides.

827 Le domaine d'intervention de l'ACPR est très important, cependant, certaines activités sont exclues du contrôle.

B – Exclusion des contrôles pour le « shadow banking ».

828 Qu'est ce que le système bancaire parallèle ? Quels sont les risques qu'il représente ? Comment réagissent les autorités européennes et internationales ?

---

[525] Le processus Lamfalussy vise à simplifier et à accélérer le processus législatif de l'Union dans le domaine des services bancaires et financiers. Ce processus à quatre niveaux prévoit que les institutions de l'Union se chargent de la définition d'un cadre juridique sur le plan politique, tandis que l'élaboration des modalités d'application techniques détaillées est confiée à la Commission assistée par quatre Comités spécialisés : le Comité européen des contrôleurs bancaires, le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières et le Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles.

a) Description

824 Pour satisfaire les exigences prudentielles de fonds propres, les banques vont chercher à sortir de leurs bilans une partie de leurs actifs et de leurs risques. Cette stratégie les conduit à un usage massif des produits dérivés et surtout à la titrisation des créances[526].

835 « Le secteur bancaire parallèle regroupe des activités de financement qui ne sont pas menées par les banques mais par des hedges funds[527], des fonds de private equity[528] et des trusts »[529].

836 Les banques veulent développer une activité hors contrôle des autorités, elles veulent échapper aux règles prudentielles trop contraignantes comme les règlementations relatives au fonds propres. Cela concerne les marchés de gré à gré qui sont très opaques et peu régulés.

837 Le shadow banking est un terme imaginé en 2007 par l'économiste américain P. MC. CULLEY[530] pour décrire les sociétés ad hoc appelées véhicules de titrisation mises en place par les banques pour accroître leurs capacités de financement qui sont limitées par les régulateurs internationaux précisément par les règles de Bâle I, II puis III.

838 Le développement du shadow banking répond en partie, à un besoin des agents économiques et pendant longtemps a été considéré comme la dernière étape de l'innovation financière[531]. Ces innovations, sous réserve que leurs risques soient

---

526 Technique par laquelle des créances traditionnelles liquides et gardées par leurs détenteurs jusqu'à l'échéance sont transformées en titres négociables et liquides.

527 Les hedge funds sont des fonds d'investissement non cotés à vocation spéculative qui recherchent des rentabilités élevées et sui utilisent des produits dérivés.

528 Les fonds de private equity ou de capital investissement sont spécialisés dans l'achat et la revente d'actifs de sociétés non cotées en bourse. Ce sont des investissement plus risqués et moins règlementés que les investissements traditionnels.

529 Dominique PLIHON, Esther JEFFERS, Cahier français n° 375 dossier « Shadow banking système et la crise financière ». Documentation française. Août 2013.

530 Mc Culley ; dirigeant du fonds PIMCO (fonds institutionnels en gestion commune) dans un exposé de septembre 2007 prononcé à Jackson ville, dans le Wyoming, lors de la rencontre annuelle des gouverneurs de Banques Centrales faisait remonter l'origine du phénomène au début des années 1970 avec l'essor des « money market funds » aux Etats-Unis, amplifié ensuite par un développement de la titrisation.

531 S.CLAESSENS, Z. POZSAR, L. RATONOVSKI et M. SINGH FMI research department « shadow banking: economics and policy 4 décembre 2012; G. GORDON et A. METRICK, Yale school of management National Bureau of Economic Research « régulation the shadow banking system », 18 octobre 2010.

correctement maîtrisés, peuvent contribuer à améliorer la liquidité et l'allocation des risques au sein du secteur bancaire[532].

839 Ce système repose sur une innovation financière qui a émergé à la fin des années 1990 : le modèle « originate to distribute » permet aux banques d'émettre des crédits sans contraintes sur leurs fonds propres.

840 Cette méthode relève d'un arbitrage règlementaire qui permet de contourner le ratio de capitaux propres minimum imposé par les régulateurs, ratio Cooke, qui impose aux banques de détenir 8% des volumes de crédit en capitaux propres.

Sans cette contrainte sur la comptabilité des banques, leur offre de crédit n'est limitée que par la demande.

841 Les banques vont donc chercher à émettre le maximum de crédit sans considération du risque crédit, risque de défaut de l'emprunteur, ni le risque de bilan normalement limité par le ratio Cooke.

842 Le risque est distribué aux fonds qui financent les véhicules de titrisation, le plus souvent les fonds de pension américains, ou garanti par des sociétés financières parallèles appelées rehausseurs de crédits.

843 Dans ce système, les actifs titrisés regroupés en paquets d'actifs assez liquides, c'est à dire échangeables sur les marchés, sont échangés par un tel nombre d'entités financières qu'il est impossible pour les régulateurs et même pour les banques de connaître le risque incorporé dans les actifs et surtout de savoir qui détient ce risque.

844 Si la quantité d'actifs détenus est faible, le risque systémique reste élevé. Les banques utilisent leur taux d'endettement appelé aussi effet de levier, méthode qui consiste à financer leurs activités par l'emprunt, pour augmenter leur capacité de financement.

845 Avec la crise, les banques ont pâti du système mis en place, car elles ont été contraintes de reprendre les actifs de leurs véhicules pour des raisons de réputation. C'est cette ré intermédiation des actifs aux bilans des banques qui a conduit Lehmann Brother au dépôt de bilan. Cette dernière avait un levier de 30[533] soit un ratio Cooke de 3% alors que la réglementation l'imposait à 8%[534].

---

[532] Direction des études ; secrétariat général de l'ACPR 2012.

[533] Rapport des capitaux propres sur le total des actifs.

[534] www.huffingtonpost.fr. « Le système bancaire parallèle : un rôle central dans le déclenchement de la crise ».

Le shadow banking représente t-il des risques en lui même ?

b) Les risques

846 Il présenterait les risques suivants :

- tout d'abord des risques associés à la titrisation insuffisamment règlementée ; risque d'asymétrie d'information et d'anti sélection[535] qui peuvent conduire à une mauvaise évaluation des risques de crédit et de corrélation des défauts.
- Ensuite des risques liés aux opérations de prêts ou d'emprunts de titres, qualifiées également sous le terme de « repos[536] », support traditionnel de refinancement des établissements de crédit auprès des banques centrales qui bénéficient d'un traitement privilégié en cas de d'insolvabilité. Ces opérations constituent une source de financement à faible coût pour le shadow banking. Les prêteurs sont, lors de cette pratique, moins vigilants que dans le cas des financements non sécurisés.

847 Ces opérations peuvent favoriser la constitution d'effets de levier excessifs et opaques (par exemple pour les hedges funds[537]). Les valorisations et les décotes (haircut[538])

---

[535] George AKERLOF 1970. L'asymétrie d'information est centrée sur les marchés dans lesquels les vendeurs connaissent mieux que l'acheteur la qualité du produit vendu. Dans le domaine bancaire, deux types d'asymétrie d'information peuvent faire obstacle au bon déroulement des négociations bilatérales de financement entre prêteurs sur les marchés de capitaux : les emprunteurs peuvent tout d'abord dissimuler l'information relative à la qualité des projets d'investissements qu'ils cherchent à financer ensuite un phénomène de sélection adverse ou d'anti sélection risque de menacer la relation de financement jusqu'à dissuader tout prêteur de confier ses fonds dans la mesure où les mauvais emprunteurs évincent les bons.

[536] Le terme REPO est la contraction de « sale and repurchase agreement » il désigne une transaction dans laquelle deux parties s'entendent simultanément sur deux transactions : une vente de titres au comptant suivie d'un rachat à terme à une date ou un prix convenu d'avance. Cette transaction est qualifiée de pension livrée en français (prise ou mise en pension). Cette opération représente une prise de pension des titres par le prêteur de cash et une mise en pension par le prêteur de titres. Le titre adossé au repo est le collatéral de l'opération. La cession temporaire de titres ou de créances s'accompagne d'un transfert réel de propriété. On appelle collatéral l'ensemble des actifs titres ou liquidités remis en garantie par la contrepartie débitrice à la contrepartie créditrice afin de couvrir le risque de crédit résultant des transactions financières négociées entre deux parties. En cas de défaillance du débiteur, le créditeur a le droit de conserver les actifs remis en collatéral afin de se dédommager de la perte financière subie.

[537] Fonds d'investissement non cotés à vocation spéculative qui recherchent des rentabilités élevées en utilisant des produits dérivés en particuliers des options. Ils utilisent l'effet de levier c'est à dire la capacité à engager un volume de capitaux qui soit un multiple plus ou moins grand de leurs capitaux propres. Ils présentent l'intérêt d'offrir une diversification supplémentaire aux portefeuilles « classiques » car leurs résultats sont en théorie déconnectés des performances des marchés d'actions et d'obligations. Une option est un

appliquées aux titres en garantie dans le cadre des « repos » présentent à cet égard un caractère procyclique pouvant conduire à des mouvements de forte amplitude de la distribution de crédit à l'économie, générateurs de risque systémique.

848 En cas de défaillance de l'emprunteur, le fournisseur de liquidité est incité à se dessaisir rapidement des titres pris en pension, anticipant que d'autres feront de même, entrainant des ventes forcées et une forte baisse des prix. Ainsi dans son rapport du 1er octobre 2014, le FMI précise « si les investisseurs réclamaient leur dû simultanément, les acteurs de ce marché pourraient être incapables de les rembourser et de vendre rapidement leurs créances. Cela pourrait conduire à des ventes et à des achats au rabais similaires à ceux qui ont eu lieu pendant la crise financière mondiale de 2008 »[539].

849 De surcroît, le shadow banking présente des risques liés au fonds monétaires ou Money market funds (MMFs) qui sont des entités du shadow banking régulées.

Ces fonds se sont développés initialement comme moyen de contourner les plafonds règlementaires relatifs au taux d'intérêt bancaire sur les dépôts à vue.

Les dispositions applicables à ces fonds ont nourri l'illusion chez les investisseurs qu'ils bénéficiaient d'un produit d'investissement totalement sûr, alors que ces produits étaient vulnérables à des désengagements massifs et brutaux[540].

850 Le shadow banking présente également des risques compte tenu des interactions étroites et complexes qu'il nourrit avec le secteur bancaire.

851 Les canaux de propagation des risques de titrisation vers le système bancaire sont multiples. Il peut s'agir des garanties de crédit ou des lignes de liquidité accordées par les banques aux conduits de titrisation.

852 Certains établissements de crédit ont « réintégré » dans leur bilan des titrisations dont ils étaient à l'origine, pour éviter un risque de réputation. D'autres ont supporté des pertes très importantes dues à la dépréciation des parts de titrisations qu'ils détenaient

---

droit (contrat) d'acheter (ou de vendre) un actif (action, indice, devise, matière première…) à un prix déterminé pendant une période donnée moyennant le paiement d'une prime. L'acheteur de l'option acquiert un droit et paie en contrepartie une prime à un vendeur qui aura une obligation. Le vendeur accorde un droit à l'acheteur de l'option et s'engage à honorer son obligation dès que l'acheteur en fait la demande.

538 Pourcentage qui est déduit de la valeur de marché de titres donnés en collatéral dans le cadre d'un prêt garanti par des titres. Il a pour but de réduire le risque de perte en cas de défaut de l'emprunteur.

539 Rapport du FMI sur la stabilité financière publié le 1er octobre 2014.

540 Nouy D., « Le point de vue du superviseur bancaire », débats économiques et financiers », n°3, 2013.

à l'actif de leur bilan ou aux instruments dérivés complexes qui étaient associés à ces opérations.

853 Le shadow banking génère des risques pour les parties prenantes mais aussi pour le système bancaire qui tente de les disperser. Il est générateur d'importantes externalités négatives[541] mais est-il possible de le maitriser en le soumettant à une réglementation rigoureuse ?

854 Les hedge funds sont certes soumis à une certaine supervision des régulateurs[542] mais ils sont incapables d'aller voir ce qui se passe dans les paradis fiscaux et autres places off shore où ces derniers réalisent la plupart de leurs transactions.

c) Réactions limitées

855 Sur le **plan européen**, la définition du shadow banking par Conseil de stabilité financière a été reprise en 2012 par la Commission européenne dans son livre vert sur le sujet.

Il s'agit d'un système d'intermédiation de crédit auquel concourent des entités et activités extérieures au système régulé[543]. Il est caractérisé par des activités de transformation d'échéances et de risque de crédit, fonctions traditionnelles des banques, sans être soumis à la réglementation bancaire.

856 Dans son livre vert de mars 2012, la Commission européenne soulignait que l'interconnexion entre le système bancaire parallèle et le secteur bancaire régulé était un facteur important de risque systémique.

857 De surcroît, compte tenu du risque qu'il représente au niveau européen, le législateur multiplie les textes destinés à encadrer[544] ce secteur parallèle, non régulé. Ainsi, le règlement n°2015/2365 du 25 novembre 2015 entré en vigueur le 12 janvier 2016 vise à améliorer la transparence sur le marché des opérations de financement sur titres[545]

---

541 Les risques du shadow banking : le point de vue du superviseur bancaire, D. NOUY Avril 2013. Débats économiques et financiers n° 3, Secrétariat général de l'Autorité de contrôle prudentiel.

542 Directive n° 2011/61/UE du Parement et du Conseil sur les fonds d'investissements alternatifs.

543 Conseil de stabilité financière 2011.

544 Règlement n° 2015/2365 du 25 novembre 2015, relatif à la transparence des opérations de financement sur titre et de la réutilisation.

545 Opérations de prêts, d'emprunt et de pension livrée. Sous la forme la plus standard, une pension est un contrat par lequel deux parties conviennent de se céder en pleine propriété des titres moyennant un engagement de rétrocession, à un prix déterminé à l'avance. Une

et à encadrer la réutilisation des instruments financiers remis dans le cadre d'échange de collatéral[546]. L'objectif est de permettre d'une part le suivi par les régulateurs de l'accumulation et de la propagation des risques liés à ces opérations, d'autre part d'informer les investisseurs.

858 Ce règlement introduit trois nouveaux types d'obligations :

- une obligation de déclaration des opérations de financement sur titres auprès de référentiels centraux de données[547] ;
- une obligation de publication d'informations sur l'utilisation des opérations de financements sur titres et des contrats d'échange sur rendement global[548] ;
- un encadrement de la réutilisation des instruments financiers reçus en collatéral.

859 Ces obligations d'information permettent aux autorités d'apprécier les risques liés à l'ensemble de ces opérations.

860 Ces obligations semblent insuffisantes pour maîtriser les risques et leurs incidences sur la stabilité financière. En effet, la directrice de l'Autorité bancaire européenne (EBA), Isabelle Vaillant précise que « malgré la réglementation l'EBA continue de relever que le secteur tend à être plus vulnérable aux problèmes de liquidité, alors qu'il est interconnecté au système bancaire » et que « ses composantes n'ont pas accès aux liquidités des banques centrales et ne sont pas en mesure de protéger les investisseurs en cas de défaillance[549] ».

---

opération de pension peut donc être perçue comme une vente de titres avec promesse irrévocable de rachat. C'est en fait pour l'une des parties une opération de prêt garantie par des titres, et pour l'autre, une opération d'emprunt contre nantissement.

[546] On appelle collatéral, l'ensemble des actifs, titres ou liquidités, remis en garantie par la contrepartie débitrice à la contrepartie créditrice afin de couvrir le risque de crédit résultant des transactions financières négociées entre deux parties. En cas de défaillance du débiteur, le créditeur a le droit de conserver les actifs remis en collatéral afin de se dédommager de la perte financière subie.

[547] Un référentiel central de données est une entité qui administre une base de données électronique centralisée où sont enregistrées les transactions.

[548] Le contrat d'échange de rendement global (total return swap) est celui par lequel deux contrepartie s'échangent des flux représentant, pour l'établissement vendeur, la rémunération de l'actif, majorée, le cas échéant, de son appréciation et pour l'investisseur acheteur, une prime périodique majorée, le cas échéant, de la dépréciation de l'actif.

[549] Autorité bancaire européenne, rapport annuel 2014.

861 Le règlement UE n° 2486/2012 du 4 juillet 2012 relatif aux infrastructures de marché de produits dérivés de gré à gré (OTC)[550] est la traduction européenne des engagements pris lors du sommet du G20 de septembre 2009 pour faire décroître le risque systémique lié à l'utilisation massive des marchés dérivés OTC[551]. Il répond en partie aux dispositions Dodd-Frank Act prises aux États Unis[552].

862 Avec la directive, les banques devront ajuster leurs activités pour diminuer leur consommation de fonds propres. Le passage par une contrepartie centrale devient une obligation pour les contrats dérivés OTC. Cela aura pour conséquence de diminuer l'intérêt pour un certains nombre d'activités rendues moins intéressantes du fait de besoin de couverture supplémentaire en fonds propres ou du niveau de transparence accru sur les prix qui entraine la diminution des marges commerciales.

863 Au **niveau mondial**, le FSB[553] estime le shadow banking à 67 trillions[554] de dollars soit à peu près la valeur du PIB mondial. La part du shadow banking dans l'intermédiation financière a décru à environ 25°/° après un pic à 27 °/° avant la crise.

864 Les actifs détenus par le shadow banking représentent à peu près la moitié des actifs détenus par le système bancaire. Les États Unis ont le shadow banking le plus significatif, 23 trillions, suivis par la zone euro 22 trillions.

865 Il apparaît que plus la réglementation se durcit, plus le shadow banking, déversoir des risques bancaires, se développe et devient plus technique. Comme le dénonce Jezabel

---

550 Un produit ou contrat dérivé est un instrument financier dont le règlement s'effectue à une date future et dont la valeur fluctue en fonction d'un sous jacent. C'est simplement à la date d'échéance qu'il y a règlement. L'impossibilité de connaître précisément les expositions et positions de chaque partie à un instant donné sur un marché donné de gré à gré est un facteur d'aggravation du risque. L'absence de chambre de compensation centrale entraîne un risque de contrepartie.

551 Les produits dérivés peuvent être négociés soit sur un marché organisé (dérivés listés) soit de gré à gré (over the counter). Les acteurs ont l'obligation de passer par une chambre de compensation pour le règlement de leurs transactions sur dérivés OTC depuis la directive EMIR (European Market Infrastructure Regulation).

552 La Dodd Frank Act promulgué le 21 juillet 2010 a vocation à promouvoir la stabilité financière aux Etats-Unis, à limiter l'aléa moral inhérent au caractère « too big to fail » de certaines institutions financières et à protéger les contribuables et consommateurs des produits financiers.

553 Financial Stability Board, « Global shadow banking monitoring report 2015 »

554 Millions de millions.

Cuppey-Soubeyran, les lobbies bancaires « sapent les changements règlementaires nécessaires pour assainir et stabiliser »[555].

866 En général, le contrôle de l'application des règles se fait en collaboration avec les établissements qui doivent les appliquer. Le domaine de la réglementation est restreint si bien que c'est le principe de la liberté contractuelle qui prévaut.

867 L'insuffisance du contrôle s'explique par le fait que toutes les activités des établissements de crédit n'en font pas l'objet, il existe en plus des zones d'ombre ou « shadow banking » difficile, voire impossible à contrôler. Il s'agit d'une activité de banque menée par des entités qui ne reçoivent pas de dépôts et qui, par conséquent, ne sont pas régulées en tant que banques et donc pas soumises à la réglementation bancaire en vigueur.

868 Le contrôle des règles est effectué par l'ACPR, qui émet des recommandations en faveur de l'application de la réglementation, mais les établissements sont libres de déterminer les procédures d'application, si bien que l'Autorité sanctionne les résultats sans intervenir sur les moyens mis en œuvre pour les atteindre.

869 De surcroît, certains domaines relèvent d'une surveillance réduite et les établissements peuvent se soustraire de l'application de règles prudentielles en exerçant, par le biais d'entités qui ne reçoivent pas de dépôts, des activités financières sur les marchés de gré à gré, d'autres sont libres de tout contrôle.

870 La préservation de la stabilité du système bancaire se fait entre autre par le contrôle de l'accès des intervenants sur le marché monétaire dont le nombre réduit ou accroit la quantité de monnaie en circulation.

871 Aux difficultés d'application s'ajoutent les recours exercés contre les décisions de l'Autorité, ce qui réduit l'efficacité du contrôle de l'ACPR.

---

[555] Jezabel Couupey-Soubeyran, professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ressources en sciences économiques et sociales, dossiers thématiques, « Comment le secteur bancaire a-t-il été réformé depuis la crise de 2008 », 16 septembre 2016.

CHAPITRE II. : LES OBSTACLES AUX CONTRÔLES PAR DES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE L'ACPR

872 L'ACPR est une autorité administrative indépendante[556], une institution de l'Etat, chargée en son nom, d'assurer la régulation du secteur bancaire, secteur considéré comme essentiel et pour lequel le Gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement et cherche un mode d'action plus impartial. Elle a une place particulière dans l'organisation institutionnelle qui lui confère une forte garantie d'indépendance pour exercer sa mission de service public.

873 Au sens juridique du terme, l'indépendance correspond à la « situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abris de toutes instructions ou pressions ».[557] Elle se distingue de l'autonomie par une différence d'objet ; l'autonomie concerne la vie interne d'une institution alors que l'indépendance se rapporte davantage à sa vie externe.[558]Cela signifie que l'ACPR ne saurait recevoir aucune instruction de quelque pouvoir que ce soit.

874 Dans la tradition politique française, l'Administration n'est en principe pas indépendante : elle est subordonnée au Gouvernement et, à travers lui, au Parlement.[559] Cette subordination inscrite à l'article 20 alinéa 2 de la Constitution française est au cœur du régime parlementaire : le contrôle de l'administration est assuré par l'intermédiaire du Gouvernement, seul responsable politiquement devant le Parlement[560].

---

[556] Les sénateurs ont adopté, jeudi 4 février 2016, en séance publique, une proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes (AAI) dont l'article 25 supprime la mention d'autorité administrative indépendante à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Le 30 septembre 2015, M. C. Noyer, alors gouverneur de la Banque de France, estimait que le statut d' AAI accordé à l'ACPR, n'avait pas lieu d'être. « Il faut une séparation très grande dans les fonctions qui est réalisée grâce à des collèges très individualisés. Le Collège de l'ACPR, dont la composition a été fixée par le législateur, ne se confond pas avec les instances dirigeantes de la Banque de France ». Il ajoute « … l'ACPR n'a pas un budget autonome, mais un budget annexe à celui de la Banque de France ».

[557] CORNU G. Vocabulaire juridique, PUF, coll. « Quadrige. Dico poche », 2007 p. 482.

[558] MANSON S., « La notion d'indépendance en droit administratif français, » thèse, Paris II, 1995, p. 30.

[559] BRAIBAN G. « Droit d'accès et Droit à l'information, in Services publics et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert Edouard Charlier, 1981, pp.703-710.

[560] TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », RDP, 1990, n°1 pp.153-259 sq.pp.214-218.

875 Conçue en droit français comme un organe administratif soustrait au pouvoir hiérarchique et au contrôle de tutelle, l'ACPR est en situation d'irresponsabilité, situation pourtant admise par le Conseil constitutionnel. « Si cette contradiction de l'article 20 de la Constitution n'a jamais été soulevée, devant le Conseil, celui-ci ne l'a pas pour autant relevé d'office comme il en a le pouvoir. Il valide ainsi la non soumission des autorités administratives au pouvoir hiérarchique du Gouvernement mais refuse cependant de distinguer ces autorités de l'administration en général et les soumet au **contrôle juridictionnel** »[561].

876 Pour accomplir ses missions, elle est dotée d'importants pouvoirs quasi législatifs et quasi exécutifs ; notamment le pouvoir de suggérer des règles, de les appliquer, d'en contrôler l'application et même de sanctionner leur violation. Ces pouvoirs exorbitants sont contraires au principe de séparation des pouvoirs et contraire à l'article 16[562] de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC).

877 Pour surveiller l'activité de service public exercée par les banques, l'ACPR se voit donc conférer des **pouvoirs délégués par l'État sans contrôle (Section 1).** Mais les décisions de **l'Autorité peuvent être remises en cause par les juges (Section 2).**

Section 1 : Les pouvoirs délégués par l'État à l'ACPR

878 L'ACPR contrôle des établissements qui exercent une activité de service public. L'activité de service public est identifiée si se trouvent réunies trois conditions dégagées par le Conseil d'Etat dans un arrêt de Section du 28 juin 1963[563] :

---

561 DEBEATS Emile, « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique », p. 2 note 17.

562 Article 16 « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution »

563 Arrêt Nancy, 28 juin 1963 n°14195, considéré comme arrêt de principe. En l'espèce, il s'agit d'un contentieux qui concerne les centres techniques industriels, organismes privés. Ils poursuivent une mission d'intérêt général car ils doivent promouvoir le progrès technique dans l'industrie, améliorer le rendement industriel (…) Ces centres techniques industriels créés par la loi, exercent leur mission sous la tutelle du Ministre de l'industrie. Des membres du Conseil d'Administration sont nommés par le ministre qui est représenté par un Commissaire de gouvernement dans ce conseil avec un droit de véto. Dans cet arrêt, toute une série d'indices révèlent un contrôle de l'Etat sur ces centres. C'est en s'appuyant à la fois sur l'intérêt général de la mission poursuivie par les centres mais aussi sur le contrôle de l'Etat et sur la détention de prérogatives de puissance publique que le Conseil d'Etat a conclu que ces centres exercent une mission de service public.

879 L'organisme privé doit exercer une mission d'intérêt général suffisamment caractérisé, il doit disposer pour exercer l'activité de prérogatives de puissance publique, il devrait enfin être soumis à un contrôle de l'Etat qui se manifeste par la nomination de ses dirigeants ou l'approbation par l'Etat des décisions les plus importantes intéressant l'activité en cause.

Droit de regard de l'administration et contrôle de tutelle semblent constituer une seule et même condition.

880 Les dirigeants des établissements de crédit sont nommés par les actionnaires en assemblée générale ordinaire, c'est à dire les personnes privées propriétaires du capital et leurs décisions quelque soit leur importance ne sont pas soumises à l'approbation de l'Etat, à l'intérêt général.

881 Les actionnaires recherchent toujours plus de rentabilité, en contrepartie de la souscription au capital social, ils ont le droit de percevoir des dividendes, d'assister et de voter aux assemblées générales sauf s'ils détiennent des actions sans droit de vote, de percevoir en cas de liquidation un boni. Ils sont propriétaires de l'établissement et décident des risques qu'ils sont prêts à supporter. La prise de risque, souvent proportionnelle à la rentabilité, peut avoir lieu au mépris de la réglementation. Dans la mesure où leur responsabilité est limitée aux apports, ils peuvent espérer des profits illimités sans contrainte de risque financier.

882 L'ACPR, composée majoritairement des représentants de la profession, est dotée de moyens d'action juridique pour remplir les missions qui lui sont confiées : pouvoir quasi législatif, quasi exécutif et judiciaire. Elle cherche à encadrer les activités des établissements de crédit en veillant au respect des règles du jeu dont elle contribue à l'élaboration ; règles applicables aux établissements de crédit dans le cadre de leur profession et de leurs engagements de transparence et du maintien de certains équilibres économiques.

883 Cette mission justifie la **réunion et le cumul de compétences juridiques habituellement dissociées (A) dont la mise en pratique ne fait l'objet d'aucun contrôle hiérarchique (B).**

A – Les pouvoirs délégués à l'ACPR

884 L'Etat confie de plus en plus souvent des tâches administratives publiques à des personnes morales de droit privé. Si l'on reprend la trilogie de Locke[564] et Montesquieu[565], il y a dans l'Etat trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Légiférer c'est poser les règles générales et impersonnelles qui régissent dans la communauté nationale l'ensemble des activités privées ou publiques.

Juger, c'est appliquer le droit à la solution des litiges.

Exécuter c'est gouverner c'est à dire exercer les grandes options politiques, prendre des décisions essentielles qui engagent l'avenir national.

885 L'administration apparaît comme une activité par laquelle les autorités publiques et parfois privées, pourvoient, en utilisant le cas échéant des prérogatives de puissance publique à la satisfaction de besoins d'intérêt public[566].

1 - Le contrôle de l'intérêt général comme justification de la délégation

886 Les établissements de crédit exercent une mission d'intérêt général et bénéficient pour cela d'une délégation de service public. Le Conseil d'Etat a mis en exergue les traits essentiels de l'intérêt général. En revanche, le législateur n'a défini aucun critère général d'identification d'une délégation de service public. Il est donc revenu au juge de préciser quels sont les éléments d'identification de la délégation de service public.

a) La notion d'intérêt général

887 Les conceptions modernes de l'intérêt général ont pour point de départ l'intérêt de l'Homme. On distingue les approches utilitaristes et volontaristes. Le Conseil d'Etat, par un rapport public sur l'intérêt général,[567] permet de mettre en lumière deux séries de traits essentiels. D'une part, soit l'intérêt public est constitué de la somme

---

[564] LOCKE John (1632-1704) dans l'ouvrage « Traité de gouvernement civil » publié en 1690.

[565] MONTESQIEU (1689-1755) dans l'ouvrage « De l'esprit des lois » publié en 1748.

[566] Sur le plan fonctionnel l'administration désigne l'ensemble des activités dont le but est de répondre à l'intérêt général de la population. Sur le plan organique, elle désigne les personnes morales et physiques qui remplissent ces activités.

[567] Conseil d'Etat (section du rapport et des études), L'intérêt général, pp 253 s. Rapport public du Conseil d'Etat 1999.

algébrique des intérêts privés et l'intérêt commun devient immanent aux intérêts particuliers, soit il ne saurait résulter d'un tel calcul et l'intérêt général devient transcendant des intérêts particuliers. D'autre part, le rôle de la volonté, du pouvoir de décision, diverge dans chacune des deux conceptions.

888 Selon l'approche utilitariste, comme précisé précédemment, l'intérêt public est l'intérêt commun qui se définit comme la somme des intérêts individuels, selon l'idée que l'intérêt public n'est jamais mieux servi que lorsqu'on laisse les individus libres de satisfaire leurs intérêts égoïstes.

Dans cette conception, l'immanence de l'intérêt commun rend inutile toute intervention de l'Etat. « Par son utilité sociale, la loi économique de l'offre et de la demande répondra nécessairement à l'intérêt général. Pour favoriser les échanges nécessaires au développement économique, il faut écarter toute entrave à la liberté contractuelle. C'est le principe du « laisser faire, laisser passer » que complète implicitement le laisser contracter.[568]

Il y aurait ainsi des activités par nature publique, d'autres ne l'étant que de façon accidentelle, suite notamment à une défaillance du jeu économique.[569]

Cette conception explique la délégation de service à des organismes privés et le contrôle à des autorités composées principalement de professionnels du secteur.

889 Trois conditions en vue de l'application d'un tel régime sont à satisfaire.

- La première condition est que l'on soit en présence d'un contrat entre la collectivité délégante et le délégataire[570].
- La deuxième condition est que le contrat doit avoir pour objet l'exploitation d'un service public.
- La troisième condition, essentielle, est que la rémunération du cocontractant soit assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation. Cela signifie que le cocontractant doit participer aux risques financiers de l'exploitation et non tirer sa rémunération d'un prix payé par la collectivité publique. En matière bancaire, les risques financiers de l'exploitation sont, en cas de risque de faillite d'un établissement, important de part sa contribution au financement de l'économie, supportés en grande partie par l'Etat c'est à dire le contribuable.

---

568 GHESTIN J. « L'utile et le juste dans les contrats », APD 1981, n°26, L'utile et le juste, p. 36.

569 LEROY-BEAULIEU P. (1843-1916), « Traité théorique et pratique d'économie politique », Librairie Guillaumin et Cie, 1896. Il affirme (p. 676) que « tous les besoins collectifs ne sont pas nécessairement du domaine de l'Etat, ils n'y rentrent que très exceptionnellement ».

570 Avis Conseil d'Etat, n° 356931 du 9 mars et n° 271782 du 8 avril 2009.

890 Tous les services publics quelle que soit la nature de leur activité, sont soumis à des obligations communes et spécifiques traduites par les grands principes de continuité, égalité et mutabilité.

891 Parce qu'ils sont préposés à la satisfaction des besoins du public, les services publics sont tenus de fonctionner de manière régulière et continue, dans des conditions égales pour tous et leurs règles de fonctionnement doivent pouvoir être modifiées à tout moment par l'autorité compétente[571].

b) L'application de la notion aux établissements de crédit

892 Plusieurs dispositions mettent en exergue le **caractère public du service** prodigué par les banques :

893 Conformément à l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier, toute personne physique ou morale domiciliée en France, ou toute personne de nationalité française résident hors de France dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix. En application du principe de la liberté contractuelle, le banquier peut refuser l'ouverture du compte. Dans ce cas, le client pourra alors saisir la Banque de France afin qu'elle désigne un établissement situé à proximité de son domicile ou d'un autre lieu de son choix. L'ouverture d'un compte en application de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier est prolongée par la fourniture de services bancaires de base figurant à l'article D. 312-5 du code monétaire et financier.[572]

894 L'article L. 312-1 du Code monétaire et financier précise que l'organisme désigné par la Banque de France, limitant l'utilisation du compte de dépôt aux services bancaires de base, exécute sa mission dans des conditions tarifaires fixées par décret. L'article 2 du décret du 17 janvier 2001, impose un principe de gratuité. Les services doivent être assurés « sans contrepartie contributive de la part du client ».[573] Le service de

---

[571] ROLLAND L., Précis de droit administratif 2e édition, Paris, Dalloz, 1953.

[572] Les services bancaires de base comprennent : l'ouverture, la tenue et la clôture du compte, un changement d'adresse par an, la délivrance à la demande de relevés d'identité bancaire, la domiciliation de virements bancaires, l'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte, la réalisation des opérations de caisses, l'encaissement de chèques et de virements bancaires, les dépôts et les retraits d'espèces au guichet de l'organisme teneur de compte, les paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire, des moyens de consultation à distance du solde du compte, une carte de paiement dont chaque utilisation est autorisée par l'établissement de crédit qui l'a émise, deux formules de chèques de banque par mois ou moyens de paiement offrant les mêmes services. Article L. 312-1 alinéas 3 et 4 du Code monétaire et financier.

[573] Article 2 du décret codifié à l'article D. 312-6 du code monétaire et financier.

base bancaire est ainsi gratuit pour les personnes ayant bénéficié de la procédure du droit au compte.

895 Si le droit au compte est considéré comme un service public, la relation bancaire doit être maintenue dans le temps conformément au principe de continuité et il serait primordial de préserver le client contre les clôtures intempestives de compte, pourtant il n'existe pas de droit au maintien du compte. Le banquier est libre de mettre fin à la relation qui l'unit à son client. En effet, la relation de compte bancaire est une relation contractuelle comme les autres. Si elle est consentie à durée indéterminée, il est possible à l'une des parties d'y mettre un terme, en raison du principe de la prohibition des engagements perpétuels. Le banquier dispose donc d'une faculté de résiliation unilatérale[574].

896 En ce qui concerne le **principe d'égalité**, l'égalité devant le service public signifie que les personnes placées dans une situation identique fassent l'objet d'un traitement similaire, non discriminatoire. Ce principe n'est pas respecté en ce qui concerne l'octroi de crédit. En effet, les exigences des établissements prêteurs pour accorder un crédit sont particulièrement strictes et ne se limitent pas à la capacité de remboursement du candidat au crédit et dépendent à la fois de la solvabilité de l'emprunteur et de sa capacité à résister aux aléas de la vie.

897 Afin de se prémunir contre les aléas de la vie, l'établissement de crédit exige dans la plupart des cas la souscription par l'emprunteur d'une assurance couvrant les risques décès, perte totale et irréversible d'autonomie ou invalidité absolue et définitive. Lorsque l'emprunteur présente un risque trop important de santé, il devient pour lui extrêmement difficile, voire impossible, de souscrire une assurance. Les associations de malades et de personnes handicapés ont pris conscience de ce problème, et pour pallier cette difficulté, le 6 juillet 2006, les professionnels de l'assurance et de la banque et les associations de malades ont signé la convention AERAS « s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé » entrée en vigueur le 6 janvier 2007 et consacrée par la loi n° 2007-131 du 31 janvier 2007[575] qui fixe les rubriques obligatoires. La convention AERAS n'instaurait pas un droit à l'assurance emprunteur à l'origine, mais mettait uniquement à la charge de l'assureur et de l'établissement de crédit une obligation de moyen.

---

[574] Elle doit informer préalablement par écrit le client de ses intentions. Elle n'a pas à motiver sa décision. L'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier modifié par la loi n° 2014-1662 du 20 décembre 2014, précise « … L'établissement de crédit résilie une convention de compte de dépôt conclue pour une durée indéterminé moyennant un préavis d'au moins deux mois … ».

[575] Codifiée au sein du Code de la santé publique aux articles L. 1141-2 et suivants.

La convention a été révisée à la suite de la mise en place d'un « droit à l'oubli » le 2 septembre 2015 qui permet aux anciens malades de ne plus avoir à déclarer leur maladie lors de la souscription d'une assurance emprunteur. Le 4 février 2016 a été adoptée la grille de référence pour la mise en œuvre du « droit à l'oubli » relative aux conditions d'accès à une assurance emprunteur sans surprime ni exclusion, par type d'affection. Elle fixe pour six types d'affection[576] des délais précis d'accès à l'assurance emprunteur sans surprime ni exclusion à compter de la fin du protocole thérapeutique et en l'absence de rechute. Les délais sont compris entre un et dix ans.

Le principe d'égalité devant le service public n'est donc pas toujours respecté puisque certaines personnes, faute de garantie suffisante, ne peuvent pas accéder à l'emprunt. De surcroit, la convention AERAS ne prévoit aucune sanction en cas de non respect par les professionnels de leurs engagements[577]. Il est simplement prévu que l'ACPR puisse vérifier que les établissements de crédit respectent leurs engagements conventionnels. Depuis 2015, elle est invitée, par la commission de suivi et de proposition de la convention[578], à présenter un bilan annuel de son activité en la matière.

898 **Le principe de mutabilité**, dit aussi d'adaptation constante, signifie que l'organisation comme le fonctionnement du service public doivent s'adapter aux évolutions des besoins collectifs et de l'intérêt général, aussi bien dans le temps, pour tenir compte des évolutions technologiques, que dans l'espace avec les mouvements de populations. Il se traduit également par la possibilité pour l'Etat d'exiger de son partenaire la modernisation des modalités d'exploitation du service, et, en cas de refus par le droit de résilier unilatéralement le contrat.

La société française s'est aujourd'hui largement bancarisée[579]. Le compte de dépôt est devenu l'un des pivots incontournables de toute activité[580]. L'utilisation de chèque,

---

576 Hépatite virale C, cancer du testicule, cancer de la tyroïde, certains cancers du sein mélanome de la peau et le cancer de l'utérus.

577 La sanction est en quelque sorte indirecte ; sanction sur saisine de l'emprunteur du défenseur des droits, de la haute autorité contre les discriminations et l'égalité des droits.

578 Composée de 23 membres, c'est une instance qui a pour mission principale de veiller à la bonne application des dispositions de la convention AERAS et au respect des engagements des parties. Elle est chargée de remettre au Gouvernement et aux présidents des assemblées un rapport sur son et sur les nouvelles mesures adoptées, en vue d'améliorer l'accès à l'assurance emprunteur des personnes présentant un risque de santé aggravé.

579 VASSEUR M. (1921-1999), droit et économie bancaire, fascicule 1-A. Institutions bancaires. Les cours de droit 4e. éd. 1985-1986.

580 Depuis le 1er septembre 2015, les professionnels agissant pour les besoins de leur activité professionnelle ainsi que les particuliers domiciliés fiscalement en France, ne peuvent

virement ou carte de paiement pour les règlements excédant une certaine somme et portant sur toute une série d'opérations, comme les loyers ou encore les salaires, est imposée. Les prestations sociales sont désormais totalement monétisées. Sans compte bancaire, il n'y a pas de moyen de paiement. Plus que jamais, l'exigence d'un compte bancaire est primordiale. L'exclusion bancaire[581] peut avoir pour conséquence une exclusion sociale.

899 En raison de la nature particulière de son activité, le banquier joue un rôle social qui dépasse le strict cadre de l'accroissement immédiat du profit.

900 Le choix d'organisation économique a été fait de déléguer un service public, la création monétaire, c'est à dire le crédit qui permet d'investir, aux agents privés que sont les banques, le contrôle de ces dernières est impératif. Mais le droit constitutionnel admet que « la souveraineté appartient à la Nation de qui seul émane tous les pouvoirs ».[582]

Les titulaires effectifs ne les exercent que pour le compte de la Nation dans la mesure où elle a bien voulu leur déléguer.

901 Dans le domaine bancaire, la transformation de la soft law en hard law, en d'autres termes l'autoréglementation de la profession a abouti à des crises récurrentes. Il semblerait donc que, dans ce domaine, l'intérêt général est à distinguer de la somme des intérêts particuliers.

902 L'approche volontariste promeut une appréhension de l'intérêt public qui n'est pas la somme arithmétique des intérêts particuliers. Elle repose essentiellement sur l'œuvre de J.J. Rousseau, selon laquelle la volonté générale tend toujours à la conservation et

---

plus régler en espèces lorsque la transaction est d'un montant supérieur à 1000 euros au lieu de 3000 euros antérieurement. Article L. 112-6 du Code monétaire et financier.

581 La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 a créé l'Observatoire de l'Inclusion Bancaire (OIB) dont la mission est de suivre les pratiques des établissements de crédit en matière d'inclusion bancaire en particulier à l'égard des populations financièrement fragiles. De surcroît elle a permis la signature par les banques d'une charte d'inclusion bancaire et de prévention du surendettement. Adoptée par l'Association Française des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (AFECEI) et homologuée par le ministère des finances, elle est entrée en vigueur le 13 novembre 2015 avec pour objectif d'une part de renforcer l'accès aux services bancaires et d'en faciliter l'usage, d'autre part de prévenir le surendettement par la détection et l'accompagnement des clients en situation de fragilité financière.

582 Constitution du 3 septembre 1791.

au bien être du tout et de chaque partie.[583] Ainsi, l'intérêt commun ne se résume pas à l'addition des intérêts particuliers, il doit être appréhendé comme l'objet propre de la volonté générale, instrument de l'union des intérêts particuliers. Dès lors, la volonté générale transcende les intérêts particuliers, et l'union du tout social peut être imposée par la persuasion ou la contrainte.[584]

2 – L'étendue de la délégation

903 L'ACPR assure la surveillance du secteur bancaire, cette mission implique la prise d'actes organisant le secteur en soumettant les entreprises à des règles particulières, en prenant compte de leurs demandes et de leurs besoins. Elle se doit d'établir des relations de confiance avec les établissements de crédit afin d'offrir à l'opinion publique une plus grande garantie d'impartialité des interventions de l'Etat, une participation plus importante de personnes d'origines et de compétences diverses, une intervention rapide de l'Etat adaptée à l'évolution des besoins et des marchés.

a) L'élaboration des règles applicables aux établissements de crédit et les sanctions

904 L'Autorité veille à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires dont l'objet est de préserver la stabilité financière, d'assurer la continuité des activités, des services et des opérations des établissements dont la défaillance aurait de graves conséquences sur l'économie, de protéger les épargnants, d'éviter ou de limiter au maximum le recours au soutien public.

905 Dans ce cadre, elle peut dégager des bonnes pratiques à l'attention des professionnels soumis à son contrôle. Elle peut en constater l'existence ou formuler elle même des recommandations qui définissent les pratiques en matière de commercialisation et de protection de la clientèle.

906 Elle a ainsi, dans le cadre de la recommandation 2010-R-01 portant sur la commercialisation des assurances vie en unités de compte[585], rappelé la responsabilité des organismes d'assurance dans l'information et le conseil donnés aux souscripteurs

---

[583] « Droit et volonté générale chez Jean Jacques Rousseau » note Fournier in S. Rials p. 173.

[584] OST F., « les Lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites », in Ph. Gérard, F. Ost, Droit négocié, droit imposé, p.103. 04/ 2002.

[585] L'ACPR intervient en tant que régulateur du secteur professionnel des assurances qui peuvent être des établissements du secteur bancaire.

sur les instruments financiers servant d'unités de comptes. Elle attire l'attention de ces organismes sur les critères objectifs de risque de mauvaise commercialisation des contrats d'assurance vie ayant comme support des instruments financiers complexes.

907 Dans une recommandation sur la commercialisation des comptes à terme publiée le 12 octobre 2012, l'ACPR décide que cette mesure entrera en vigueur à compter du 1er juin 2013. La date d'entrée en vigueur est à la fois la date d'observation et d'application du nouveau texte. Selon T. BONNEAU[586] cette formule utilisée par le législateur l'est également par l'ACPR et illustre le quasi pouvoir législatif de l'Autorité.

908 En pratique l'Autorité « commande de », c'est à dire ordonne plutôt que « recommande », en d'autre terme, conseille.

909 Dans le même ordre d'idée J. G. DE TOCQUEVILLE souligne : « force est de constater que la perception pragmatique du praticien tend à considérer toute position juridique exprimée par l'Autorité de contrôle prudentiel comme ayant force contraignante, ce notamment en raison du plafond élevé de la sanction à un possible manquement (100 000 000 €) qui les incite à une évidente prudence … »[587].

910 L'ACPR participe à la régulation du secteur bancaire. Les établissements de crédit ont une mission de service public par délégation contrôlée et sanctionnée.

911 L'ACPR ne possède pas directement de pouvoir règlementaire[588], mais comme le précise M. A. FRISON-ROCHE « elle peut adopter des positions qui sont des sortes de lignes directrices « guidelines » rédigées et mises à la disposition de tous. De ce fait les positions de l'Autorité sont suivies par les opérateurs et il est fréquent qu'elles soient communes à plusieurs Autorités[589] ».

---

586 BONNEAU TH., Revue droit bancaire et financier janvier-février 2013, p. 1 « L'ACP, un législateur occulte ? ».

587 DE TOCQUEVILLEJ.G.,. « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », Revue de droit bancaire et financier, n°1, 2012 p. 60.

588 La jurisprudence du Conseil constitutionnel a défini les conditions d'exercice du pouvoir règlementaire des autorités administratives indépendantes dans sa décision 217 DC, CLCL, Considérant 58 du 18 septembre 1986, il a admis que les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne faisaient « pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre le soin de fixer (…) des normes permettant de mettre en œuvre une loi » à la condition que ce soit « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements ».

589 Revue Droit de la régulation bancaire et financière, semestre de printemps 2014, « La construction des systèmes régulés ».

912 Pour l'exercice de ses missions, l'ACPR a reçu le pouvoir d'adopter et de publier des actes techniques de portée générale et obligatoire relatifs aux informations qui lui sont adressées : les instructions qui concernent les documents et informations à remettre à l'ACPR par les personnes contrôlées ; les chartes de contrôle qui visent à informer les organismes contrôlés de leurs droits et obligations lors des opérations de contrôle, elles constituent de surcroît un guide de bonnes pratiques pour les contrôleurs de l'ACPR et les professionnels du secteur.

913 Les garanties d'autonomie de l'Autorité ne peuvent être maintenues ou fortifiées que si elles font l'objet d'un contrôle approfondi du parlement. L'indépendance ne serait signifier l'irresponsabilité comme l'a précisé le sénateur GELARD[590].

914 Mais l'ACPR est composée, comme précisé dans la première partie, majoritairement de représentants du secteur bancaire : n'y- a t-il pas risque d'autorégulation, d'autocontrôle ? Elle veille au respect des règles dont elle a contribué à l'élaboration et sanctionne les contrevenants.

915 L'ACPR a un pouvoir de contrôle et de sanction : le non respect d'une obligation résultant d'une instruction peut faire l'objet d'une mesure de police administrative (mise en garde[591], mise en demeure[592]) ou d'une ouverture de procédure disciplinaire.

916 Le pouvoir de sanction exercé par l'ACPR en fait une autorité quasi juridictionnelle et paraît contraire au principe de séparation des pouvoirs affirmé par l'article 16[593] de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

917 Le Conseil constitutionnel a cependant jugé[594] en 2013 que l'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative ne porte pas atteinte au principe de séparation de pouvoirs dès lors qu'on se situe dans le cadre d'un régime d'autorisation administrative rendue nécessaire par l'obligation de prendre en compte des

---

590 Rapport sur les autorités administratives indépendantes. Office parlementaire d'évaluation de la législation par M. P. GELARD du 15 juin 2006.

591 Lorsqu'elle constate qu'une personne est susceptible de mettre en danger les intérêts de ses clients.

592 Mise en demeure de prendre dans un délai déterminé, toutes mesures destinées à la mise en conformité avec les obligations à respecter.

593 « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

594 Décision n° 2013-331 DC, QPC du 5 juillet 2013 considérant n°10 « Le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission… ».

contraintes techniques et des objectifs de valeur constitutionnelle et que ce pouvoir est exercé par une autorité administrative indépendante[595].

918 Le juge constitutionnel avait précédemment admis dans sa décision du 28 juillet 1989[596] que le législateur attribue un pouvoir de sanction à toute autorité administrative « dès lors d'une part que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

b) Les limites à l'exercice de pouvoirs délégués

919 L'autorégulation par le biais d'une autorité administrative indépendante est une façon de gouverner qui favorise la consultation, la négociation et une certaine transparence mais il convient de veiller à ce que soit respecté le principe énoncé à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel « la société a le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration ».

920 Le contrôle démocratique de l'Autorité ne peut être exercé par le gouvernement sans remettre en cause les garanties d'indépendance attachées à l'Autorité, il doit donc être assuré par le Parlement. Le renforcement de ce contrôle permettrait de concilier l'exigence d'indépendance et le principe de responsabilité.

921 Les limites de l'autorégulation ont été clairement identifiées. Celle-ci porte en elle un risque de conflit d'intérêts. Les intérêts du législateur sont opposés à ceux des établissements de crédit. L'Etat recherche l'intérêt général tandis que les établissements cherchent leurs intérêts privés, soit la maximisation de leur profit.

922 Le conflit est accentué lorsque les entreprises qui s'autorégulent bénéficient d'une assurance implicite, voire explicite de la part de l'Etat, assurance de garantie de l'Etat en cas de défaillance. Elles deviennent ainsi des entreprises publiques de fait[597].

923 La recherche d'une sécurité plus importante est l'objectif affiché par la réglementation mise en place mais les établissements de crédit, au vu de leurs intérêts particuliers n'ont aucun avantage à améliorer leur sécurité eu égard aux inconvénients, à savoir la détention de fonds propres importants. La mise en réserve de capitaux permet à une banque d'absorber les pertes. Le montant du capital qu'une banque doit détenir, comparé à ses actifs devrait être suffisant pour couvrir les pertes inattendues et rester

---

595 Décision 88-248. DC du 17 janvier 1989. CSA loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 32.

596 Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1980 considérant n° 6.

597 COHEN Elie, « Penser la crise », éditions Fayard avril 2010 p. 53

solvable même en temps de crise. Le montant de capital requis dépend du type d'actifs détenus par la banque.

En général, plus l'actif est risqué plus les capitaux mis en réserve sont élevés. De ce fait, pour augmenter le rendement de leurs fonds propres, les banques ont intérêt à porter des actifs présentant un risque important (prêts, créances, titres) mais à marges financières considérables. Comme elles doivent détenir plus de fonds propres, le rendement moyen de ces derniers est réduit parce que leur niveau est plus élevé.

924 Les acteurs semblent justifier leur rôle d'autorégulateur en rendant leur activité de plus en plus complexe, incompréhensible et opaque aux yeux des contrôleurs. L'autorégulation devient alors une forme de dérégulation comme le fait remarquer Larry SUMMERS, secrétaire d'Etat sous Bill CLINTON à propos des systèmes internes d'évaluation des risques des établissements de crédit[598].

925 L'autorégulation contribue à l'élaboration des règles relatives au droit bancaire. Il existe des liens de connivence entre le milieu bancaire et le pouvoir politique et vice-versa[599]. Des directeurs de banques ont été nommés à la tête d'autorités de régulation et ont obtenu des postes ministériels, des postes d'administrateurs et de consultants ont été offerts à des hommes politiques[600].

926 L'intérêt des professionnels est donc sous jacent dans l'esprit des régulateurs.

927 Les autorités de contrôle des établissements de crédit[601], sont pour la plupart indépendantes. Que faut-il entendre par là ?

Elles sont indépendantes des pouvoirs publics et normalement privés, pour assurer le respect de la règlementation d'un secteur en toute objectivité soit au nom du libéralisme économique, soit au nom du libéralisme politique.

928 Mais peut-on exercer des pouvoirs qui sont de l'ordre administratif, règlementaire et juridictionnel en étant sans contrôle ?

929 Ces autorités devraient donc être contrôlées principalement par des organes représentatifs de la Nation et non pas de leur profession.

---

598 COHEN Elie, « Penser la crise », éditions Fayard avril 2010, p. 350.

599 COHEN Elie, « Penser la crise », édition Fayard avril 2010, p. 127

600 COHEN Elie, « Penser la crise », éditions Fayard avril 2010, p. 127

601 ACPR, AMF.

B – Absence de contrôle hiérarchique sur l'ACPR

930 L'ACPR, autorité administrative, contrairement aux autres autorités administratives ne relève de la surveillance directe ni du pouvoir exécutif ni du pouvoir législatif.

1 - Absence de contrôle du pouvoir exécutif

931 Sur la plupart des administrations, le Gouvernement exerce un contrôle hiérarchique, une tutelle qui, selon René CHAPUS, n'est « rien d'autre que le pouvoir disciplinaire sur les unités décentralisées ».

Ce pouvoir permet à une autorité supérieure d'adresser des instructions à ses subordonnés qui doivent s'y conformer sinon ils prennent le risque de faire l'objet de mesures disciplinaires.

932 Le principe d'indépendance d'une l'Autorité administrative indépendante n'interdit pas la présence d'un Commissaire au gouvernement comme c'est le cas pour la CNIL et l'Autorité de la concurrence. Ce contrôle est inexistant au sein de l'ACPR.

Les pouvoirs de ce Commissaire sont cependant limités. Il ne participe pas aux délibérations mais peut, cependant, selon les cas, assister aux séances, présenter des observations, demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour ou demander, sauf en matière de sanctions, une seconde délibération au Collège de l'autorité[602].

De façon générale, la présence d'un Commissaire du Gouvernement peut faciliter la conciliation de pouvoirs règlementaires de l'Autorité et du pouvoir exécutif en favorisant la prise en compte par la première des intérêts nationaux ou des considérations de politique générale.

La présence du Commissaire paraît de nature à prévenir les crises des secteurs où la responsabilité de l'Etat serait au final mise en cause en faisant prévaloir en amont l'intérêt général sur les préoccupations des professionnels du secteur.

933 L'ACPR ne reçoit aucune instruction du Gouvernement pour orienter l'application des lois ou règlements, elle agit en toute indépendance.

L'exécutif ne peut ni annuler ni réformer une décision de l'Autorité. La réformation est le pouvoir qui permet à une autorité ou un organe supérieur de supprimer, d'anéantir une décision prise par une autorité ou un organe inférieur tout en lui substituant sa propre décision.

---

[602] Composition et missions du Collège de l'ACPR p. 89 et suivants.

Au contraire de l'annulation qui est rétroactive, la réformation entraîne non seulement la mise à néant d'un acte administratif, mais de surcroît l'adoption, par l'autorité qui l'a mise à néant, d'une nouvelle décision qui se substitue à cet acte.

Les décisions de l'ACPR ne peuvent faire l'objet ni d'annulation ni de réformation par le Gouvernement, seul le juge administratif[603] exerce un contrôle sur ces dernières.

2 – Absence de contrôle par le pouvoir législatif

934 Le Parlement, représentant de la Nation, qui contrôle l'action du Gouvernement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 de la Constitution du 4 octobre 1959, exerce avec parcimonie une surveillance sur les autorités de contrôle des établissements de crédit.

Le contrôle exercé par les parlementaires sur l'ACPR est réduit. Les membres de cette institution n'engagent pas leur responsabilité. Le Conseil d'Etat saisi par la Ministre de l'Économie et des finances sur la prise en charge financière d'éventuels contentieux en responsabilité a analysé cette question dans un avis du 8 septembre 2005[604].

Pour être pleinement responsable de ses actes et en réparer les conséquences, une autorité administrative doit être dotée de la personnalité morale. Il a été estimé que dès lors que la capacité juridique a été attribuée à l'autorité, il lui appartient, « en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait », « d'assurer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions ». C'est le cas de l'AMF.

935 La responsabilité de l'Etat pourrait être mise en jeu à titre subsidiaire même en cas de personnalité juridique de l'autorité « par les victimes des fautes commises dans l'exécution de l'exercice de la mission de service public » en cas d'insolvabilité de celle-ci. Dans cette hypothèse, l'État pourrait être soit condamné dans le cadre d'un contentieux dirigé contre lui, soit attribué à l'autorité « des ressources exceptionnelles destinées à remédier à son insolvabilité »[605].

---

[603] Ce contrôle ne peut toutefois pas être considéré comme un contrôle indirect de l'Etat car le juge administratif est compétent pour toutes les contestations dirigées contre les actes et décisions de l'administration à l'exception des affaires attribuées spécialement par la loi à d'autres juridictions administratives comme le Conseil d'Etat. Il examine entre autre, le recours contre les actes de l'Etat, les actions en responsabilité dirigées contre les services publics administratifs, les dommages causés par l'activité des services publics.

[604] Avis du Conseil d'État, rapport public 2006, p. 211.

[605] Mme Lombard relève que « dans un cas extrême, il faudrait même que le Gouvernement puis le Parlement décide de venir ou non précipitamment à son secours pour éviter que

936 Les membres de l'ACPR ne sont pas évalués sur leurs résultats ou la réalisation de leurs objectifs : préserver la stabilité du système financier et assurer la protection des consommateurs. Seule la publication d'un rapport annuel permet à l'Autorité de faire connaître ses actions et attirer l'attention des pouvoirs publics sur des enjeux particuliers.

937 Le contenu du rapport ne fait l'objet d'aucune harmonisation rendue obligatoire par la loi alors qu'il devrait être l'occasion de formuler des recommandations ou des propositions d'évolution législative ou règlementaire leur permettant de se saisir d'une difficulté que leur activité a mise en lumière.

938 Dans le cadre de son contrôle, le Parlement a développé un système d'audition de représentants des autorités administratives indépendantes organisées devant une commission, une délégation ou d'office. Dans ce cadre l'ACPR a fait l'objet d'une seule audition entre 2008 et 2013 alors que l'Autorité de la concurrence a été auditionnée 8 fois et la CNIL 20 fois.[606]

939 Quant à la CNIL, elle est composée de parlementaires et peut faire l'objet d'un Contrôle par la Cour des comptes ainsi que par le Conseil d'Etat pour certains de ses actes[607].

940 L'ACPR ne fait pas l'objet de contrôle permanent d'une commission parlementaire. Le rôle d'une commission parlementaire est entre autres de répondre au besoin de contrôle d'un secteur particulier ici, en l'occurrence, le secteur bancaire.

941 Le Parlement ne peut pas imposer à l'Autorité de lui faire un rapport spécial à date fixée sur la mise en œuvre d'une loi qu'il vient de voter. Du moins cette obligation ne fait l'objet d'aucun texte.

942 Les parlementaires ne peuvent pas faire de communication à l'Autorité pour lui indiquer leur point de vue sur une affaire particulière.

Ont-ils la possibilité d'envoyer une liste de questions techniques auxquelles l'Autorité doit répondre dans un délai relativement bref ?

943 Les commissions parlementaires peuvent-elles convoquer les membres de l'ACPR à des auditions fréquentes pour obtenir des explications sur un problème déterminé ?

---

l'instance de régulation soit, le cas échéant mis en cessation de paiement pour un sinistre de grande ampleur. » RJEP/CJEG n° 619, avril 2005.

606 Autorités administratives indépendantes ; 2006-2014 : un bilan. Document Sénat.

607 Dans le cadre de contrôles sur place de locaux d'entreprises la Conseil d'état a par deux décisions, annulé les sanctions de la CNIL. Car il a estimé que ces contrôles étaient irréguliers et devaient être préalablement « autorisé par un juge » à moins que le responsable de l'entreprise n'ait été « préalablement informé de son droit de s'opposer » au contrôle. Décisions n° 304300 (Société inter confort) et 304301 (Société pro décor) du 6 novembre 2009.

Sont-ils capables d'ordonner des enquêtes sur pièces et sur place au sein de l'Autorité ?

944 Les commissions parlementaires sont au nombre de huit au maximum depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008. Elles constituent les organes de travail essentiels de l'Assemblée Nationale.

945 Elles sont composées des membres désignés à la proportionnelle des groupes parlementaires, un parlementaire ne pouvant appartenir qu'à une seule commission. Chacune est compétente dans un domaine précisément défini.

- La commission désigne un rapporteur, effectue des auditions, adopte un rapport et des amendements.
- La commission des finances dispose de pouvoirs particuliers liés au suivi de l'exécution des lois de finance.
- Une commission spéciale, composée à la proportionnelle des groupes (70 membres à l'Assemblée, 37 au Sénat) peut être créée à l'initiative du Gouvernement ou de chaque Assemblée pour examen d'un texte particulier.
- Les commissions permanentes sont à distinguer des commissions d'enquêtes, de la commission mixte paritaire, des commissions aux missions particulières.

946 Or le rapport du sénateur P. GELARD[608] préconise l'exercice par la Parlement d'un contrôle régulier sur l'activité des Autorités administratives indépendantes, la mise en place d'objectifs de performance et d'indicateurs de résultats. Il insiste dans son rapport sur la nécessité d'une reddition des comptes plus fréquente devant les assemblées parlementaires.

947 Il invitait ainsi de manière générale « à réaliser régulièrement, au sein des commissions compétentes, l'évaluation des autorités administratives indépendantes existantes afin d'envisager, le cas échéant, une réorganisation »[609].

948 Le rapport annuel rendu par les autorités administratives indépendantes, outil majeur de leur contrôle, devrait être déposé systématiquement devant le Parlement et comporter des rubriques obligatoires[610]. Ces dernières concernent l'utilisation par l'Autorité de ses crédits, la mise en œuvre de ses prérogatives, la présentation des règles et de la doctrine qu'elle suit dans l'exercice de ses missions[611].

---

608 Rapport sur les autorités administratives indépendantes du 15 juin 2006. Office parlementaire d'évaluation de la législation.

609 Rapport GELARD du 15 juin 2006, Recommandation n°6.

610 Recommandation n°27 du rapport GELARD 15 juin 2006 reprise dans le rapport d'information déposé le 11 juin 2014.

611 Recommandation n°28 du rapport du 15 juin 2006 reprise dans la note d'information déposée le 11 juin 2014.

949 Une présentation du rapport annuel devrait être faite systématiquement devant une des commissions permanentes de chaque Assemblée[612].

950 Un véritable contrôle de l'Autorité est toutefois exercé par le pouvoir juridictionnel.

Section 2 : Les recours contre les décisions de l'ACPR

951 La mise en œuvre du contrôle s'avère difficile car l'existence de l'ACPR se justifie d'une part, par la nécessité de supervision du secteur et d'autre part, pour éviter les conflits d'intérêt entre l'Etat opérateur, producteur de services publics[613] et l'Etat régulateur dans le domaine économique.

L'ACPR, autorité administrative indépendante n'est soumise à aucun contrôle hiérarchique ou de tutelle.

952 Il revient donc au juge d'intervenir pour appliquer les lois et pour sanctionner les manquements à la loi. Il faut un contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes, de l'ACPR, pour la sauvegarde des droits des intéressés, ce contrôle est nécessaire d'un point de vue institutionnel et démocratique.

953 La constitution prévoit que le Gouvernement dispose de l'administration, pour qu'il assure l'exécution des lois et qu'il exerce le pouvoir règlementaire[614]. Tous ces attributs prévus par la Constitution ne peuvent pas lui être retirés. Le Conseil constitutionnel y a, à plusieurs reprises, fait allusion.

954 Il y avait vu un empiètement sur les pouvoirs conférés au Gouvernement. Le Conseil constitutionnel ne tient pas pour inconstitutionnel le principe des autorités administratives indépendantes mais encadre leurs fonctions et leurs attributions dans un certain nombre de limites et de garde-fous. Cette limite constitutionnelle impose que les décisions des autorités administratives indépendantes fassent l'objet d'un contrôle juridictionnel pour qu'on s'assure que dans l'exercice de leur pouvoir, elles ne dépassent pas les limites constitutionnelles et démocratiques.

---

612 Recommandation n° 29 du rapport du 15 juin 2006 reprise dans la note d'information déposée le 11 juin 2014.

613 L'Etat opérateur produit des services publics certains dans secteurs économiques par le biais des établissements publics et y joue un rôle concurrentiel (exemples : santé, transport).

614 Articles 20 et 21 de la Constitution du 4 Octobre 1958.

955 La mise en cause de la responsabilité de l'ACPR est soumise aux règles et principe du droit public quelque soit le juge compétent.

956 Autorité administrative exerçant des prérogatives de puissance publique et chargée de missions de service public, son contentieux relève, sauf exception, de la juridiction administrative conformément au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

957 Le contrôle juridictionnel des autorités administratives est normalement, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, sous l'autorité du juge administratif. Toutefois celui-ci n'a pas un total monopole en la matière.

Il peut advenir que le législateur attribue certaines compétences au juge judiciaire dans des domaines particuliers.

958 Dans ce cas, les deux ordres de juridictions concourent aux mêmes fins de contrôle des autorités administratives indépendantes dans un esprit de collaboration.

959 Le Conseil constitutionnel a admis cet état de fait[615] pour la Commission des Opérations de Bourse (COB).

960 Ainsi, dès lors que les pouvoirs de l'Autorité sont diversifiés, le contrôle de l'exercice du pouvoir règlementaire relève du Conseil d'Etat et celui de règlement des différents de la Cour d'appel de Paris. En matière de sanction, l'organe de surveillance diffère selon le type : répressif (juge judicaire) ou disciplinaire (juge administratif).

961 L'ACPR, autorité administrative prend des décisions qui sont qualifiées d'actes administratifs. Ces dernières peuvent donc être soumises au contrôle du juge administratif, plus précisément le Conseil d'État, qui a une compétence d'attribution de principe.

---

[615] Décision n° 260 DC du 28 juillet 1989, considérant n°22 : « Considérant que la possibilité n'en est pas moins reconnue à la Commission des opérations de bourse de prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'au décuple du montant des profits réalisés par l'auteur de l'infraction et qui est susceptible de se cumuler avec des sanctions pénales prononcées en raison des mêmes faits et pouvant elles-mêmes atteindre un montant identique ; que si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ; qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence dans l'application des dispositions de l'ordonnance du 28 septembre 1967 modifiée ».

962 Dans certains cas, il existe une compétence d'attribution dérogatoire au profit du juge judiciaire.

963 Les décisions de l'ACPR peuvent faire l'objet de recours administratifs devant une **juridiction administrative (§1)**, soit recours devant une **juridiction judiciaire, (§2)** soit encore devant une **juridiction pénale (§3).**

§ 1 : Recours administratifs devant une juridiction administrative

Les recours contre les sanctions administratives sont portée, en principe devant le **Conseil d'État (A**) qui vérifie que les décisions prises par l'ACPR sont conformes aux **principes fondamentaux du droit administratif (B).**

A - Fondement de la compétence d'attribution exclusive au Conseil d'Etat

964 A l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif, c'est le Conseil d'Etat qui est compétent en premier et dernier ressort, soit par application des règles de droit commun régissant la répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative, soit que les textes propres à l'Autorité administrative indépendante aient expressément prévu la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat.

Les recours contre les décisions individuelles de nature disciplinaire ou celles relatives aux agréments relèvent du Conseil d'Etat[616].

965 Cette intervention du Conseil d'Etat comme juge de premier et dernier ressort correspond à l'application des règles les plus classiques du droit administratif et du droit de la procédure contentieuse administrative.

Le Conseil d'Etat peut être saisi de recours en annulation pour excès de pouvoir. Il peut, dans ce cas, annuler la décision mais ne pas la modifier. Dans certains cas, le législateur lui a attribué un pouvoir de réformation de la décision, donc de modification.

966 Dans d'autres cas, il peut être saisi de recours indemnitaires. Ces derniers sont nécessairement dirigés contre l'Etat, dans le cas de l'ACPR et de la CNIL, parce que ces autorités administratives indépendantes n'ont ni personnalité morale, ni

---

[616] Article L 612-16 du Code monétaire et financier.

patrimoine. Leurs fautes éventuelles conduisent à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat.

967 Les décisions de l'ACPR sont des actes administratifs unilatéraux qui peuvent être annulés dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat, exercé dans les deux mois de la notification de la décision à l'intéressé.

968 Après avoir vérifié sa recevabilité, le Conseil d'Etat se prononcera sur la validité de l'acte attaqué et pourra l'annuler pour divers motifs : vice de forme affectant les formalités substantielles, détournement de pouvoirs ou illégalité relative aux motifs ou objet de l'acte.

969 Le Conseil d'Etat a pris acte de l'interprétation donnée par la CJUE pour l'application de l'article 6 de la Convention européenne et accepte de donner une interprétation large de la notion de tribunal[617]. Ainsi, pour la Commission des sanctions de l'ACPR, bien qu'elle ne soit pas une juridiction, les règles de l'article 6 s'appliquent à elle parce qu'elle est investie d'un pouvoir « sanctionnateur »[618].

970 Le contentieux de la responsabilité extra contractuelle de l'ACPR suit les règles de répartition des compétences matérielles et territoriales à l'intérieur de la juridiction administrative[619].

971 La réparation des dommages imputés à l'Autorité relève des tribunaux administratifs qui distinguent selon la cause du dommage, le tribunal compétent pour statuer.

---

617 Conseil de l'Europe/ Cour européenne des droits de l'Homme 2014, p.12 n° 44 « Notion de tribunal » : un organe disciplinaire ou administratif peut avoir les caractéristiques d'un « tribunal » au sens autonome que l'article 6 donne à cette notion, quand bien même il ne serait pas appelé « tribunal » ou « cour » dans l'ordre juridique interne. Dans la jurisprudence de la Cour européenne un tribunal est qualifié comme tel au regard de ses fonctions judiciaires, c'est à dire trancher les questions relevant de sa compétence sur la base de règles de droit à l'issue d'une procédure dûment conduite. Il doit aussi satisfaire à plusieurs autres exigences ; indépendance vis à vis de l'exécutif, impartialité, durée du mandat de ses membres, garanties accordées par sa procédure dont certaines figurent dans le texte de l'article 6§1.

618 Conseil de l'Europe/ Cour européenne des droits de l'Homme 2014, p. 13 n° 45 « Confier à l'administration la poursuite de la répression des infractions « pénales » légères n'est pas contraire à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 ».

619 Le tribunal compétent dépendra de l'imputabilité de la faute, lorsque cette dernière est due à une désorganisation des services c'est le tribunal administratif et les règles du droit public qui s'appliquent, en revanche lorsque l'on peut la détacher de la fonction du service ou de l'agent, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents.

972 Si le dommage est imputable à un fait ou un agissement administratif, c'est à dire d'actions en responsabilité fondées sur la carence de l'ACPR comme l'illustre le cas du Crédit Lyonnais qui, bien que soumis au contrôle des commissions chargées des activités bancaires, a pu développer une stratégie d'investissement qui a échappé à cette surveillance.

973 Lors d'un dysfonctionnement dans l'exercice du pouvoir de contrôle et de surveillance, le contentieux est attribué au tribunal du lieu où le fait générateur s'est produit[620].

974 Si le dommage est imputable à une décision administrative, décision illégale et par conséquent fautive ou décision légale qui crée un préjudice spécial et anormal qui rompt l'égalité devant les charges publiques, le contentieux appartient au tribunal compétent pour statuer sur sa légalité[621]. Mais les recours contre les décisions de l'ACPR portés devant la juridiction administrative échappent à la compétence des tribunaux administratifs au profit du conseil d'Etat[622].

B - Contrôle du respect des principes fondamentaux du droit administratif

975 Le juge veille au respect des principes fondamentaux du droit administratif[623] et des règles de procédure administrative[624].

976 C'est ainsi que dans une décision du 16 mars 2012, la Mutuelle du personnel des hospices de Lyon est mise en demeure par l'ACPR de se conformer à l'article l. 221-2[625] du Code de la mutualité et d'informer ses adhérents dans un délai de trois mois sur la nature de leur adhésion. La Mutuelle saisit le Conseil d'Etat pour faire annuler cette décision et soulève, à l'appui de sa requête, l'inconstitutionnalité du texte en question.

---

[620] Code de Justice Administrative article R 312-14 alinéa 2.

[621] Code de justice administrative article R. 312-14 alinéa 1.

[622] Code de justice administrative article R. 312-14 alinéa 3.

[623] Ces principes expriment des valeurs sur lesquelles repose le droit administratif et qui le distingue du droit privé. Par exemple l'intérêt général, les principe d'égalité, d'impartialité.

[624] La procédure inquisitoire, le principe du contradictoire, la règle non bis in idem. Les parties présentent leurs conclusions et leurs moyens sous la forme de mémoires écrits.

[625] Article relatif à la distinction entre les opérations individuelles, collectives, facultatives ou obligatoires des mutuelles.

977 Elle estime que la disposition qui ne permettait qu'aux salariés de droit privé de bénéficier des garanties souscrites auprès d'une mutuelle dans le cadre d'opérations collectives obligatoires, ne respecte pas le principe d'égalité.

978 Le Conseil d'Etat rejette sa demande considérant que « les dispositions critiquées ne méconnaissaient pas le principe d'égalité car elles n'instaurent, par elles mêmes, aucune différence de traitement fiscal ».

979 L'article l. 221-2 du Code de la mutualité ne s'applique pas aux fonctionnaires et aux autres agents publics sauf en présence d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur. L'enjeu est purement fiscal et permet l'application de l'article 83 du Code général des impôts[626].

980 L'ACPR enjoint la Mutualité d'informer les salariés qu'ils sont adhérents facultatifs et ne bénéficient donc pas de l'exonération fiscale. Le Conseil d'Etat l'approuve.

981 Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 25 novembre 2011[627], les sociétés AMEX assurances et Amexassurances.com demandent au Conseil d'Etat d'annuler les décisions sur lesquelles l'ACPR leur a interdit d'exercer leur activité d'intermédiation pendant dix ans maximum et condamné à 5 000 euros de sanctions pécuniaires.

982 Le Conseil d'Etat rejette leur requête pour irrecevabilité au motif que la requête et les mémoires des parties doivent être présentés par un avocat au Conseil d'Etat.

Cet arrêt rappelle que les parties doivent être représentées obligatoirement par un avocat au Conseil d'Etat.

983 Ces décisions qui ont été prononcées dans le domaine des assurances sont applicables aux banques.

984 A l'instar des autorités administratives classiques, l'ACPR est soumise au régime de droit commun de la responsabilité administrative pour faute et au régime de la responsabilité administrative sans faute.

Les juridictions administratives appliquent la distinction de la faute simple et de la faute lourde en subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'Etat ou des

---

[626] Article qui prévoit la déductibilité des cotisations ou primes versées aux régimes de prévoyance complémentaire auxquels les salariés sont affiliés à titre obligatoire pour l'imposition sur le revenu.

[627] Arrêt n° 329807 du 25 novembre 2011 relatif aux décisions de l'ACAM (ACPR) n° 2009/18, 2009/19, 2009/22 et 2009/23 du 30 avril 2009.

autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leur fonction de contrôle et de surveillance à une faute qualifiée.

985 Le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt du 30 avril 2001[628] que « la responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit (…) ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde ».

986 Les décisions de l'ACPR ne sont pas les seules à faire l'objet d'un recours auprès du Conseil d'Etat ; ainsi, les décisions de la CNIL font l'objet d'un recours auprès du conseil d'Etat dans les deux mois de leur notification.

987 En ce qui concerne l'Autorité de la concurrence, aux termes de l'article L 464-7 du Code de commerce, ses décisions font l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris au maximum dix jours après leur notification. La cour statue dans le mois du recours.

988 Les recours administratifs peuvent avoir lieu auprès du Conseil d'Etat et auprès du Conseil constitutionnel ou de la CEDH (Cour européenne des droits de l'homme) qui veille au respect des libertés fondamentales

989 Les décisions individuelles de l'ACPR telles qu'un refus d'agrément ou une décision d'exemption assortie de conditions dont le fondement légal est contesté par le requérant sont des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat. Différents exemples illustrent les recours possibles contre les décisions de l'ACPR.

a) Les recours devant le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel

990 Par un arrêt du 23 décembre 2011[629], le Conseil d'Etat a annulé la décision de placement sous administration provisoire de la société Landes Mutualiste pour excès de pouvoirs.

991 En effet, le 12 novembre 2009, l'Autorité de contrôle plaçait la Mutuelle Landes Mutualité sous administration provisoire. Cette décision avait pour fondement l'article

---

628 AJDA n°58, 2002, p. 133.

629 Conseil d'Etat, décision n° 335511 du 23 décembre 2011

L. 510-9 du Code de la mutualité en vigueur à cette date qui disposait que « lorsque la situation financière d'une mutuelle ou d'une union ou ses conditions de fonctionnement sont telles que les intérêts des membres participants et des bénéficiaires et de leurs ayants droits sont compromis ou susceptibles de l'être, l'Autorité de contrôle prend des mesures d'urgence nécessaires à la sauvegarde de ces intérêts. Elle peut, à ce titre … désigner un ou plusieurs administrateurs provisoires à qui sont transférés les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la direction de la mutuelle ou de l'union ».

992 L'Autorité de contrôle a justifié la sanction en évoquant des dissensions importantes au sein du conseil d'administration de la société. La Conseil d'Etat précise « qu'en estimant avoir été saisie par les dirigeants de l'union et en s'abstenant, par la suite, de les mettre à même de présenter des observations et de rechercher si la gestion de l'union ne pouvait plus être assurée dans des conditions normales, l'Autorité de contrôle a entaché sa décision d'erreur de droit… »

993 Un autre exemple peut illustrer les recours contre les décisions de l'ACPR. Par une décision du 10 juillet 2014, l'ACPR a engagé à l'encontre de la société Mutuelle des transports assurances (MTA) la procédure de transfert d'office de son portefeuille.

La société MTA est une société d'assurance régie par les dispositions du Code des assurances. Elle exerce une activité d'assurance obligatoire des artisans taxis.

En 2012, son exercice s'est soldé par un résultat net négatif et ses fonds propres ont diminué. Après une tentative demeurée infructueuse d'élaboration et d'approbation d'un programme de rétablissement, le collège de supervision de l'ACPR a constaté que les intérêts des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires de la société étaient compromis ou susceptibles de l'être.

994 Par une décision du 10 juillet 2014 elle a engagé à l'encontre de la société la procédure de transfert d'office de son portefeuille. Le fondement de la décision de l'Autorité était l'article 4 de l'ordonnance n° 2014-158 du 20 févier 2014 qui a modifié l'article 612-33 du Code monétaire et financier[630].

---

[630] Article L. 612-33 du Code monétaire et financier « Lorsque la solvabilité ou la liquidité d'une personne soumise au contrôle de l'Autorité ou lorsque les intérêts de ses clients adhérents ou bénéficiaires sont compromis ou susceptibles de l'être, ou lorsque les informations reçues ou demandées par l'Autorité pour l'exercice du contrôle sont de nature à établir que cette personne est susceptible de manquer, dans un délai de douze mois, aux obligations prévues par le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 …, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution prend les mesures conservatoires nécessaires ».

Le Conseil Constitutionnel saisi par le Conseil d'Etat le 21 novembre 2014[631], d'une question prioritaire de constitutionalité posée par la société MTA, a relevé que « le transfert d'office de tout ou partie du portefeuille s'opère sur décision de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, sans que soit laissée à la personne visée la faculté, pendant une période préalable, de procéder elle même à la cession de tout ou partie de ce portefeuille » et que « dans ces conditions, le transfert d'office du portefeuille de contrats d'assurance d'une personne titulaire d'un agrément entraine une privation de propriété au sens de l'article 17 de la déclaration de 1789 ». La Conseil Constitutionnel a donc déclaré l'article 612-33 du Code monétaire et financier contraire à la constitution.

995 Dans un arrêt du 5 mars 2012, le Conseil d'Etat remet en cause la décision de l'ACP[632] qui avait enjoint, le 4 mars 2010, le Crédit Immobilier de France Développement (CIFD) de respecter un ratio de solvabilité sur fonds propres de base de 12°/° au lieu du ratio de solvabilité sur fonds propres globaux de 8°/° imposé à l'époque par la réglementation.

996 Le pouvoir de l'ACPR de surenchérir sur la réglementation lorsqu'elle est nécessaire est réaffirmé par le Conseil d'Etat mais l'insuffisance d'argumentation avancée par l'Autorité devant les juges justifie l'annulation de la décision[633].

997 Au 31 décembre 2015, quatre recours contre les décisions de la Commission étaient pendants devant le Conseil d'Etat et concernaient[634] :

- La décision de sanction de la Caisse d'épargne et de prévoyance du Languedoc-Roussillon du 25 novembre 2013.
- La décision à l'encontre de la société Bank of India du 11 février 2015. La Commission avait condamné la société à un blâme et une sanction pécuniaire de 300 000 euros[635]. Le Conseil d'Etat a rejeté le recours par un arrêt du 5 octobre 2016.
- La décision par laquelle la société Cards Off avait été sanctionnée par un blâme et une amende de 100 000 euros[636]. Le Conseil d'Etat a rejeté le recours formé contre la société dans un arrêt du 21 septembre 2016.
- Et le recours au fonds formé par la société Vaillance Courtage contre la décision du 20 juillet 2015 qui la condamnait à un blâme et une sanction pécuniaire de 20 000

---

631 Conseil Constitutionnel QPC 6 février 2015 décision 2014-449

632 Anciennement Commission bancaire et actuellement appelée ACPR.

633 Revue Banque n° 750, 26 juin 2012.

634 ACPR, Rapport d'activité 2016, p. 109.

635 Procédure n° 2013-07, décision du 11 février 2015.

636 Procédure n° 2014-05, décision du 26 février 2015.

euros[637]. La demande de suspension de la sanction a été rejetée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 14 octobre 2015.

998 Le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel ne sont pas les seules institutions qui peuvent remettre en cause les décisions de l'ACPR. Ces dernières peuvent, dans certains cas[638], être soumise à la Cour européenne des droits de l'homme.

b) Les recours devant la CEDH

999 La Cour européenne des droits de l'homme, crée en 1959, est l'organe judiciaire du Conseil de l'Europe[639]. Elle sanctionne les États ayant manqué à leurs engagements souscrits lors de la signature de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[640]. Elle veille, par ses décisions au respect de la Convention. Elle peut être saisie par toute personne physique ou morale.

1000 La Caisse d'Epargne Languedoc Roussillon (CELR) a formé un recours contre la décision de la Commission des sanctions de l'ACPR du 25 novembre 2013[641] avec une demande de renvoi préjudiciel pour interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne pour non respect de ses droits fondamentaux au cours d'une procédure d'enquête sur le fondement des articles 7 et 47 de la charte des droits fondamentaux éclairé par les dispositions des articles 6§3 et 8 CEDH.

1001 La CELR a soutenu que ses droits fondamentaux, notamment les droits de la défense et le droit à un procès équitable ont été méconnus au cours de la phase de contrôle qui a débouché sur l'ouverture de la procédure disciplinaire à son encontre. « Elle évoque principalement le non respect de la charte de l'ACPR publiée le 22 juillet 2010 relative à la conduite d'une mission de contrôle sur place dans le secteur bancaire, le caractère à charge de la conduite du contrôle dont elle a fait l'objet, des manquements à l'information loyale en début de contrôle, le caractère tardif de

---

[637] Procédure n° 2014-11, décision du 20 juillet 2015.

[638] La Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours interne et uniquement pour violation des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme entrée en vigueur le 3 septembre 1953 ou des protocoles additionnels.

[639] Le Conseil de l'Europe est la plus ancienne organisation intergouvernementale européenne et celle qui regroupe le plus de pays d'Europe : 47 pays membres représentants plus de 800 millions d'européen. (www.strasbourg-europe). Il est totalement indépendant de l'Union européenne mais collabore avec elle dans certains domaines. Les 28 membres de l'Union européenne sont membres du Conseil de l'Europe. Ce dernier œuvre principalement pour la sauvegarde des droits de l'homme et pour les valeurs démocratiques.

[640] Convention signée le 4 novembre 1954. Et ratifiée par la France en 1974.

[641] Décision de Commission des sanctions de l'ACPR n°2013-01

certaines demandes de l'inspection, l'absence de prise en compte des contraintes d'exploitation de l'établissement, des manquements à l'obligation d'intégrité et d'impartialité dans la prise en compte des éléments communiqués par l'établissement tenant à la non transmission au Secrétariat Général et au Collège de sa réponse à la « vue d'ensemble » du rapport d'inspection et à la présence, dans le dossier de la procédure, de 40 pages illisibles comportant des réponses au projet de rapport dont la teneur était en conséquence ignorée tant par le Secrétariat Général que par le Collège de l'ACPR lorsqu'ils ont eu à statuer sur les suites à donner à ce contrôle ». Elle évoque de surcroit l'absence d'information de la possibilité d'être assisté par un conseil.

1002 Sa demande a été rejetée au motif « qu'il appartient seulement à la Commission des sanctions de s'assurer que le contrôle préalable à la saisine a été réalisé dans les conditions garantissant qu'il n'ait pas été porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles les griefs ont ensuite été notifiés ».

1003 Dans l'affaire DUBUS[642] mentionnée dans le chapitre premier, la CEDH relève que la Commission bancaire exerce deux types de fonctions. La première est une fonction de contrôle, englobant un contrôle administratif et un pouvoir d'injonction prévu par les articles L. 613-6, L. 613-15 et L. 613-16 du Code monétaire et financier selon lesquels « le Secrétariat général de la Commission bancaire, sur instruction de la Commission bancaire, effectue les contrôles sur pièces et sur place » et la Commission bancaire peut adresser une mise en garde, une recommandation ou une injonction.

La seconde fonction est disciplinaire et la Commission exerce son pouvoir de sanction en agissant à ce titre comme une « juridiction administrative ».

La Cour relève l'imprécision des textes qui régissent la procédure devant la Commission bancaire quant à la composition et aux prérogatives des organes appelés à exercer les fonctions qui leur sont dévolues.

Elle a estimé que la requérante pouvait à raison nourrir des doutes quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions. Elle a estimé qu'il y a avait eu violation de l'article 6§1 de la Convention.

---

642 Arrêt Cour européenne des droits de l'homme, 11 juin 2009.

1004 L'annulation des décisions de l'Autorité[643] lors des recours décrédibilise la rigueur de la surveillance des établissements.

1005 Le contrôle juridictionnel des autorités administratives n'est pas du ressort exclusif de la juridiction administrative, il concerne également le juge judiciaire.

§ 2 : Recours devant la juridiction judiciaire : la Cour d'appel de Paris

1006 Deux principes dominent l'action du juge judiciaire dans ce domaine. Il intervient tout d'abord comme juge administratif au titre d'une compétence d'attribution spécifique qui déroge à la règle de séparation des autorités administrative et judiciaire. Ensuite, le contrôle des pouvoirs de sanction pécuniaire donnés à l'ACPR lui impose de veiller au respect des garanties fondamentales applicables en matière pénale, inscrite notamment dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

A - Compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris

1007 C'est une compétence d'attribution dérogatoire au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Seules certaines des décisions sont soumises au contrôle du juge judiciaire : ce sont toutes les décisions individuelles (mesures conservatoires) sauf celles qui ont trait aux agréments ou qui sont de nature disciplinaire.

1008 Comment justifier cette compétence ?

1009 Elle s'explique par un souci d'unification de l'ensemble des contentieux spécifiques au domaine concerné au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé[644].

---

[643] En même temps l'ACPR doit respecter les principes et droits fondamentaux.

[644] Conseil constitutionnel, décision n°86-224 du 23 janvier 1987 Considérant 15 « … Conformément à la conception française de séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par la loi de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». et considérant n° 16 « Dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une

1010 Le Conseil constitutionnel précise, pour ce qui est des litiges de droit privé, qu'il importe, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'éviter ou de supprimer les divergences qui pourraient apparaître dans l'application ou l'interprétation des législations[645].

1011 Ainsi le juge judicaire, en l'espèce la cour d'appel de Paris[646], intervient en premier et dernier ressort (pas de double degré de juridiction) sous le contrôle de la chambre commerciale de la Cour de cassation[647]. Comme le juge administratif, elle peut annuler la décision déférée, il peut aussi la réformer et dispose d'un pouvoir de pleine juridiction qui lui permet, après annulation, de statuer sur le fond.

1012 Suite à une décision, les parties peuvent en demander la réformation en visant une réduction de la sanction prononcée, l'annulation ou la modification de certaines injonctions. Cette faculté résulte de la compétence de pleine juridiction dont dispose la Cour d'appel de Paris pour connaître les recours contre les décisions de certains AAI (ACPR, Autorité de la concurrence).

1013 La cour contrôle sa légalité interne (contenu de l'acte, motifs de son adoption) et externe (incompétence, vice de forme, respects des garanties procédurales).

Dans l'arrêt du 27 septembre 2005[648], la Cour de cassation rappelle qu'ayant annulé la décision du Conseil de la concurrence, la Cour d'appel « était tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties tendant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction ayant conduit à la décision qu'elle annulait et, le cas échéant, sur les griefs notifiés et maintenus par le rapport ».

---

législation ou d'une règlementation pourrait engendrer des contestations contentieuses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ».

645 Décision n° 86-224-DC du 23 janvier 1987 Considérant n° 17 « Considérant que si le Conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence ; qu'à des titres divers, le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ».

646 Arrêt Cour d'appel de Paris 1er chambre section H 12 décembre 2006, Société Bouygues téléphone SA.

647 Cassation Chambre commerciale, arrêt n° 1325, pourvoi n° K 04-16667, 27 septembre 2005, Société Bétons travaux et autres, Revue Lamy droit des affaires 2005 n° 88, jurisprudence concurrence.

648 Cassation Chambre commerciale, Arrêt n° 1325 du 27 septembre 2005.

1014 Par exception, le contentieux de la responsabilité de la Commission bancaire, aujourd'hui l'ACPR constitue, pour partie, un bloc de compétence au profit de la juridiction judiciaire. Elle a affirmé sa compétence dans l'arrêt MIZON du 6 avril 1994[649] au motif que « la connaissance des recours en annulation emportant celle des demandes d'indemnisation fondées sur l'illégalité de la décision annulée. Ces demandes doivent être portées devant-elle, car juge de l'excès de pouvoir au plan national, il lui incombe d'apprécier le dommage imputable aux décisions qu'elle annule ». L'entier litige relève dans ce cas, de la compétence du juge judiciaire du fait des conséquences de sa décision.

B - Contrôle du respect des règles de procédure et des principes fondamentaux

1015 Le juge judiciaire a un pouvoir d'annulation pour vice de forme, violation des formalités substantielles de procédure ou violation des garanties applicables (en règle générale, les droits de la défense et le principe du contradictoire) ou en cas d'application inexacte des textes sur lesquels se fonde la décision.

1016 Dans le domaine des sanctions pécuniaires prononcées par les autorités administratives indépendantes, le juge judiciaire contrôle également le respect des garanties fondamentales en matière pénale.

1017 Plusieurs principes doivent être cités à cet égard : la légalité des délits et des peines, la non rétroactivité de la loi la plus sévère en d'autres termes l'application de la loi plus douce, la proportionnalité des peines (principe selon lequel les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés et motivées en fonction des critères mentionnés dans les textes),

1018 la règle non bis in idem mentionnée plus loin[650] qui concerne la prohibition des doubles poursuites et enfin le principe de la personnalité des poursuites et des peines.

1019 Le juge judiciaire veille également au respect des garanties de procédure à savoir : la présomption d'innocence. La méconnaissance de cette garantie essentielle et de l'obligation d'impartialité qui l'accompagne est à l'origine d'annulation de décisions de sanctions prises par l'ACPR[651] ;

---

[649] CAA Paris, 6 avril 1994 MIZON c/Agent du trésor Dalloz 1994, p. 511.

[650] Infra p. 354.

[651] Cour d'appel de Paris, arrêts du 7 mai 1997, OURY-CIP, arrêt 2 juillet 1999, Debus.

- le respect des droits de la défense[652] et l'obligation de loyauté qui en découle, impliquent que les personnes entendues au cours de l'enquête soient informées de l'objet de celle-ci et de leur droit à être assistées d'un conseil ;
- le principe du contradictoire[653], principe essentiel de tout procès qu'il soit civil, administratif ou pénal selon lequel nul ne peut être jugé sans avoir été appelé et pu librement se défendre. Les parties doivent être à même de débattre les moyens, explications et documents susceptibles de fonder la décision,[654] ce qui implique que tous les éléments recueillis par l'Autorité investie d'un pouvoir de sanction, ou qui lui sont soumis soient transmis à la partie qui doit se défendre ;
- le respect des règles qui régissent la charge de la preuve en droit disciplinaire[655].

---

[652] Dans une décision rendue le 28 décembre 2016, la Commission des sanctions de l'ACPR, a infligé un blâme ainsi qu'une sanction pécuniaire de 900 000 euro à la société Saxo Banque France (SBF) agréée en qualité de banque et prestataire de services d'investissement au motif, entre autres, que 17 dossiers analysés lors d'un contrôle sur place, présentaient un défaut de déclaration de soupçon ou d'examen renforcé. La Commission a spécifié que « SBF avait la possibilité, dans chaque dossier, de présenter sa défense sur chacune des deux qualifications formulées, qu'il en résulte en conséquence de la qualification alternative retenue par la poursuite, aucune atteinte aux droits de la défense ni, contrairement à ce que soutient SBF, de rupture d'égalité entre les parties ». Procédure n° 2016-01. Par ailleurs, dans sa décision Mutuelle d'Ivry-la fraternelle du 19 juin 2015, la Commission a considéré que le fait que toutes les observations de l'établissement mis en cause en réponse au projet de rapport n'aient pas été jointes au rapport de contrôle ne constituait pas en soi une atteinte irrémédiable aux droits de la défense, dès lors qu'il avait pu, dans le cadre des échanges contradictoires devant elle, corriger la présentation des faits qui y figurait (procédure 2014-08)..

[653] Dans sa décision Generali Vie du 24 juillet 2015 (procédure 2014-07) La Commission des sanctions de l'ACPR a rappelé que le respect du principe des droits de la défense ne s'imposait qu'à compter de la notification des griefs, tandis que les contrôleurs n'étaient tenus que par un devoir de loyauté et d'impartialité pendant la phase de la saisine. Dans cette décision, elle a écarté une exception de procédure tenant à l'atteinte au principe du contradictoire résultant de la production, par le représentant du Collège, d'une réponse au rapport du rapporteur après expiration du délai dont la personne mise en cause disposait elle-même pour réagir par écrit. La Commission a estimé que l'établissement avait disposé d'un délai suffisant avant l'audience pour répondre. Elle a, de surcroit, précisé que la règle fixée pour les procédures disciplinaires de l'ACPR par le I de l'article R. 612-48 du Code monétaire et financier, selon laquelle la personne mise en cause doit avoir la parole en dernier, concerne l'audience et non la phase d'instruction préalable à celle-ci.

[654] Article 18 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

[655] Dans sa décision du 18 novembre 2015 (procédure 2015-04 Mme A. Vilar da Lomba Meneses), la Commission a considérée que, si le dossier de procédure avait fait apparaître des désordres et des approximations dans l'organisation de la gestion de ce courtier, le Collège de l'ACPR, autorité de poursuite, n'avait pas rapporté la preuve , qui lui incombe, des manquements reprochés qui consistaient en des détournements de primes d'assurance et la réalisation de faux documents, sur lesquels était fondée la mise en cause de l'honorabilité de cet intermédiaire.

- La séparation des fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement et principe d'égalité des armes, garanties d'un jugement impartial. Ces principes ont été consacrés le 5 février 1999[656] par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui approuve la cour d'appel d'avoir mis en cause la désignation du rapporteur parmi les membres de la Commission des opérations de bourse et sa présence au délibéré. Cette organisation institutionnelle confondant dans le même organe de décision la poursuite, l'instruction et la constatation de la culpabilité portait atteinte au principe d'impartialité inscrit dans la CEDH (Cour Européenne des Droits de l'Homme).

1020 La cour d'appel de Paris a depuis étendu sa jurisprudence par un arrêt du 7 mars 2000[657], « KPMG » en observant que les modalités de mise en œuvre des attributions données à la Commission dans la poursuite, l'instruction et le jugement des pratiques qu'elle sanctionne, ne garantissait pas le droit de la personne mise en cause à un procès équitable.

Cet arrêt, qui impose l'existence de garanties d'impartialité objective, a conduit la Commission des opérations de bourse (COB) à annoncer par communiqué du 20 mars 2000 la suspension des procédures engagées en application des textes critiqués, et à modifier en conséquence son règlement intérieur. De même pour la Commission bancaire.

1021 Les décisions de l'ACPR sont susceptibles de recours, ce qui affaiblit la rigueur du contrôle. Les faits incriminés peuvent être remis en cause par l'établissement condamné de manière dilatoire ou abusive. Bien que ce comportement soit réprimé par les articles 32-1, 559[658] et 628 du Code de procédure civile. En effet, au delà de la volonté d'obtenir la réformation de la décision de l'Autorité, l'appel peut être utilisé de manière dilatoire avec son effet suspensif. La preuve de l'abus est difficile à apporter. Le retard pris dans l'exécution de la décision, surtout lorsqu'il s'agit d'une sanction financière en affaiblit la portée et l'efficacité dans la mesure où elle s'inscrit dans une démarche répressive plutôt que pédagogique.

---

656 Arrêt OURY, Cour de cassation, assemblée plénière, 5 février 1999, pourvoi n° 97-16440.

657 Audience du 7 mars 2000, n° d'inscription au répertoire général 1999/15862, recours de la Commission des opérations de bourse en date du 18 juin 1999.

658 Article 559 du Code de procédure civile « En cas d'appel principale dilatoire ou abusif l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un montant de 3000 €, sans préjudice des dommages et intérêts qui lui sont réclamés … ».

§ 3 : Recours devant une juridiction pénale : non bis in idem

1022 Le principe **non bis in idem** signifie « qu'une personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différentes[659] ».

En d'autres termes ; une même infraction ne peut faire l'objet de plusieurs poursuites et sanctions.

1023 Le respect de la règle non bis in idem est consacré à l'article 4-1 du protocole n°7 de la CEDH,[660] à l'article 14-7 du pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques et aux articles 6 et 368 du Code de procédure pénale. Elle interdit de poursuivre et de sanctionner une personne en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif.

On retrouve également ce principe à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne auquel la France a émis une réserve : seules les infractions relevant de la compétence des tribunaux en matière pénale sont soumises au principe non bis in idem[661].

1024 En matière financière, le champ du pouvoir de sanction administrative est strictement encadré par le droit de l'Union.

1025 L'ACPR peut porter atteinte au principe dans la mesure où elle est habilitée à infliger des sanctions disciplinaires aux établissements de crédit pour violations d'obligations constituant en même temps des infractions pénales, même si, en pratique, ces infractions demeurent réprimées par le juge pénal. Il y a risque de double poursuite et de sanction.

---

[659] Article 386 du Code pénal.

[660] « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

[661] « Seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens de l'article 4 du protocole n°7 »

1026 **Le principe a une résonnance particulière dans le droit français et européen qui se traduit tantôt par des divergences, tantôt par une protection accrue du principe dans les jurisprudences nationales et européennes.**

1027 Il existe une divergence entre le droit interne et le droit européen en ce qui concerne l'application du principe.

Le droit français a adopté un critère organique : est une sanction administrative celle qui est prononcée par une autorité administrative.

1028 La Cour européenne des droits de l'homme penche pour un critère matériel. L'élément matériel est le fait générateur de l'infraction pénale, l'élément incriminé, le comportement qui a fait l'objet de l'incrimination c'est à dire la manifestation externe de l'activité délictueuse.

A - La position française

1029 Le droit français remet au législateur le soin de rendre les peines cumulables ou non : du seul fait qu'il qualifie une sanction administrative, il en autorise le cumul avec une sanction pénale.

1030 A la suite d'un contrôle sur place effectué par la Commission Bancaire (CB) entre le 29 avril 2007 et le 11 janvier 2008, M. MERGEN, inspecteur de la Banque de France, a signé le 2 avril 2008 un rapport d'inspection. Par un arrêt du 11 avril 2010, le Conseil d'Etat annule la décision du 18 décembre 2009 par laquelle la CB avait, sur le fondement de l'article L. 613-21 du Code monétaire et financier, prononcé à l'encontre de la Banque Populaire Côte d'Azur (BPCA) un blâme et une sanction pécuniaire de 600 000 euros et rejeté la demande tendant à ce que la décision ne fasse l'objet d'aucune mesure de publicité faisant apparaître son nom.

1031 Le collège de l'ACPR statuant en sous collège sectoriel de banque a décidé le 3 mai 2012 d'ouvrir, à la suite du rapport du 2 avril 2008, ci dessus mentionné, une procédure disciplinaire à l'encontre de la BPCA à laquelle il a reproché d'avoir méconnu ses obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme.

1032 Par conclusions déposées le 8 octobre 2012, la BPCA demande à la Commission des sanctions de l'ACPR de transmettre au **Conseil Constitutionnel** trois questions prioritaires de constitutionnalité tirées respectivement de l'absence de

prescription des infractions disciplinaires, de la non séparation des fonctions de poursuites et d'instruction au sein de l'ACPR et de l'absence de disposition interdisant à l'auteur de la saisine de participer au délibéré de la Commission des sanctions.

1033 Seule la première question, qui illustre le principe non bis in idem, sera abordée dans les développements qui suivent.

1034 La BPCA soutient que la décision rendue le 18 décembre 2009 rendue par la Commission Bancaire à son encontre a fait l'objet d'une mesure de publicité nominative, qui avait été exécutée avant l'annulation de cette décision par la Conseil d'Etat dans son arrêt du 11 avril 2012, ce qui l'aurait rendue définitive.

1035 Cette mesure de publicité qui revêtait effectivement le caractère d'une sanction a été annulée par la Conseil d'Etat de même que les autres décisions prononcées le 18 décembre 2009 par la Commission Bancaire à l'encontre de la BPCA par une décision du 11 avril 2012, elle même rendue publique, et n'a donc pas plus que celles-ci, sur le plan juridique, de caractère « définitif ».

« Quelles que soient les conditions dans lesquelles la décision du 18 décembre 2009 a été publiée sur le site de l'ACPR, son annulation rend possible, dans le respect de la règle non bis in idem, que la BPCA soit à nouveau poursuivie et, le cas échéant sanctionnée, par la Commission des sanctions de l'ACPR… ».[662]

1036 Les conclusions de la BPCA, tendant à la transmission au Conseil d'Etat, de questions prioritaires de constitutionnalité ont de ce fait été rejetées.

1037 La restriction posée par la règle non bis in idem semble empêcher le cumul des infractions pour un même fait qui peut relever à la fois de l'ACPR et de la juridiction pénale.

La règle non bis in idem est propre à la matière pénale, elle ne peut pas s'appliquer au cumul des sanctions pénales et administratives.[663]

1038 Ainsi, l'ACPR est une Autorité administrative indépendante, elle agit au nom et pour le compte de l'Etat et engage la responsabilité de ce dernier. Ses sanctions sont en conséquence administratives. Dans ce cas, le cumul des sanctions administratives

---

[662] Décision de la Commission des sanctions de l'ACPR procédure n° 2012-04 et 2012-04 bis.

[663] Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, considérant 16 ; Cons. Const. 30 décembre 1997 n°97-395, Cour de Cassation 8 juillet 2010, CE 16 juillet 2010. Rosenfeld E et Veil J., « Sanctions administratives, sanction pénales », Revue pouvoirs n° 128, p. 61, janvier 2009.

et pénales peut trouver à s'appliquer de manière justifiée. La jurisprudence en la matière, tant française qu'européenne, énonce clairement la possibilité de cumuler une sanction prononcée par un tribunal pénal et une sanction émanant d'une autorité administrative [664].

1039 **Le Conseil constitutionnel a tout d'abord rejeté la constitutionnalité du principe non bis in idem au nom de l'indépendance des ordres de juridiction**. Ainsi, **la séparation des contentieux judiciaires et administratifs** permettait de justifier le cumul des sanctions[665]. La sanction doit être proportionnée ce qui signifie que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé des infractions encourues.

1040 Cette proportionnalité imposée par le Conseil Constitutionnel paraît défavorable à la rigueur du contrôle dans la mesure où la mise en œuvre de sanctions financières élevées peut s'avérer dissuasive pour le contrevenant.

1041 La France pourrait être amenée à revoir sa position dans un avenir proche compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Par un arrêt du 4 mars 2014[666] La cour a exigé de l'Italie qu'elle clôture dans les plus brefs délais les poursuites pénales qu'elle avait engagées pour manipulation de marchés à l'encontre de plusieurs personnes et sociétés, déjà définitivement sanctionnées par le régulateurs boursier italien en application du principe non bis in idem. Compte tenu

---

664 Cour de cassation arrêt PBRI du 22 janvier 2014 pourvoi n° 12-83579. « … L'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse en raison des mêmes faits, être poursuivie et condamnée pour un délit dès lors que, d'une part, ce cumul garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive au sens de l'article 14-1 de la directive n° 2003/6/CE du 20 janvier 2003 dont dépend la réalisation de l'intérêt général reconnue par l'Union européenne, entrant dans les prévisions de l'article 52 de la charte et tendant à assurer l'intégrité des marchés financiers communautaires et à renforcer la confiance des investisseurs, d'autre part, le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne peut dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée… ». Commentaires : Eckert G., « vers l'introduction du cumul des poursuites administratives et pénales », Revue juridique de l'économie politique, n° 724, novembre 2014. Mennesson N et Lorrain R., « Non bis in idem : vers une double condamnation de la France ? », La semaine juridique et entreprise et affaires n° 45, 6 novembre 2014. Dufour O, « Nouveau rebondissement dans le dossier non bis in idem », petites affiches, 15 octobre 2014 n° 206 p. 4. Drummond F. « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », bulletin Joly bourse, 31 décembre 2014, n°12 p. 605. Bonneau T. « Quel avenir pour la double répression pénale et administrative de l'abus de marché », Revue de droit bancaire et financier n° 4, juillet 2014.

665 Décision COB, 28 juillet 1989.

666 CEDH 04 mars 2014, arrêt Grande Stevens et a. c/ Italie.

de la similarité des systèmes français et italien, la persistance du cumul des poursuites semble remise en question, du moins pour les infractions boursières.

1042 **Dans une décision du 18 mars 2015, le Conseil Constitutionnel est revenu sur sa position sans pour autant considérer le principe comme étant de valeur constitutionnelle.** Il précise « À compter de la publication de sa décision, les poursuites ne pourront pour les mêmes faits, qu'elle qu'en soit la date, et à l'égard de la même personne, être engagées ou continuées sur le fondement de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier ou des dispositions contestées de l'article L. 621-15 du même code, dès lors que les premières poursuites auront été engagées devant la Commissions des sanctions de l'AMF[667] ou le juge judiciaire ou qu'une décision aura déjà été rendue par l'un ou l'autre [668]».

1043 **D**ans cette décision rendue sur l'affaire du délit d'initié des dirigeants d'EADS. Le Conseil précise le champ d'application du cumul, c'est à dire ce qui le conduit à déclarer inconstitutionnel le cumul de sanctions prononcées par une autorité administrative, en l'espèce l'AMF, et la justice pénale. Il énonce dans quelle mesure les « mêmes faits » peuvent faire l'objet de poursuites différentes et distingue quatre critères permettant d'écarter l'application du principe non bis in idem.

- Dans le premier critère, les dispositions qui servent de fondements aux poursuites pénales et disciplinaires ne doivent pas aboutir à réprimer les mêmes faits qualifiés de manière identique.
- Le second réside dans le fait que les deux répressions ne doivent pas protéger les mêmes intérêts sociaux.
- Le troisième est rempli si les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions de nature différente.
- Le quatrième et dernier critère est la répression devant deux ordres de juridiction distincts.

1044 De cette analyse, le Conseil constitutionnel déduit qu'aucun des quatre critères n'est rempli, situation qui emporte, dans l'affaire des dirigeants d'EADS, violation du principe non bis in idem.

---

667 Solution qui semble pouvoir être applicable à l'ACPR.

668 Décision n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.

1045 De même, la **Cour de cassation dans son arrêt du 20 mai 2015 affirme l'impossibilité du cumul des poursuites pour manquement et délits financiers**

Il apparaît que cet arrêt, en ce qu'il applique le principe de proportionnalité imposée par le Conseil Constitutionnel paraît défavorable à la rigueur du contrôle dans la mesure où la mise en œuvre de sanctions financières élevées peut s'avérer dissuasive pour le contrevenant.

1046 « Attendu qu'il apparaît que l'arrêt a condamné M. X. sur le fondement de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier précité, pour des faits identiques à ceux pour lesquels la Commission des sanctions de l'AMF avait antérieurement statué à son encontre de manière définitive sur le fondement de l'article L. 621-15 du même code doit être annulé que l'annulation aura lieu sans renvoi… [669]».

1047 Dans l'arrêt du 25 octobre 2016[670], la Cour de cassation confirme qu'une action unique animée par la même intention coupable ne saurait revêtir deux qualifications pénales cumulativement retenues.

1048 En l'espèce, Mr Max X avait été poursuivi pour avoir, d'une part, recélé des fonds qu'il savait provenir d'escroqueries commises par sa compagne au profit de la SA Alombard et de la SA Infraplus, d'autre part, apporté son concours à une opération de placement, de dissimulation, ou de conversion du produit direct ou indirect du délit d'escroquerie dont sa compagne avait été définitivement déclarée coupable. Mr X a été condamné par la Cour d'appel pour recel et blanchiment pour avoir utilisé les fonds provenant de l'escroquerie.

La Cour de cassation énonce dans un attendu de principe « Les faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu à deux déclarations de culpabilité de nature pénale fussent-elles concomitantes ».

1049 Ces décisions, qui peuvent être appliquées aux sanctions prononcées par l'ACPR, sont conformes à l'application du principe faite par les instances européennes.

---

669 Cassation chambre criminelle, 20 mai 2015 pourvoi n° 13-83.489.

670 Cassation chambre criminelle, 25 octobre 2016 pourvoi n° 15-84552.

B - L'application du principe au sein de l'Union

1050 **La CJUE** entend faire appliquer avec rigueur l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui encadre la règle non bis in idem dans les mêmes termes que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1051 La Cour apprécie strictement les conditions dans les quelles les limitations peuvent être apportées à cette règle. Elle estime que le cumul entre les poursuites administratives et pénales est contraire à l'article 50 de la Charte lorsque la procédure administrative « revêt un caractère pénal ».

1052 Dans un arrêt du 26 février 2013, la CJUE a interprété l'article 50 de la Charte. Dans cette décision, l'administration suédoise reprochait à M. Akerberg Fransson d'avoir manqué à ses obligations déclaratives en matière fiscale afférentes à différents impôts.

Par décision du 24 mai 2007, l'administration fiscale a prononcé à son encontre des sanctions fiscales pour les exercices fiscaux de 2004 et 2005.

En 2009, Le ministère public suédois a engagé contre lui une procédure pénale. Il l'accuse d'avoir commis un délit passible selon le droit suédois de peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à six ans.

1053 La CJUE précise l'interdiction de la double peine en application de l'article 50 de la Charte. « elle ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose pour les mêmes faits de fraudes aux obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, une combinaison de sanctions fiscales et pénales. Ce n'est que lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal et qu'elle est devenue définitive au sens de la Charte, que le principe de l'interdiction de la double peine s'oppose à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personnes[671] ».

1054 Dans un arrêt du 30 avril 2015[672], la **CEDH** confirme l'interdiction du cumul des répressions pénales et administratives.

---

[671] CJUE arrêt du 26 février 2013, Aklagaren c/ M. Hans Akerberg Fransson., affaire C-617/10.

[672] CEDH 30 avril 2015, Kapetanios et autres c/ Grèce requête n° 3453/12.

En l'espèce, Mrs Kapetanios, Nikopoulos et Aggloupas, requérants, ont fait l'objet de poursuites pénales pour des faits de contrebande et autres infractions douanières. Tous ont bénéficié de relaxe définitive que ce soit en première instance ou en appel.

1055 Parallèlement à la procédure pénale, les autorités administratives compétentes ont initié contre les requérants des procédures administratives en les condamnant à des amendes de même nature. Ils ont donc formé des recours contre ces décisions de condamnation devant les juridictions de l'ordre administratif.

1056 Les amendes ont été validées en première instance par les tribunaux administratifs dont les jugements ont été confirmés par les cours administratives d'appel[673].

Les requérants se sont tous pourvus en cassation invoquant le principe non bis in idem au soutien de leur recours. Les pourvois ont été rejetés par le Conseil d'Etat Hellénique en partie au motif de l'autonomie des deux procédures pénales et administratives et que seules les condamnations pénales avaient autorité de la chose jugée sur l'administratif et que toute solution contraire reviendrait à priver les autorités administratives de leur pouvoir répressif.

Les voies de recours internes épuisées, une requête est formée devant la Cour européenne des droits de l'homme. La question posée à cette Cour était celle de la possibilité de soumettre un individu ayant fait l'objet d'une décision à l'issue d'une première procédure à caractère pénale à une seconde procédure de même nature, et ce à raison des mêmes faits.

1057 La Cour européenne répond que cela constitue une violation non seulement de l'article 4 du protocole n°7[674] mais également de l'article 6§2 de la convention et condamne la Grèce à verser des dommages et intérêts aux requérants[675].

1058 L'analyse de la jurisprudence de la CJUE, de la CEDH et du Conseil constitutionnel démontre que les conditions qui subordonnent l'application du principe « non bis in idem » sont évolutives.

---

[673] Cours administratives d'appel des villes d'Athènes, de Patras et du Pirée.

[674] Article 4 du protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ».

[675] Jurisclasseur, droit fiscal, Litec, 22 janvier 2015, n°4. Principe non bis in idem, décisions récentes.

1059 Le règlement n° 596/2014 et la directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 imposent aux Etats membres au plus tard le 3 juillet 2016 de sanctionner pénalement les abus de marché. Selon le considérant 53 de la directive 2014/57/UE « Lors de l'application du droit national transposant la présente directive, les Etats membres devraient veiller à ce que l'application des sanctions pénales en cas d'infractions… n'entrainent pas une violation du principe non bis in idem »[676]. ».

1060 Cependant, dans une décision du 15 novembre 2016 rendue en grande chambre[677], **la Cour européenne des droits de l'homme infléchit sa jurisprudence** en admettant plus largement qu'auparavant le cumul des sanctions pénales et fiscales. Elle précise que le protocole n°7 « ne bannit pas les systèmes juridiques qui traitent de manière intégrée (…) le méfait néfaste pour la société (…) en réprimant celui-ci dans le cadre de phases parallèles menées par des autorités différentes à des fins différentes ».

1061 En présence d'un cumul de procédures, pénale et fiscale unies par un « lien matériel et temporel suffisamment étroit », il ne semble pas y avoir de « répétition » de procès ou de peines, donc pas de violation du protocole n°7.

La Cour exige seulement que « la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier soit prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif ».

1062 Cette jurisprudence se rapproche de celle du Conseil Constitutionnel qui a réitéré dans deux décisions du 24 juin 2016[678] le principe selon lequel le cumul des poursuites pénales et fiscales ne porte pas atteinte à la Constitution, à la condition que la procédure pénale pour fraude fiscale s'applique aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt.

---

676 Transposée en droit français par la loi n°2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.

677 Grande chambre A et B c. Norvège, n° 24130/11 et 29758/11.

678 Décisions n° 2014-545 QCP et 2014-546 QCP du 24 juin 2016.

1063 **La loi du 21 juin 2016 réforme le système de répression des abus de marché en répondant aux exigences européennes[679]. Elle a fait l'objet d'une application en France lors du jugement du tribunal correctionnel de Paris le 30 mars 2017.**

1064 En l'espèce, l'entreprise ALTRAN, spécialiste du conseil en technologie avait été mise en cause pour avoir maquillé ses comptes[680] en 2001 et 2002. Dès le début, l'affaire a suscité des poursuites qui comportaient deux branches : la COB (devenue AMF) a diligenté une enquête dès le mois de septembre 2002. En janvier 2003, une information judiciaire a été ouverte. Ces deux procédures ce sont traduites par un examen des mêmes faits par la COB et le juge répressif.

En mars 2007, la COB a sanctionné les principaux dirigeants d'ALTRAN. Dans sa décision, la COB a examiné un ensemble de faits qui ont été ultérieurement soumis au tribunal correctionnel de Paris et a considéré que les manquements boursiers dont elle était saisie n'étaient que partiellement constitués. La sanction de la COB a donc été « partielle », certains griefs ayant finalement été écartés.

À la Suite de cette décision, un recours a été exercé. La Cour d'appel de Paris a confirmé en mai 2009 la position adoptée par la COB, le pourvoi en Cassation formé contre l'arrêt de la Cour a par la suite été rejeté.

1065 Parallèlement à la procédure devant la COB, des mises en examen ont eu lieu dans le cadre du volet pénal, l'affaire a donné lieu en juin 2014 à une première décision de la part du juge répressif. Dans un premier jugement, le tribunal correctionnel de Paris a annulé l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction pour vices de forme en faisant notamment observé que le juge d'instruction avait omis de répondre au grief formulé par certains prévenus au sujet de la violation de l'adage « non bis in idem ».

1066 Suite à une deuxième ordonnance de renvoi, l'affaire a de nouveau été plaidée devant le tribunal correctionnel de Paris en décembre 2016. Ce dernier a été amené à cette occasion à statuer sur les faits précédemment examinés par la COB.

1067 Le jugement fait une application immédiate de la loi du 21 juin 2016 qui a mis en place un « mécanisme d'aiguillage » consistant à instaurer une consultation entre

---

679 Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché. JORF n° 144 du 22 juin 2016.

680 Délit de diffusion d'informations inexactes au marché.

l'Autorité des marchés financiers et le Parquet national financier de façon à prévenir des doubles poursuites[681].

1068 Cette loi consacre également un principe d'extinction de l'action publique[682] en cas de notification de griefs identiques à ceux qui fondent la saisine de l'AMF.

1069 Le jugement ALTRAN n'est pas définitif, il a pris appui sur une solution consacrée par la chambre criminelle de la Cour de cassation lorsque plusieurs infractions sont indissociablement liées.

1070 Par analogie, ce raisonnement peut être transposé aux litiges relevant de l'ACPR.

1071 La Commission des sanctions de l'ACPR n'est pas pleinement un tribunal pourtant elle présente tous les traits qui caractérisent une juridiction : elle est créée par le législateur qui définit sa compétence et prévoit les mesures qui assurent l'indépendance et l'impartialité de ses membres ; elle tranche de façon permanente les différends selon les règles procédurales applicables aux tribunaux : ses décisions sont motivées et rendues à l'issue d'une procédure contradictoire dans le respect des droits de la défense.

1072 Pour Rémi BOUCHEZ, Président de la Commission des sanctions de l'ACPR, « le dispositif fonctionne de manière quasi-juridictionnelle. La commission n'est pas une juridiction en droit interne mais elle est un tribunal au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme [683]».

---

681 Lettre des juristes d'affaires, n° 1300 du 1er mai 2017. Non bis in idem « Le jugement ALTRAN traduit une position d'attente de la jurisprudence française ».

682 Action en justice exercée contre l'auteur d'une infraction visant à la traduire devant une juridiction pénale. Elle est déclenchée par les magistrats du ministère public (parquet), certains fonctionnaires ou par la victime (constitution de partie civile).

683 Compte rendu de la Commission des finances du Sénat du 28 janvier 2015, « les pouvoirs de sanction des régulateurs financiers ».

1073 Les recours constituent des obstacles procéduraux et retardent l'application des sanctions administratives. Or ces sanctions sont souvent relativement faibles et empêchent également l'application des sanctions pénales plus contraignantes et surtout qui pourraient être plus dissuasives et inciter davantage aux respects des obligations bancaires.

1074 Ces insuffisances sont supplées par l'intervention d'autres autorités administratives pour surveiller le secteur.

CHAPITRE II : LES CUMUL DES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LE SECTEUR BANCAIRE

1075 Le contrôle des établissements de crédit n'est pas exclusif à l'ACPR il est cumulé à celui d'autres autorités administratives indépendantes qui interviennent soit

dans le secteur bancaire (AMF), soit dans des domaines autres qui concernent indifféremment toutes les entreprises (Autorité de la concurrence).

1076 Pour apprécier la capacité des autorités de contrôle des établissements de crédit à accomplir leurs missions, il est intéressant de les comparer avec les autres institutions de contrôle dont ils relèvent et qui paraissent plus efficaces dans leurs activités c'est à dire qui atteignent les objectifs qui leur sont fixés.

1077 Le but est de mettre en exergue les facteurs clés de leur efficacité, de s'en inspirer pour améliorer les autorités de contrôle bancaires et de permettre, par le biais du contrôle un comportement éthique et responsable des établissements de crédit.

1078 Au contrôle de l'ACPR s'ajoute celui d'autres autorités administratives indépendantes dont relèvent toutes les entreprises y compris les banques.

1079 Ainsi, certaines institutions ont une mission de contrôle semblable à celle de l'ACPR soit dans le domaine de la finance, comme **l'AMF (Section 1)** qui régule les marchés financiers, soit dans des domaines d'activité différents. C'est le cas de **l'Autorité de la concurrence (Section 2)** et de la **Commission nationale informatique et libertés (CNIL) (Section3)**.

1080 L'AMF règlemente et contrôle les opérations financières portant sur les sociétés cotées. Elle délivre les agréments des sociétés de gestion de portefeuilles et contrôle l'exercice des activités de services d'investissements et les structures de marché. L'ACPR a pour mission de prendre les décisions individuelles d'agrément des établissements de crédit, des sociétés de financement et des entreprises d'investissement après approbation, le cas échéant de l'AMF.[684]

1081 Les deux autorités se répartissent leurs compétences respectives en matière de supervision et coordonne leurs actions en matière de protection des épargnants.

1082 La CNIL n'est pas réellement une autorité de contrôle des établissements de crédit mais ces établissements, responsables de données à caractère personnel (fichiers clients) vont être soumis aux règlementations relatives à la collecte et au traitement de ces données. Ainsi, conformément à la loi informatique et libertés, le dossier d'un emprunteur détenu par un établissement de crédit ou une banque ne doit contenir que des informations nécessaires à la délivrance du crédit (identité du client, situation financière, statut juridique[685]).

---

[684] www.acpr.banque-france.fr, et www.amf-france.org

[685] Tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice.

1083 La loi française permet aux emprunteurs de contrôler l'utilisation que les banques et les établissements de crédit font des données personnelles détenues. Si le client souhaite recevoir des informations à ce sujet et qu'il n'a pas obtenu de réponse au bout de deux mois, il peut se retourner vers la CNIL pour faire respecter ses droits.

1084 L'évolution rapide des technologies et la mondialisation ont créé de nouveaux enjeux pour la protection des données à caractère personnel. L'ampleur de la collecte et du partage de données à caractère personnel a augmenté de manière importante.

1085 Ces évolutions ont nécessité un cadre de protection des données solide et cohérent dans l'Union assorti d'une application stricte des règles[686]. Le règlement européen du 27 avril 2016 [687] permet aux personnes physiques, quelque soit leur nationalité ou leur résidence d'avoir le contrôle des données à caractère personnel les concernant et renforce la sécurité juridique des acteurs au sein de l'Union.

1086 Concernant l'Autorité de la concurrence : le droit français de la concurrence s'applique à l'ensemble des activités économiques.

C'est la nature économique de l'activité et non la qualité de l'opérateur ou la forme sous laquelle il intervient qui détermine l'applicabilité des règles de la concurrence.

1087 Toutes les activités de production, de distribution et de services sont concernées, quels qu'en soient les auteurs conformément à article L. 410-1 du code de commerce.

Les établissements de crédit y sont par conséquent soumis. A titre d'exemple, dans le domaine bancaire, en matière de facturation de frais de tenue de compte, l'association française des usagers bancaires a décidé de saisir l'Autorité de la concurrence pour soupçon d'entente entre établissements bancaires et pour manquement d'information des clients du Crédit Mutuel[688].

---

[686] Hass Gérard, avocat à la cour, « Protection des données : publication du règlement européen », 4 mai 2016.

[687] Règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel.

[688] GAROSCIO Paolo, Journal de l'économie, Etudes et analyses du 29 décembre 2015 : Frais de tenue de compte l'Autorité de la concurrence saisie.

1088 Pour chacune des autorités seront abordés leurs pouvoirs, leurs organisations, les sanctions qu'elles peuvent infliger avec une comparaison avec l'ACPR

Section 1 : Le contrôle bancaire par l'Autorité des marchés financiers (AMF)

1089 Le financement des agents économiques ne se fait pas uniquement par le biais du crédit. Les grandes entreprises financent leurs besoins en ayant recours au marché financier.

1090 Les banques jouent un rôle d'intermédiaire sur le marché financier. L'importance des banques dans l'intermédiation s'est accrue avec la concentration du secteur, la disparition d'un certain nombre de statuts[689] et l'internationalisation de leurs activités.

1091 Aujourd'hui, la plupart des groupes bancaires français ont des filiales spécialisées dans les services d'investissement[690], dans la gestion d'actifs[691] et même dans l'assurance. Au delà de leurs activités traditionnelles, elles développent des activités financières non bancaires[692].

1092 L'AMF impose aux établissements de crédit d'avertir les clients sur les risques encourus par certains produits financiers.

Les sociétés cotées ont un devoir de transparence vis à vis des investisseurs. L'AMF s'assure que les sociétés cotées diffusent bien des informations exactes, fiables et précises. Tous les investisseurs doivent avoir l'accès à l'information en même temps. L'Autorité assure ainsi la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les autres placements donnant lieu à l'appel public à l'épargne.

1093 Créée par le législateur en 2003[693] de la fusion du Conseil des marchés financiers[694], de la Commission des opérations de bourse[695] et du Conseil de

---

[689] Comme les agents de change.

[690] Ce sont les entreprises d'investissement.

[691] Ce sont des sociétés de gestion.

[692] SICAV, fonds communs de placement, courtage d'actions …Les banques privées acceptent des dépôts des particuliers fortunés et investissent dans des actifs financiers.

[693] Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière.

discipline de la gestion financière[696], l'AMF comprend un collège de 16 membres dont quatre représentatifs de la profession mais nommés par le Ministre de l'économie et des finances, garantie de professionnalisme et d'indépendance.

1094 Elle s'appuie sur l'expertise d'environ 450 collaborateurs et perçoit le produit des droits et contributions versés par les personnes assujetties à son contrôle, ce qui lui permet de disposer de l'autonomie financière[697].

1095 Les établissements de crédit relèvent du contrôle des deux autorités du fait de leur statut juridique[698], leurs activités[699] et des produits commercialisés[700].

Ainsi, pour les personnes morales exerçant des activités de gestion d'investissements et d'intervention sur le marché financier[701], le contrôle de l'ACPR s'exerce sur l'activité de prestation de service d'investissement mais le contrôle du respect des règles de bonne conduite et des obligations professionnelles relèvent de la compétence de l'AMF.

---

694 Conseil créé le 2 juillet 1996. Collège de professionnels comprenant 16 membres exerçant un pouvoir règlementaire et de discipline sur les acteurs des marchés financiers qui opéraient en France.

695 Organisme créé en 1967 qui, dès sa création a une mission de contrôle de l'information donnée par les émetteurs de valeurs mobilières qui font publiquement appel à l'épargne. Outre cette mission d'information elle avait un pouvoir règlementaire (proposition de règlements susceptibles de perfectionner le fonctionnement des marchés, de protéger l'épargne investie en bourse), un pouvoir d'injonction (elle pouvait mettre fin à des comportements qu'elle jugeait néfaste pour le marché), un pouvoir d'enquête et un pouvoir juridictionnel (elle pouvait recevoir des plaintes et prononcer des sanctions).

696 Institution française dont la vocation était de sanctionner les professionnels d'épargne collective. Le Conseil de discipline de la gestion financière avait pour fonction d'obliger ces acteurs à respecter la réglementation en vigueur notamment en matière d'information de l'épargnant.

697 http://www.amf-France.org/l-AMF/Missions -et-compétences.

698 Les sociétés cotées (AMF), associations et fondations dites de micro crédit, les établissements de monnaie électronique (ACPR),

699 Personnes habilitées à exercer des activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers (ACPR), intermédiaires financiers autorisés à fournir des services d'investissements ou des conseils en investissements financiers (AMF).

700 Les produits d'épargne collective investis dans des instruments financiers (AMF), l'intermédiation en opération de banque et de service de paiement c'est à dire présenter, proposer ou aider à la conclusion des opérations de banque (ACPR).

701 Exemple : les entreprises de marché qui sont des sociétés commerciales ayant pour activité d'organiser et de faire fonctionner le marché financier règlementé, elles fixent les règles de fonctionnement et d'adhésion au marché en se conformant à la réglementation de l'AMF, elles décident des admissions, des radiations ou des suspensions de côte des divers instruments financiers sauf en cas d'un avis contraire de l'AMF.

1096 L'imbrication entre les produits de banque, d'assurance, d'épargne et d'investissement et le développement d'acteurs à même de les distribuer, rendent nécessaire une coordination étroite entre l'ACPR et l'AMF. C'est pourquoi il sera procédé à une analyse du fonctionnement de cette dernière, en ce qui concerne les établissements de crédit acteurs sur les marchés règlementés, pour mettre en exergue les divergences existantes entre les deux autorités[702].

1097 L'ACPR et l'AMF poursuivent un **objectif commun, celui de veiller à la protection du consommateur**. Afin de renforcer le contrôle de la commercialisation des produits financiers opérée par les entités dont elles contrôlent chacune des activités, les pouvoirs publics ont institué, en parallèle de la création de l'ACPR (ordonnance du 21 janvier 2010[703]) un pôle commun à l'ACPR et l'AMF[704].

1098 Dans le communiqué de presse commun de l'AMF et de l'ACPR du 30 avril 2010, les deux autorités font savoir que « la mise en place de ce mécanisme de coordination entre l'ACPR et l'AMF répond à l'objectif d'améliorer la protection des clients en prenant en compte l'imbrication croissante entre les différents produits d'épargne et le développement d'acteurs à même de distribuer la gamme des produits financiers ».

1099 Le pôle commun permet aux deux autorités de mettre en œuvre un contrôle coordonné, d'échanger toutes les informations nécessaires à l'exercice de leurs missions, de s'alerter mutuellement sur les risques de mauvaise commercialisation, de dialoguer sur les meilleurs moyens de les circonscrire et de lancer des actions communes en appui des politiques de contrôle développées par chaque autorité.

1100 Ainsi, le pôle commun est chargé de définir et coordonner la veille sur l'ensemble des opérations et services des campagnes publicitaires relatives aux produits d'épargne.

1101 Une convention signée entre l'ACPR et l'AMF le 30 avril 2010 définit les modalités de fonctionnement de ce pôle, en particulier celles ayant trait à l'exercice des missions du pôle, telles que prévues par le Code monétaire et financier[705].

1102 Dans un communiqué de presse publié le 19 février 2015[706], les deux autorités se coordonnent pour harmoniser leurs attentes en matière de communication publicitaire en précisant leurs critères communs d'appréciation du caractère clair,

---

[702] Infra partie 1 chapitre 2

[703] Ordonnance n° 2010-76 : Création d'un pôle commun ACPR/AMF. Rapport du Comité consultatif du secteur financier 2009-2010, p. 79.

[704] Code monétaire et financier, articles L. 612-47 à 612-50.

[705] Article L. 612-47 du Code monétaire et financier.

[706] http://www.amf-France.org/Actualités/communiques-de-presse/AMF/annee-2015.

exact et non trompeur des communications publicitaires. C'est ainsi que d'une manière générale, l'information doit permettre au client d'appréhender la nature du produit proposé ainsi que les risques afférents. L'exactitude de la communication implique que les éléments d'informations ne reposent pas sur des allégations fausses mais précises et véridiques.

De surcroît, la publicité ne doit pas reposer sur des allégations, indications et présentations déformées ou incomplètes des produits ou des communications publicitaires qui minimisent, travestissent ou occultent des éléments ou avertissements importants[707].

1103 Les pouvoirs de l'AMF se distinguent de ceux de l'ACPR sur trois points : l'élaboration de la réglementation, une procédure particulière de mise en œuvre des sanctions et un véritable pouvoir judiciaire.

1 – Un contrôle renforcé par le pouvoir règlementaire de l'AMF

1104 L'AMF surveille les acteurs et les produits de la place financière française. Elle règlemente, autorise, surveille et lorsque c'est nécessaire, contrôle, enquête et sanctionne. Elle veille également à la bonne information des investisseurs et les accompagne en cas de besoin.

1105 L'AMF édicte des règles qui s'appliquent aux acteurs et aux produits qui entrent dans son champ de compétence : marchés financiers, sociétés cotées, intermédiaires financiers, produits d'épargne collective, etc. : règles publiées dans le règlement général de l'AMF, lequel précise de surcroît les modalités d'application des lois dans le domaine de la régulation financière. Il est composé de sept livres. Le livre II intitulé « émetteurs et informations financières » est consacré aux obligations d'information et à la réglementation destinée aux émetteurs c'est à dire les sociétés cotées en bourse ou émettant des emprunts obligataires.

1106 L'AMF participe activement à de nombreuses initiatives de règlementation européennes[708] et internationales[709] en faveur d'une meilleure régulation. Elle coopère

---

[707] Recommandation ACPR n° 2015 –R-01 du 16 février 2015 et positions recommandations de l'AMF ; DOC-2011-24 (guide pour la rédaction des documents commerciaux et la commercialisation des OPC), DOC-2013-13 (guide pour la rédaction des documents commerciaux dans le cadre de la commercialisation des titres de créance structurés), DOC-2009-15 (guide relatif à la commercialisation des emprunts obligataires auprès des clients non professionnels).

[708] En 2015, l'AMF a participé aux démarches de simplification de la réglementation applicable aux PME et ETI en vue d'encourager leur accès au financement par les marchés de capitaux. (Publication AMF, Acteurs et produits, 10 décembre 2015).

avec ses homologues européens et étrangers. Elle consulte régulièrement professionnels, épargnants et universitaires dans le but de faire évoluer la réglementation bancaire et financière.

1107 Elle joue également un rôle important dans les instances européennes en contribuant à l'élaboration de standards. Elle est membre de l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA[710]) dont le rôle est entre autres de favoriser la création de normes et de pratiques communes en matière de réglementation et de surveillance au sein de l'Union européenne. Rôle renforcé aujourd'hui dans un contexte de marchés financiers mondialisés qui nécessite l'émergence de standards internationaux précis, cohérents et harmonisés[711].

1108 A chaque modification, le règlement général de l'AMF est soumis à consultation publique avant d'être adopté par le Collège, puis présenté au Ministre de l'Economie qui l'homologue par un arrêté publié au journal officiel de la République française.

1109 Ainsi, l'AMF, le 30 mars 2010 a effectué une consultation publique sur le régime applicable au rachat de titres de créances ne donnant pas accès au capital. L'objectif était d'assurer une plus grande transparence car le dispositif en vigueur manquait de clarté et de souplesse et ne permettait pas d'atteindre les objectifs de transparence et d'égalité de traitement des investisseurs[712].

1110 De surcroit, à la suite de la promulgation de la loi du 29 mars 2014[713] visant à reconquérir l'économie réelle dite loi Florange, l'AMF a soumis à consultation publique des modifications de certaines dispositions du livre II de son règlement général relatives aux offres publiques qui visent entre autres les cas d'instauration d'un seuil de caducité obligatoire des offres publiques à 50% du capital ou des droits de vote[714].

---

709 Membre de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV), l'AMF intervient dans la définition et l'application de standards internationaux qui visent à protéger les investisseurs, assurer des marchés financiers efficaces et transparents et lutter contre les risques systémique et les crime financier. (Publication AMF du 24 juillet 2014).

710 ESMA « European Securities Market Autority », institué par le règlement du Parlement et du Conseil du 24 novembre 2010. Elle succède au Comité européen des régulateurs de marchés financier. L'ESMA fait partie du système européen de surveillance financière mise en place après la crise de 2008, au même titre que l'Autorité bancaire européenne (ABE), l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (EIOPA) et le Comité européen du risque systémique (CERS).

711 www.amf-France.org

712 AMF, consultation publique sur le régime applicable au rachat de titres de créances ne donnant pas accès au capital 30 mars 2010.

713 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, JORF n° 0077 du 1er avril 2014.

714 Consultation publique de l'AMF sur les modifications de son règlement général concernant les offres publiques d'acquisition 29 mars 2014.

1111 En mai 2014, à la suite des opérations SFR VIVENDI et ALSTOM, le collège de l'AMF a validé la constitution d'un groupe de réflexion placé sous la responsabilité d'un membre du collège, afin de conduire une réflexion sur l'opportunité de prévoir une procédure plus organisée sur les cessions d'actifs significatifs par une société cotée, dans la mesure où la réglementation actuelle n'appréhende pas globalement ce type d'opérations.

1112 Ainsi, le droit des sociétés laisse aux organes sociaux chargés de la gestion une grande latitude ; la cession constitue un acte de gestion qui relève de la compétence des organes de gestion c'est à dire pour les sociétés cotées du directeur général qui, conformément à l'article L. 225-56 du Code de commerce est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » et cela, « dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration ». L'assemblée générale extraordinaire n'intervient que si la cession des actifs emporte de facto une modification de l'objet social tel qu'inscrit dans les statuts.

1113 Le Collège a pris connaissance du rapport du groupe de réflexion et consulte sur les propositions émises dans ce cadre sur la possibilité d'adopter une disposition législative afin d'encadrer les cessions du principal des actifs.[715]

1114 Le groupe de réflexion propose que les codes de gouvernement d'entreprises, dont les actions sont admises sur un marché règlementé, posent en principe que l'assemblée générale des actionnaires soit consultée préalablement à la cession du principal des actifs de la société. Cette consultation ne pourrait être écartée que si les circonstances et l'intérêt de la société le justifiaient. De surcroît, le groupe invite l'AMF à recommander diverses mesures propres à renforcer l'information du marché sur les circonstances et les motifs ayant conduit la société à décider de telles opérations et de promouvoir de bonnes pratiques contribuant à démontrer que l'opération est bien conforme à l'intérêt de la société[716].

1115 L'ACPR émet, quant à elle, des recommandations qui ont force obligatoire[717] sur le fondement de l'ordonnance de création de l'ACP de janvier 2010[718], devenue ACPR, de la loi de réglementation bancaire et financière[719] adoptée en octobre 2010 et du document de nature explicative de l'ACPR de juillet 2011 portant sur la

---

715 Consultation publique portant sur le rapport du groupe de réflexion sur les cessions d'actifs significatifs.

716 Rapport sur les cessions et acquisitions d'actifs par les sociétés cotées. Schricke Christian, p 2, 2015.

717 C'est à dire qu'elles s'imposent aux établissements qui lui sont assujettis.

718 Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant création de l'ACP.

719 Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 relative à la réglementation bancaire et financière.

politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel. C'est ainsi que lorsqu'elle recommande une bonne pratique, tout établissement de crédit semble pouvoir s'en écarter, puisque simple recommandation, mais si l'ACPR considère que les pratiques du contrôlé sont susceptibles de mettre en danger les intérêts des clients, elle peut alors le mettre en garde puis le sanctionner en cas de non respect de cette mise en garde.

1116 Comme l'AMF, l'ACPR participe à titre d'Autorité française de supervision et de résolution aux instances internationales et européennes de la banque et de l'assurance. Dans l'accomplissement de ses missions, elle prend en compte les objectifs de stabilité financière dans l'ensemble de l'espace économique européen et de mise en œuvre convergente des dispositions nationales et de l'Union européenne en tenant compte des bonnes pratiques et des recommandations issues des dispositifs de supervision de l'Union européenne[720].

1117

1118 De même que l'ACPR, l'AMF peut infliger des sanctions. Mais l'Autorité des marchés financiers utilise transaction et médiation pour singulariser ces dernières.

2 – La transaction[721] et la médiation pour éviter ou adapter les sanctions

La transaction

1119 Le Collège peut proposer **un dispositif de transaction** aux intermédiaires financiers qui n'ont pas respecté leurs obligations professionnelles. Cette proposition introduite par la loi de régulation bancaire et financière et précisé par le décret d'application du 16 août 2011 est une alternative à la procédure de sanction.

Ainsi, en même temps qu'il notifie les griefs, le collège de l'AMF peut proposer à une personne mise en cause de conclure un accord de transaction ou composition administrative. Cette personne dispose alors d'un mois pour se prononcer sur la proposition de l'AMF.

---

[720] ACPR, Rapport d'activité « Les missions et le champ de compétence de l'ACPR », 2015.

[721] Transaction ou procédure de composition administrative en application de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010.

Si la personne refuse, une procédure de sanction est ouverte. Si elle accepte, l'accord doit être conclu dans un délai de quatre mois à compter de cette acceptation. A défaut d'accord conclu dans les quatre mois, une procédure de sanction est ouverte.

L'accord de transaction est négocié par le secrétaire général de l'AMF et la personne mise en cause, qui s'engage à verser au Trésor public une somme dont le montant maximum est celui de la sanction pécuniaire encourue. L'accord doit être validé par le Collège puis homologué par la Commission des sanctions.

La décision de la Commission des sanctions sur l'accord de transaction peut faire l'objet d'un recours par les personnes mises en cause et par le président de l'AMF.

Si l'accord homologué n'est pas respecté par la personne concernée, la Commission des sanctions ouvre une procédure de sanction.

La médiation

1120 De surcroît, les personnes sanctionnées par l'AMF peuvent avoir **recours à un médiateur**. Ce dernier permet à un intermédiaire de régler à l'amiable un différent. Il reçoit et instruit les réclamations et les demandes de médiation[722]. Il propose une résolution à l'amiable des litiges ce qui permet d'éviter une procédure judiciaire. Il intervient dans tout litige qui entre dans le champ de compétence de l'AMF. La procédure de médiation est encadrée par une charte[723].

La procédure de la médiation est gratuite, confidentielle[724], rapide[725] et volontaire[726]. Elle suspend les délais de prescription de l'action civile et administrative.

Elle permet donc de gagner en rapidité et en simplicité sans perdre en sévérité puisque les sommes versées par les auteurs de manquements, en application d'un accord transactionnel sont d'un montant équivalent à celui des pénalités prononcées par la Commission des sanctions de l'AMF. Les accords font obligatoirement l'objet d'une publication alors que la Commission des sanctions peut décider de ne pas faire publier les sanctions[727].

---

722 Article 621-19 du Code monétaire et financier.

723 Charte de la médiation publiée le 20 juin 2013.

724 Les éléments échangés au cours de la procédure de médiation ne sont pas rendus publics.

725 La durée de la médiation est en principe de 3 mois à compter du moment où tous les éléments utiles ont été communiqués au médiateur par les parties.

726 AMF s'informer sur « le guide du médiateur » Octobre 2012.

727 BOUCHOUX Corinne, Compte rendu de la Commission des finances du Sénat, 28 janvier 2015, « Les pouvoirs de sanction des régulateurs financiers ».

1121 C'est la menace des poursuites pénales contre les individus ou de retrait d'agrément qui fait plier les banques et les sociétés financières et les conduit à transiger rapidement.

1122 Le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 30 mars 2016, dans son article 18 étend le champ de compétence de l'AMF en matière de transaction à l'ensemble des manquements qui relève de sa compétence à l'exception des abus de marché.

a) Le principe de la procédure amiable

1123 La transaction étant définie par l'article 2044 du Code Civil comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent d'une contestation à naître ». Elle peut aussi bien intervenir pour mettre fin à une procédure en cours que pour éviter les suites d'un litige naissant. Elle implique que chacune des parties puisse faire valoir à l'égard de l'autre une prétention, c'est à dire qu'elles soient engagées dans un rapport d'obligations réciproques qui permette à chacune de faire des concessions formalisées dans un acte écrit et signé qui mettra fin au litige. Le Code civil confère à l'accord entre signataire l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

1124 Quant à la médiation, l'article L 131-1 du Code de procédure civile précise que « le juge saisi d'un litige peut, après avoir accueilli l'accord des parties désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. » Ainsi, dans la procédure de médiation, un intermédiaire neutre, le médiateur, aide les parties à parvenir à un règlement qui leur soit mutuellement satisfaisant. Tout règlement est consigné dans un contrat ayant force obligatoire.

b) La médiation et la transaction dans la protection de la clientèle par l'ACPR

1125 **Dans le domaine bancaire**, la médiation a été mise en place par la loi MURCEF du 11 décembre 2011, codifiée aux articles L. 316-1 et L. 615-2 du Code monétaire et financier. Toutefois, cette médiation n'a vocation à s'appliquer qu'aux litiges entre les établissements de crédit et leurs clients. Il n'existe aucune médiation entre les intermédiaires en opérations de banque et services de paiement et leurs clients.

1126 En **assurance**, la médiation a été progressive mais il n'existe pas de disposition légale spécifique dans ce domaine. La médiation a été mise en place par des fédérations professionnelles.

1127 La directive 2013/11/UE adoptée le 21 mai 2013 renforce et organise le système de **règlement extrajudiciaire des litiges de consommation**. Elle exige que

les procédures de médiation soient efficaces[728], équitables[729] et rapides[730]. Elle prescrit diverses obligations d'informations et de promotion des systèmes de médiation agréés à la charge des professionnels et des associations de consommateurs. Elle fixe également le cadre de la coopération européenne entre entités en charge de la médiation[731]. Ces dispositions ont été transposées ne droit français par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015.

1128 **La transaction** est un moyen de limiter les dépenses de la société mise en cause tout en rendant la répression en matière financière efficace et rapide.

1129 La médiation permet d'obtenir un accord rapide avec l'engagement des parties de satisfaire aux exigences qu'elles ont elles-mêmes consenties. Elle est économique en temps et en argent, confidentielle et permet par le dialogue qu'elle instaure, l'émergence de solutions adaptées au conflit et d'anticiper les risques inhérents à la mise en œuvre de l'accord.

1130 Les procédures de règlement amiable des litiges sont utilisées par les deux Autorités.

1131 Les textes pris par les deux Autorités sont parfois difficiles à appliquer par les établissements de crédit. Par exemple, les banques rencontrent des difficultés à appliquer les textes des deux autorités sur les instruments financiers complexes ; sur ce sujet, la recommandation de l'ACPR et la position de l'AMF ne sont pas totalement semblables : un même produit peut être considéré comme complexe s'il est logé dans un contrat assurance vie mais ne pas entrer dans cette catégorie s'il est vendu comme produit financier[732]. Comme l'explique Nathalie Lemaire : « les textes ne pouvaient pas être identiques, puisque les enveloppes juridiques sont intrinsèquement différentes selon qu'elles prennent la forme d'assurance vie ou de produits financiers [733]».

1132 De surcroît, l'AMF est doté de pouvoir de contrôle a priori : avant la commercialisation d'un produit financier elle donne un avis sur le produit et sur la documentation qui l'accompagne. Contrôle interdit à l'ACPR par la réglementation.

---

728 Coût faible, accès facile.

729 Respect du contradictoire.

730 90 jours au maximum.

731 Revue de l'ACPR n° 19, Protection de la clientèle, septembre-octobre 2014.

732 GAUVENT Sophie, Revue Banque, septembre 2012 n° 751, « Deux Autorités côte à côte ACP-AMF : des différences malgré la coordination », p. 32.

733 LEMAIRE Nathalie, Pôle Commun AMF-ACPR, Rapport annuel, Citation reprise par Gauvent Sophie dans revue Banque, septembre 2012, p. 32.

1133 Dans le domaine des indemnisations, les deux superviseurs ont des approches distinctes puisque l'AMF permet aux épargnants d'être indemnisés notamment dans le cadre de la médiation, ce qui est impossible pour les produits d'épargne relevant de l'ACPR[734].

1134 Exclusion faite de la transaction et de la médiation, AMF et ACPR se partage la délivrance des agréments. Ainsi, l'AMF délivre des **agréments aux sociétés de gestion[735]**, aux organismes de placement collectif dans l'immobilier tandis que l'autorisation d'exercer de la plupart des établissements de crédit et des entreprises d'investissement est accordée par l'ACPR. En application des articles 4 et 14 du règlement UE n° 2013/1024 du Conseil du 15 octobre 2013, l'agrément des établissements des établissements de crédit est délivré par la Banque centrale européenne sur proposition de l'ACPR[736].

1135 Le pouvoir de sanction dont dispose l'AMF peut-il est considéré comme un pouvoir judiciaire ?

3 – La Commission des sanctions de l'AMF : une véritable juridiction ?

1136 Le pouvoir de sanction est confié à la Commission des sanctions dont les 12 membres sont distincts de ceux du Collège et la moitié représente la profession. La Commission est habilitée à prononcer des sanctions disciplinaires et pécuniaires.

Ce pouvoir est exercé par la Commission des sanctions de l'AMF, après que le collège ait décidé d'ouvrir une procédure de sanction.

1137 La Commission des sanctions de l'AMF présente les caractéristiques d'une juridiction : l'ouverture de la procédure de sanction est décidée par le Collège de l'AMF après examen des rapports d'enquête et de contrôle[737]. Le président du

---

[734] Produits d'épargne de la compétence de l'ACPR : livrets bancaires (PERP, PEA), compte à terme, assurance vie… de l'AMF : instruments financiers, c'est à dire les parts de fonds d'investissement (OPCVM …), les actions, les obligations…

[735] Sociétés de gestion d'actifs, organismes de titrisation, sociétés civiles de placement immobilier (SCPI°.

[736] Article L 511-10 du Code monétaire et financier.

[737] Article 621-15 du Code monétaire et financier, article 46 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Arnaud D. « L'AMF, une institution du droit financier », doc-en-stock.com 20 février 2009, Frison-Roche M.A, « « La juridictionnalisation de la régulation

Collège notifie les griefs à la personne concernée et au Président de la Commission des sanctions. Cette dernière peut se faire assister ou représenter par le conseil de son choix et dispose de deux mois pour faire part de ses observations à la Commission des sanctions. Le dossier est ensuite instruit par le rapporteur de cette commission qui consigne par écrit le résultat de son travail. Son rapport est communiqué à la personne mise en cause et au représentant du Collège avec possibilité d'ajouter leurs observations.

a) La procédure

1138 Devant la Commission des sanctions, le rapporteur présente son rapport, le représentant du Collège explique les griefs notifiés et propose une sanction pécuniaire et/ou disciplinaire, la personne mise en cause présente sa défense.

A l'issue de la séance, la Commission des sanctions statue, les décisions sont prises à la majorité des voix.

1139 Le champ d'intervention de la Commission des sanctions est déterminé par la combinaison des articles L.621-14-1 et 621-15-II du Code monétaire et financier qui précisent que la Commission peut prononcer des sanctions à l'encontre de « toute personne » qui, sur le territoire français ou étranger, s'est livrée à « tout manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs et au bon fonctionnement du marché ».

1140 La Commission se prononce au vu d'un dossier élaboré par les services de la Direction des enquêtes et des contrôles de l'AMF.

1141 Ces services disposent de pouvoirs d'investigation très étendus renforcés par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. Ainsi, l'Autorité peut solliciter auprès des personnes assujetties à son contrôle la transmission de tous documents ou informations utiles à la surveillance des opérations sur les marchés.

1142 La loi aligne les pouvoirs des contrôleurs de l'Autorité sur ceux des enquêteurs, ils peuvent désormais se faire communiquer tout document, quel qu'en soit le support, convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations, accéder aux locaux à usage professionnel et recueillir des explications sur place.

---

bancaire », leçon n° 5, mafr.fr, 4 mars 2015, Rambaud R. « L'institution juridique de régulation », publié par l'Harmattan, 1er juillet 2012.

1143 Lorsque les personnes contrôlées fournissent des services sur internet, la loi autorise les contrôleurs et les enquêteurs à faire usage d'une identité d'emprunt pour accéder aux informations et éléments disponibles sur ces services.

1144 La loi étend également le champ des visites domiciliaires aux manquements pouvant être commis sur d'autres marchés que le marché règlementé ou aux manquements susceptibles de faire l'objet d'une sanction de la Commission des sanctions et de constituer un délit pénal contre les biens.

1145 La loi institue un « manquement autonome d'entrave » imputable aux personnes, qui dans le cadre d'une enquête, refusent de donner accès à un document, quel qu'en soit le support, de communiquer des informations ou de répondre à une convocation ou encore de donner accès à des locaux. Elle crée de surcroît un nouveau pouvoir d'urgence à l'AMF qui lui permet de suspendre, à titre provisoire, le rachat de parts ou d'actions ou l'émission de parts ou d'actions nouvelles d'un organisme de placement collectif lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent et si l'intérêt des porteurs de parts, des actionnaires ou du public le commande.

b) Les sanctions administratives

1146 Les sanctions prévues par les textes[738] varient en fonction des catégories de personnes mises en cause et de la nature des faits qui leur sont reprochés.

1147 Ainsi, la Commission des sanctions, après une procédure contradictoire à l'encontre des personnes placées sous son autorité, peut prononcer ; un avertissement, un blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis.

Elle peut de surcroît infliger[739], soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur, pour les professionnels, à 100 millions d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés. La

---

[738] Article L. 612-39 du Code monétaire et financier, article 46 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

[739] Dans une décision du 25 juin 2013, la commission des sanctions de l'AMF a infligé à la société LVHH une amende de 8 millions d'euros pour manquement successifs à l'obligation d'information du public en masquant toutes les étapes de sa prise de participation dans le capital d'Hermès. En L'espèce, LVMH avait conclu plusieurs contrats d'Equity linked swap (ELS) par l'intermédiaire de filiales lui permettant d'acheter économiquement des titres d'Hermès sans en acquérir la propriété. En sa qualité d'acheteur d'ELS, LVMH s'acquittait d'une commission périodique auprès des banques qui lui reversaient le rendement des titres, c'est à dire le produit lié à leur détention et les éventuels plus-values de cession. LVMH a, par la suite, décider de dénouer les contrats par l'achat effectif des actions d'Hermès en déclarant le franchissement de seuil.

sanction doit être fixée en fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages ou les profits tirés de ces manquements[740].

1148 Si la sanction est pécuniaire, les sommes sont versées au Trésor public ou au fonds de garantie auquel est affilié le professionnel condamné.

1149 La chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé l'inapplication du principe « non bis in idem », qui interdit le cumul des sanctions administratives et pénales, aux sanctions de l'Autorité des marchés financiers par un arrêt du 22 janvier 2014[741]. Cette position est réitérée de manière constante par les juridictions nationales. En l'espèce, Mr X avait été déclaré coupable d'entrave au fonctionnement régulier d'un marché d'instruments financiers par des manœuvres induisant autrui en erreur et avait été condamné à trois mois d'emprisonnement avec sursis.

Mr. X avait demandé à la cour de prononcer la nullité de l'ensemble des actes de procédure pénale. Il fondait son argumentation sur la violation du principe « non bis in idem » **au motif qu'il avait déjà été sanctionné pour les mêmes faits** par une décision de la Commission des sanctions de l'AMF en date du 4 avril 2007 confirmée par la cour d'appel de Paris du 28 septembre 2008 devenue définitive. Le pourvoi avait été rejeté ce qui empêchait qu'il soit jugé une seconde fois.

1150 Pour rejeter l'exception de nullité des poursuites prises en violation du principe « non bis in idem », et déclarer le prévenu coupable du délit avec condamnation à trois mois d'emprisonnement avec sursis, et donc confirmer la décision de la cour d'appel, la cour de Cassation précise que « l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse, en raison des mêmes faits, être poursuivie et condamnée pour un délit dès lors que, d'une part, **ce cumul garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive** au sens de l'article 14-1 de la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003, dont dépend la réalisation de l'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne…. D'autre part, le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées **ne peut dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée** ».

1151 L'AMF est susceptible de poursuivre des manquements boursiers très semblables aux infractions pénales, c'est le cas par exemple du « manquement

---

740 Conseil Constitutionnel, dossier documentaire 2015 ; Question Prioritaire de Constitutionnalité portant sur l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier « cumul des poursuites pénales devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié ».

741 Cour de cassation, chambre criminelle 22 janvier 2014, pourvoi n° 12-83-579.

d'initié », objet d'une sanction administrative et du « délit d'initié » qui relève de la sanction pénale. Il est donc très probable qu'un fait puisse faire l'objet d'une condamnation au pénal et devant l'AMF. Le risque de double sanction se trouve accru par leur procédure de coopération entre l'AMF et les juridictions pénales puisqu'elle se doit de transmettre les comportements qui pourraient entrer dans le champ de compétence des juridictions judiciaires[742].

1152 Le Conseil Constitutionnel, dans une décision du 18 mars 2015 interdit la double poursuite devant une autorité administrative (AMF) et une juridiction pénale en application au principe non bis in idem ; « les sanctions prévues pour le manquement d'initié et le délit d'initié ne peuvent être regardées comme de nature différente. Par conséquent, les textes visés doivent être déclarés contraires à la constitution »[743].

1153 En dehors des affaires boursières, une sanction disciplinaire pourra toujours faire l'objet de poursuites pénales. Les autres autorités administratives indépendantes comme la CNIL et l'Autorité de la concurrence ne sont pas concernées.

1154 La Cour européenne des droits de l'homme a admis que la matière pénale outrepasse les juridictions pénales et considère que les sanctions prononcées par l'AMF peuvent être assimilées à des sanctions pénales en droit, malgré leur caractère indiscutablement administratif[744]. Cette position renforce le pouvoir de sanction de l'AMF.

1155 Le projet de loi du 30 mars 2016 dans son article 20, renforce l'arsenal répressif de l'AMF et précise certaines modalités de détermination et de publication des sanctions prononcées par cette Autorité. Pour les personnes morales, un plafond de sanctions égal à 15°/° du chiffre d'affaires de la société mise en cause vient compléter le plafond actuel de 100 millions d'euros. Ce nouveau plafond imposé par certains textes européens récents[745], permettra à l'AMF de sanctionner de façon plus sévère et plus dissuasive les sociétés ou des groupes pour lesquels le plafond actuel de 100

---

742 Obligation faite à toute Autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en donner avis au procureur de la République. Article 40 du code de procédure pénale et 621-20-1 du Code monétaire et financier.

743 Décision n° 2014-453/ 454 QPC, n° 2015-462 QPC, 18 mars 2015.

744 Rosenfeld E.,Veil J. « Sanctions administratives, sanctions pénales », publié dans Pouvoirs 2009/1 n° 128 p. 61-73, édition Le Seuil., « L 'avenir du principe non bis in idem dans les sanctions de l'AMF », 6 avril 2015

745 « Paquet européen » sur les abus de marché adopté le 16 avril 2014, composé du règlement UE n° 596/2014 « MAR » et de la directive 2014/57/UE « MAD ».

millions d'euros pourrait, dans certains cas exceptionnels, se révéler insuffisant au regard des enjeux.

1156 Pour les personnes physiques, le plafond de 15 millions d'euros s'appliquera désormais dans tous les cas, alors qu'aujourd'hui ce plafond n'est que de 300 000 euros dans le cas de manquements aux obligations professionnelles.

1157 Les poursuites disciplinaires sont plus nombreuses à l'AMF. Le contentieux de l'ACPR depuis sa création en 2010 est centré sur les sujets organisationnels. « A l'ACPR, il n'y a que des contrôles[746]. À l'AMF, il y a des contrôles réguliers et des enquêtes qui sont déclenchées chez des personnes morales ou physiques qui ne sont pas contrôlées de manière régulière mais qui sont soupçonnées d'avoir enfreint la loi. Il y a donc statistiquement plus de chance que ces personnes soient poursuivies »[747].

1158 La Commission des sanctions de l'AMF est beaucoup plus saisie par le Collège après contrôle de ses agents sur les personnes assujetties, que celle de l'ACPR[748].

1159 Les décisions publiées en 2012 par la Commission des sanctions de l'AMF sont quatre fois plus nombreuses qu'à l'ACPR[749]. En montant elles représentent 1,7 million d'euros pour l'ACPR depuis janvier 2012 et 18,3 millions d'euros pour l'AMF. En 2014, environ 80 personnes ont été sanctionnées par cette dernière pour un montant total de 38 millions d'euros[750].

1160 Dans sa composition, la Commission des sanctions de l'ACPR a été organisée pour traiter deux fois moins d'affaires que celle de l'AMF[751]. Le législateur n'a pas donné à l'ACPR le pouvoir de composition administrative[752] attribué à l'AMF. L'ACPR n'est pas non plus soumise à la prescription de trois ans pour sanctionner les

---

746 Contrôle du dispositif interne mis en place par les établissements de crédit. Il faut qu'il y ait eu des manquements très sérieux voire que l'établissement ne tienne pas compte des préconisations de l'ACPR pour que les griefs soient notifiés.

747 Les Echos, 30 janvier 2013, propos de Bruno Martin Laprade, Président de la Commission des sanctions de l'ACPR.

748 Rapports annuels 2012 ACPR et AMF.

749 Quatre pour l'ACPR et vingt pour l'AMF.

750 RAMEIX G. Président de l'AMF, compte rendu de la Commission des finances du Sénat du 28 janvier 2015 sur les pouvoirs de sanction des régulateurs financiers.

751 Six membres à l'ACPR, chacun ayant un suppléant, douze membres à l'AMF répartis en deux sections de six membres.

752 Procédure de composition administrative ou transaction institué pour l'AMF par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, loi de régulation bancaire et financière. Article L. 621-14-1 du Code monétaire et financier.

manquements[753] et l'audience n'est pas publique. Le secret des affaires et le secret bancaire imposent presque toujours que le président de la commission des sanctions fasse droit à la demande de huis clos. A l'inverse, à l'AMF, les audiences de la commission sont presque toujours publiques. Le plafond des sanctions est commun aux deux autorités[754].

1161 Une harmonisation des règles au sein des deux autorités administratives pourvus d'attributions répressives est-elle possible ?

1162 Le Club des juristes[755] dans son rapport de 2012 préconise un ensemble de règles ayant vocation à s'appliquer à toute autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir de sanction « afin de garantir au mieux et sans compromettre l'efficacité de la régulation, le respect des principes essentiels du procès équitable [756]».

1163 Les établissements de crédit relèvent pour leur contrôle soit d'une autorité unique, soit d'une supervision conjointe de l'AMF et de l'ACPR en raison de leur l'étendue de leurs activités.

Ainsi, l'exercice de services d'investissement requiert, sauf exemptions prévues par le Code monétaire et financier[757], un agrément qui est délivré par l'ACPR après l'approbation par l'AMF du programme d'activité portant sur le service de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille pour le compte de tiers.

1164 Les règles prudentielles auxquelles sont soumis les prestataires de service d'investissement sont de la compétence de l'ACPR. Les règles d'organisation et de bonne conduite applicables aux professionnels autorisés à fournir des services d'investissement sont définies par l'AMF.

---

753 En vertu du deuxième alinéa du I de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, la commission des sanctions de l'AMF ne peut être saisie de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a fait pendant ce délai aucun acte tendant à leur recherche, à leur constatation ou à leur sanction.

754 BOISSEAUX L. les Echos, 30 janvier 2013, « Les divergences de procédures entre ACPR et AMF font débat ».

755 Le Club des juristes, créé en 2007 est un lieu indépendant de débats et de propositions juridiques. Il réunit autour du droit des professionnels d'horizons divers : magistrats, avocats, notaires, professeurs et représentants d'entreprises.

756 Rapport Club des juristes mai 2012 « Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives ».

757 Article 612-2 du Code monétaire et financier.

1165 L'AMF régule les acteurs et les produits de la place financière française. Elle contribue donc avec l'ACPR à la stabilité du système bancaire français. Le système de supervision national est renforcé par un contrôle européen.

1166 La loi du 26 juillet 2013 permet à l'AMF d'échanger des informations avec l'ACPR et la DGCCRF dans le domaine des pratiques commerciales. Dans la pratique, les établissements de crédit sont soumis à d'autres autorités de contrôle qui ne concernent pas exclusivement la régulation bancaire.

1167 Comment s'effectuent ces contrôles ? Sont-ils plus efficaces que ceux qui relèvent de la sphère financière ? Permettent-ils d'atteindre les objectifs fixés ?

1168 L'étude de l'Autorité de la concurrence et de la CNIL apporte des éléments de réponse.

Section 2 : l'Autorité de la concurrence : garante de la loyauté de la concurrence des établissements de crédit

L'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante est spécialisée dans le contrôle des pratiques anti concurrentielles. Elle doit veiller au respect du libre jeu de la concurrence. Compétente dans l'étude et le traitement de la régulation de la concurrence sur l'ensemble des marchés, elle est chargée avec d'autres autorités du respect de l'ordre public économique[758].

1169 Elle est née en 2009 de la transformation du Conseil de la concurrence. Elle agit au nom de l'Etat. Son efficacité peut être appréciée eu égard à ses interventions et à la spécificité de sa composition.

1170 La réglementation applicable aux établissements de crédit[759] qui a permis une dérèglementation et une harmonisation des règles prudentielles a contribué à accroitre

---

[758] DEPINCE Malo, MAINGUY Daniel, Droit de la concurrence 2e édition, Juin 2015, éditeur Lexisnexis, collection Manuels ;

[759] Notamment la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière de crédit et d'assurance insérée dans le Code monétaire et financier transposant la directive du 15/12/1989. Celle-ci a posé le principe de la liberté d'établissement, de prestation de services dans les Etats membres de

la concentration du système bancaire par une activation de la concurrence entre les établissements de crédit.

1171 La concentration consiste en opérations juridiques[760] qui tendent à créer une unité de décision entre des entreprises soit par la création de liens structurels qui modifient l'identité juridique des entreprises intéressées, soit par la création de liens financiers[761] laissant subsister l'indépendance des entreprises en causes.

1172 Les banques drainent l'épargne et allouent des crédits selon des choix ou critères d'appréciation déterminants pour l'orientation de l'économie. Dans la mesure où elles sont dépositaires de fonds appartenant au public, les banques sont non seulement les principaux détenteurs de liquidité mais également les principaux prestataires de services de paiement.

1173 Une augmentation de parts de marché qui résulterait d'une opération de concentration au sein du marché bancaire est susceptible de faire naître une position dominante. Cette situation peut entraîner un comportement préjudiciable à la concurrence : fixation de prix défavorable aux clients, restriction qualitative ou quantitative de services offerts au public.

1174 Il en est de même pour les ententes bancaires c'est à dire les accords ou actions concertées, écrite, verbale expresse ou tacite qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence[762].

1175 La concurrence est importante pour l'efficience de l'intermédiation financière et la qualité des produits financiers.

1176 La réglementation prudentielle des banques instaure des règles équitables pour tous les concurrents du secteur. L'influence de cette réglementation semble dépendre de la puissance du contrôle effectué. Par exemple, lorsque les autorités de contrôle sont puissantes, un durcissement des normes de fonds propres ou une menace de sortie forcée du marché va de pair avec une concurrence plus intense des banques. De même l'existence d'autorités de contrôle puissantes semble atténuer les effets anticoncurrentiels de règles strictes à l'entrée sur le marché ou la propriété du capital[763].

---

la communauté, la reconnaissance mutuelle des agréments par ces derniers et le principe de la surveillance par le pays d'origine.

760 Fusions, jeu de contrôle, création d'entreprise ou de groupement commun.

761 Prise de participation dans le capital.

762 L'entente anticoncurrentielle est une pratique prohibée par le Code de commerce depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (article 56).

763 Réformes économiques : « Objectifs croissance » 2010/1/n°6, Chapitre 6, « Réglementation prudentielle et concurrence dans le secteur bancaire : trouver le bon dosage », Edition : de l'OCDE p. 209-219.

1177 La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a transféré à l'Autorité de la concurrence le contrôle des opérations de concentration[764], auparavant de la compétence du Ministre de l'Economie. Le Code de commerce précise les seuils de chiffres d'affaires déclenchant l'obligation de notification auprès de l'Autorité[765]. Cette dernière procède à l'examen de l'opération selon sa nature et les difficultés qu'elle soulève[766].

1178 Pour appréhender la procédure d'ensemble mise en œuvre par l'Autorité et son efficacité, une analyse portera dans un premier temps sur sa **composition (A)**, **l'étendue de sa compétence (B)** puis sur le **contrôle de son activité (C)**.

A– Une composition représentative de l'autorité publique

1179 L'Autorité est une institution collégiale qui comprend 17 membres. Un président et quatre vice présidents exercent leur fonction à temps plein. Ils sont nommés sur décret du Président de la République sur avis des commissions de l'Assemblée Nationale et du Sénat.

1180 Le président est responsable de l'organisation et du fonctionnement de l'institution et prend toutes dispositions à cet effet.

1181 Le Collège comprend douze membres non permanents nommés sur décret du Président de la République. Ils ne sont pas révocables sauf dans des cas restreints mentionnés aux articles L. 461-1 et 461-2 du code de commerce, lorsqu'il y a conflit d'intérêts.

1182 L'Autorité peut siéger en formation plénière, en section ou en commission permanente. 11 des 17 membres, soit 65% représentent l'intérêt général puisque six d'entre eux sont membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la cour des Comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires.

Cinq membres sont des personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation. C'est ainsi

---

764 Aux termes de l'article L 430-1 du Code de commerce, l'opération de concentration peut revêtir trois formes : la fusion d'entreprises antérieurement indépendantes, la prise de contrôle exclusif ou conjoint d'une ou plusieurs entreprises sur une autre, la création d'une entreprise commune.

765 Article L 430-2 du Code de commerce.

766 Article L 430-5 et L 430-7 du Code de commerce.

que figure, entre autres, parmi les membres du collège la directrice de Coop de France, le PDG du groupe aufeminin.com, un professeur de droit de la concurrence.

1183 Seuls cinq membres soit 29% représentent les secteurs de la production, de la distribution de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

1184 Par comparaison, les membres de l'ACPR représentent majoritairement la profession bancaire et aucun membre de l'Exécutif n'y siège même à titre d'observateur. Aucun organe interne n'est prévu pour intervenir sur le déroulement de la procédure ou l'examen des circonstances.

1185 Le Président de l'Autorité de la concurrence est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique.

1186 Un commissaire de gouvernement désigné par le ministre de l'Economie est présent lors des séances de l'Autorité. Il représente le gouvernement fait part des observations sur les circonstances de faits et les règles de droit applicables aux affaires dont l'Autorité est saisie, donne son opinion sur les solutions possibles mais ne peut pas prendre part aux délibérations.

1187 Cette fonction est assurée par le Directeur général de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes.

1188 Un Conseiller auditeur est disponible, il recueille les observations des parties sur le déroulement de la procédure et remet au Président de l'Autorité un rapport qui apprécie la procédure et propose des améliorations dans l'exercice des droits des parties.

1189 L'Autorité de la concurrence, est, à la différence de l'ACPR, une institution collégiale qui est surveillée dans la mise en œuvre de sa procédure par la présence, en son sein, d'un membre du gouvernement. Ses contrôles sont fréquents et les personnes pouvant la saisir sont nombreuses, ses sanctions pécuniaires sont très lourdes, dissuasives, imprévisibles et ne peuvent être provisionnées que difficilement.

1190 Son domaine d'intervention est plus restreint que celui de l'ACPR, les règles applicables sont moins nombreuses mêmes si son contrôle intervient quelque soit la pratique concurrentielle, si le jeu de la concurrence est faussé par un acteur quelque soit son activité ou son statut.

1191 Le budget de l'Autorité de la concurrence est fixé dans le cadre de la loi de finances votée par le Parlement alors que l'ACPR prélève des redevances à l'occasion

des opérations qui sont soumises à son contrôle qu'elle conservent sans les reverser au budget public. Alors que le Président de l'Autorité de la concurrence doit argumenter sur le budget qu'il souhaite obtenir, l'ACPR bénéficie d'une véritable indépendance budgétaire qui selon Marie-Anne FRISON ROCHE regroupe trois paramètres : l'indépendance financière, qui vise les ressources de l'Autorité, l'indépendance d'exécution budgétaire qui permet à l'Autorité de décider de l'utilisation de son budget et l'Autonomie de gestion budgétaire qui désigne la capacité de l'Autorité à effectuer ses dépenses[767].

1192 Contrairement à l'ACPR, aucune profession n'est spécifiquement sur représentée, gage d'indépendance et d'absence de conflit d'intérêt

B – Une compétence spécifique : la concurrence bancaire

1193 Les banques peuvent trouver adéquat de s'entendre pour que le système bancaire fonctionne. Les pouvoirs publics leur demandent de financer l'économie lorsque celle-ci ne s'appuie pas sur les marchés financiers.

Mais elles sont avant tout des entreprises ; elles offrent à des clients des prestations de services que sont la gestion des comptes et des moyens de paiement, la ventes de produits financiers, ce qui correspond à la définition de l'entreprise par le droit de la concurrence[768] sur un marché économique puisque les banques offrent ces services à toute personne qui peut verser un prix en contrepartie.

1194 De surcroît, elles doivent lutter entre elles pour obtenir des clients. Les règles de la concurrence s'appliquent à elles comme à toutes les autres entreprises. Elles doivent donc respecter la prohibition des comportements anti concurrentiels[769].

---

[767] FRISON-ROCHE, « Banque et concurrence », 5 janvier 2015, Droit de la Régulation bancaire et financière.

[768] ARCELIN-LECUYER Linda, édition Lexisnexis, 24/06/2003, « L'entreprise et le droit de la concurrence français et communautaire », Entité (personne physique ou morale ou dépourvue de la personnalité morale, groupes de sociétés ou succursale) qui exerce une activité économique qui se définit comme toute activité portant sur des produits, des biens ou des services réalisés au sein d'un marché. Activité rémunérée et excluant la solidarité et sans que doivent être prise en compte ses modalités d'exercice, telles que notamment les prérogatives de puissance publique.

[769] FRISON-ROCHE, « Banque et concurrence », 5 janvier 2015, Droit de la régulation bancaire et financière.

1195 L'Autorité de la concurrence intervient pour sanctionner les manquements bancaires aux règles nationales et européennes, soit à la demande de plaignants, de citoyens informés ou de sa propre initiative.

1 - Les textes et leur interprétation

La réglementation de la concurrence a pour fondement des textes communautaires et nationaux.

a) Les législations nationales

1196 L'Autorité de la concurrence est compétente pour appliquer les législations nationales (livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et à la concurrence) et communautaires (articles 101 à 105 du traité de fonctionnement de l'Union européenne qui concernent la concurrence et l'abus de position dominante des entreprises au sein de l'Union).

1197 Les articles L 420-1 et L 420-4 du Code de commerce, qui prohibent les actions concertées qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché à moins qu'elles permettent d'assurer un progrès économique, s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L 311-2 du Code monétaire et financier.

1198 L'Autorité de la concurrence examine toutes les demandes d'autorisation en matière de concentration, effectue le bilan concurrentiel et les autorise sous réserve d'engagements éventuels pris devant elle par les personnes concernées.

1199 Conformément à l'article L 511-1 du Code monétaire et financier les opérations effectuées par les établissements de crédit « doivent, en tout état de cause, demeurer d'une importance limitée par rapport à l'ensemble des activités habituelles de l'établissement et ne pas empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré ».

1200 Plusieurs personnes morales[770] sont habilitées à intervenir pour faire constater l'infraction aux règles de la concurrence et enclencher la procédure de sanction.

---

[770] Personnes morales visées par l'article L. 462-1 du Code de commerce.

1201 Les activités bancaires n'échappent donc pas à l'application du droit de la concurrence, comme cela résulte d'ailleurs de la jurisprudence communautaire et du droit interne dans une décision du 14 juillet 1981[771].

1202 Ainsi, dans la décision 10-D-28[772], relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité a sanctionné onze banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques.

1203 Elle a considéré que, contrairement à ce que soutenaient les parties, les commissions bancaires reprochées relevaient bien du champ d'application de l'article 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du TFUE et entraient donc dans son champ de compétence tel que défini au I de l'article L. 462-5 du même code.

1204 Les parties faisaient valoir que le droit de la concurrence n'était pas compatible car, selon elles, les commissions interbancaires en cause ne pouvaient être anticoncurrentielles en l'absence de marché interbancaire.

Elles précisaient que compte tenu de l'universalité des moyens de paiement, toute banque doit accepter des ordres de paiement donnés par les clients de toute autre banque et n'a donc pas le choix de son partenaire, si bien qu'il n'y aurait pas d'offre ni de demande et, partant, pas de marché.

1205 L'Autorité a cependant exposé que le système de compensation interbancaire des chèques s'insère dans le système global de paiement par chèque, de nature quadripartite puisqu'il implique non seulement deux intermédiaires – la banque du tiré et la banque remettante mais aussi deux clients finaux – le payeur et le bénéficiaire.

1206 La sphère interbancaire et la sphère banque-client sont donc deux sphères distinctes mais interdépendantes, puisque les accords interbancaires sont susceptibles de produire des effets en dehors de la sphère bancaire et d'influer sur la formation des prix dans la relation banque-client.

1207 De surcroît, dans le secteur bancaire, en 2012, l'Autorité de la concurrence a obtenu à compter de septembre 2013, la suppression définitive des principales commissions interbancaires appliquées aux prélèvements en TIP[773]. Cette décision s'inscrit dans le cadre plus large de l'examen systématique par l'Autorité des

---

[771] CJCE, 14 juillet 1981, Zuchner C/ Bayerische Vereinsbank, 172/180, Rec. 1981, p. 2021 et article L. 511-4 du Code monétaire et financier.

[772] Décision du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement.

[773] Décision 12-D-17

commissions interbancaires appliquées aux différents moyens de paiement[774]. En l'espèce l'Autorité a obtenu des banques françaises qu'elles baissent de manière importante les commissions qu'elles prélèvent sur les paiements par cartes et les retraits aux distributeurs.

1208 Elle avait été saisie en 2009 par la fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) qui s'interrogeait sur les méthodes de fixation de ces commissions et une éventuelle distorsion de la concurrence. Les pratiques examinées relevaient des accords horizontaux entre établissements bancaires et donc susceptibles d'affecter la concurrence nationale et entre Etats membres. Elles étaient incompatibles avec l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne qui dispose « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ».

b) Le droit européen

1209 Le règlement 1/2003[775] entré en vigueur le 1er mai 2004 oblige l'Autorité de la concurrence à veiller non seulement à l'application du droit national des ententes et des positions dominantes mais également du droit européen, si la pratique affecte le commerce entre Etats membres.

1210 L'application du droit européen des pratiques anticoncurrentielles a été décentralisée pour accroître l'efficacité de la politique de la concurrence.

1211 Le règlement 1/2003 insère l'Autorité dans le réseau européen de la concurrence (REC) et officialise une coopération étroite entre les Autorités nationales et la Commission européenne qui repose sur la mise en place d'un réseau des Autorités nationales de la concurrence (ANC) dirigé par la Commission qui s'appuie sur un large échange d'informations par intranet sécurisé[776].

1212 Le REC doit assurer une communication optimale entre les ANC et ainsi permettre une application efficace et homogène des règles de la concurrence au sein de l'Union européenne.

1213 L'Autorité de la concurrence exerce une action répressive à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles.

---

[774] Décisions 10-D-28 et 11-D-11 relatives aux chèques et cartes bancaires.

[775] Règlement N°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du TFUE

[776] PETIT Nicolas, Droit européen de la concurrence, 4 juin 2013, Editeur Montchrestien, collection Domat droit privé.

1214 La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne illustre l'application du droit de la concurrence au sein de l'Union.

1215 En l'espèce, dans l'arrêt du 14 juillet 1981[777], M. Zuchner titulaire d'un compte bancaire auprès de la Bayerische Vereinsbank, après avoir tiré un chèque d'un montant de 10 000 DM à l'ordre d'un destinataire résidant en Italie, a été débité à cette occasion d'une commission bancaire de 0,15°/° du montant transféré. La commission avait été concertée avec les autres banques du pays.

Il a alors demandé le remboursement de la commission car elle opérait « une discrimination entre les transferts monétaires à l'intérieur et les transferts à l'étranger et contrevenait aux règles de concurrence du traité ».

La Cour a reconnu une pratique concertée du fait de l'application par l'ensemble de la plupart des banques à l'intérieur du marché commun d'une commission uniforme pour le transfert de sommes de même importance effectué vers d'autres états membres. Pratique susceptible d'affecter « le commerce entre Etats membres et contraire à l'article 85 paragraphe 1 du traité s'il est établi qu'elle a pour objet d'affecter de manière sensible le jeu de la concurrence dans le transfert monétaire opéré par la banque d'un Etat à l'autre ».

1216 De surcroît, dans la décision 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative aux pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux, l'Autorité de la concurrence a condamné les accords horizontaux entre établissements bancaires dans le secteur des moyens de paiement à destination du grand public et des commerçants. Ces accords tendaient à fixer sur le territoire français le montant des commissions systématiques pour chaque moyen de paiement.

1217 Elle s'appuie sur le considérant 20 du règlement n° 260/2012[778] du 14 mars 2012 qui précise « Qu'il est important d'assurer la sécurité juridique dans le secteur des paiements en ce qui concerne les modèles économiques relatifs aux prélèvements. Il est essentiel de règlementer les commissions unilatérales d'inter change pour les prélèvements afin d'assurer les conditions neutres de concurrence entre les prestataires de services de paiement, permettant ainsi le développement d'un marché unique des prélèvements ».

---

[777] CJCE, 14 juillet 1981, Zuchner C/ Bayerische Vereinsbank. 172/180, Rec. 1981, p. 2021.

[778] Règlement UE n° 260/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros et modifiant le règlement CE n° 924/2009.

1218 Le règlement a prévu la suppression définitive des commissions bancaires systématiques au plus tard le 1er novembre 2012 pour les prélèvements frontaliers et le 1er février 2017 pour les prélèvements domestiques.

2 - L'application des règles de concurrence

a) L'intervention de l'Autorité

Les poursuites

1219 L'Autorité de la concurrence intervient soit après avoir été saisie par un plaignant soit après s'être autosaisie.

1220 L'Autorité intervient de sa propre initiative lorsque la plainte est anonyme ou lorsqu'elle est informée par les citoyens de faits pouvant être qualifiés d'infractions, ou encore à la demande de plaignants, dès que la concurrence est faussée sur un marché, quels que soit l'activité concernée ou le statut privé ou public des opérateurs. C'est ce qui résulte de l'article 7 du règlement 1/2003 d'une part et de l'article L. 462-5 du code de commerce d'autre part.

1221 « Les plaintes sont une source d'information essentielle pour détecter les infractions aux règles de la concurrence ».[779]

1222 En droit européen peuvent déposer plainte, les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime et les Etats membres. Ainsi, un consommateur peut très bien saisir la Commission européenne dans la mesure où il a un intérêt légitime à faire cesser l'infraction concurrentielle, ce qui est exclu en droit interne.

1223 En droit français, la plainte est réservée aux entreprises et aux organismes visés à l'article L. 462-1 du Code de commerce, c'est à dire les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agrées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers ou les chambres de commerce et d'industrie.

1224 L'Autorité peut également être saisie par le Ministre de l'Economie lui-même ou les services de la DGCCRF.

1225 La Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes a pour missions la protection des consommateurs et la lutte

---

[779] Considérant N°5 du règlement n°773/2004 du 7 avril 2004 relatives aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité. JOUE n° du 27 avril 2004.

contre les ententes et les positions dominantes. Cette dernière mission s'exerce en collaboration avec l'Autorité de la concurrence. La DGCCRF dénonce les pratiques commerciales déloyales des intervenants sur le marché.

1226 Au terme de l'article R. 463-1 du Code de commerce, **la saisine** comprend

« Son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande ; les noms, prénoms, dénomination ou forme sociale, profession ou activité, et adresse du domicile ou du siège social du demandeur, ainsi que, le cas échéant, ses statuts et le mandat donné à son représentant ».

1227 L'Autorité de la concurrence est saisie in rem c'est à dire qu'elle n'est pas liée par la demande de la partie saisissante, ni par les faits énoncés dans la saisine, ni par les qualifications proposées. Elle peut, de ce fait, examiner, sans avoir à se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles non mentionnées dans la saisine mais mises en œuvre soit sur le marché concerné par la saisine, soit sur des marchés connexes[780].

1228 En cas de désistement du plaignant, l'Autorité peut décider de poursuivre l'affaire qui est alors considérée comme une saisine d'office.

1229 Lorsque les acteurs économiques enfreignent le droit de la concurrence, l'Autorité peut être saisi du dossier ou s'en saisir d'office. Elle examine les faits et, au terme d'une procédure contradictoire prend, si besoin est, toutes les mesures nécessaires pour faire cesser les pratiques en cause.

1230 L'Autorité de la concurrence dispose d'une compétence d'attribution : celle de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles constatées ou dénoncées.

1231 Dans certains secteurs et pour certaines infractions, elle bénéficie de l'aide d'autres institutions.

---

780 Cour d'appel de Paris, 22 février 2005, J. C. Decaux SA. Décision 04-D-32 du 8 juillet 2004. « Considérant que le Conseil, qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui ont été dénoncées ; qu'il peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après la saisine… ».

La collaboration avec d'autres organismes

1232 Dans le cadre de la diffusion d'offres d'investissements et de **crédits en ligne**, la DGCCRF collabore avec l'Autorité de la concurrence. Elle surveille les activités des opérateurs en ligne pour détecter et sanctionner les pratiques commerciales trompeuses dans le but d'assurer une diffusion loyale d'informations aux consommateurs.

1233 Les secteurs de trading en ligne ou de placements atypiques sont souvent accompagnés d'une certaine ambiguïté des informations délivrées, d'une présentation trompeuse des rendements obtenus et des risques liés et d'une opacité des transactions commerciales. Les procédures engagées par la DGCCRF visent à faire cesser et sanctionner les pratiques. Les cas d'escroquerie font l'objet de procès verbaux transmis au parquet aux fins de poursuites pénales[781].

1234 L'ACPR œuvre dans le secteur pour obtenir, par le retrait des agréments délivrés, la fermeture des noms de domaines ou sites illégaux et alerte sur les usurpations d'identité.

1235 L'Autorité de contrôle collabore avec l'Autorité de la concurrence dans le cadre de la **concentration de groupes bancaires.** Ainsi leur concentration se concrétise par une convention de combinaison des groupes établie par l'ACPR[782].

1236 L'ACPR intervient pour des motifs d'ordre général et non pas dans le règlement des litiges individuels. Les réclamations[783] des particuliers qui lui parviennent, dans le cadre de l'analyse et de l'orientation des réclamations, lui permettent d'obtenir des renseignements sur les pratiques commerciales.

L'Autorité réceptionne les réclamations qui sont ensuite analysées et orientées vers les entreprises soumises à son contrôle qui doivent mettre en place des dispositifs ayant pour objectif **de garantir au consommateur une information claire et transparente** sur les modalités de traitement des réclamations ainsi qu'un accès facile à celui-ci.

1237 La saisine de l'Autorité de la concurrence déclenche l'ouverture d'une procédure contentieuse.

---

781 Communiqué de presse 31 Mars 2015, DGCCRF, ACPR, AMF et Parquet du TGI de Paris.

782 Décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-11 du 27 janvier 2011. P. 2.

783 L'ACPR a souhaité définir la notion de réclamation comme toute « déclaration actant le mécontentement d'un client envers un professionnel ». cette définition résulte d'une approche de droit communautaire et distingue ainsi la réclamation d'une simple demande de prestation ou d'information.

La procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence :

1238 Elle commence par une enquête ensuite l'affaire fait l'objet d'une instruction avant qu'une sanction ne soit infligée.

1239 Elle commence par **des enquêtes** facilitées par un droit d'accès prévu à l'article L. 450-3 du code de commerce qui précise que les enquêteurs « peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures ou autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous les supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements ou justifications » et par la possibilité de visites et de saisies visées à l'article L. 450-4 du code de commerce.

1240 Il s'agit de visites et de saisies autorisées par le juge des libertés et de la détention du ressort des lieux à visiter et en présence d'un officier de police judiciaire ou du magistrat. Les visites peuvent être effectuées en tous lieux même privés.

1241 Le résultat des contrôles[784] sur place est complété des remarques de l'établissement sur le projet de rapport et consigné dans un rapport définitif qui mentionne les éventuels manquements.[785]

1242 Les investigations sont réalisées à la demande du rapporteur général par les rapporteurs des services d'instruction qu'il a habilité[786].

1243 En effet, au sein de l'Autorité, **l'instruction** des affaires est assurée par des rapporteurs (magistrats, fonctionnaires, économistes, juristes, ingénieurs…) sous la direction d'un rapporteur général et de rapporteurs généraux adjoints.

1244 Le rapporteur général est nommé par arrêté du ministre chargé de l'Economie après avis du collège de l'Autorité. En 2012, les enquêtes avec demandes d'autorisation judiciaire ont mobilisé 92 rapporteurs et 11 enquêteurs[787].

1245 En 2012, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office à 12 reprises. Elle a reçu 231 notifications d'opérations de concentration. 87 projets d'enquêtes lui ont été transmis par la DGCCRF (direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) dont 24 ont été analysés soit 29 % des dossiers.

---

784 Conformément aux articles L. 612-1 et 612-23 du code monétaire et financier

785 En application de l'article L. 612-27 du code monétaire et financier

786 CONDOMINES Aurélien, « Guide pratique du droit français de la concurrence », février 2013, éditeur Gualino, collection guide pro, p. 275.

787 Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2012.

1246 L'Autorité a rendue 29 décisions au fond en augmentation de 45% par rapport à 2011[788], elle a prononcé 13 décisions de sanction pour un montant total de 540,5 millions d'euros. Deux affaires[789] représentent à elles seules près de 80% de ce montant compte tenu de l'importance des ventes en relation avec l'infraction.

1247 En 2015, l'Autorité a rendu 9 décisions de sanction pour un montant total de 1,2 milliard d'euros[790]. En 2016 les sanctions étaient au nombre de 14 et représentaient une somme globale de 203 millions d'euros[791].

1248 Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, L'Autorité de la concurrence « … peut infliger une sanction pécuniaire soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non respect des engagements qu'elle a acceptés… ».

1249 **Les sanctions** pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées.

Les sanctions sont déterminées et motivées individuellement pour chaque entreprise ou organisme.

1250 Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Pour une entreprise, elle est de 10% du chiffres d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise ont été consolidés ou combinés, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés.

1251 Dans sa décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées applicables par les banques et les établissements de crédit pour le traitement des chèques émis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a infligé des sanctions respectives de 20 720 000[792] euros au LCL, 8 960 000 euros au HSBC et 52 940 000 à la Société Générale.

---

788 Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence p. 23

789 Décision 12-D-09 relative à des ententes dans le secteur de la farine en sachet dans la grande distribution et décision 12-D-24 sanctionnant Orange et SFR pour avoir mis en place une différenciation tarifaire abusive entre les appel « on net » (sur leurs réseaux respectifs) et « off net » (vers les réseaux concurrents).

790 Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence 2015, p. 21.

791 Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence 2016, p. 21

792 Décision 10-D-28 du 10 septembre p. 145.

En l'espèce, les sommes se justifient par la création de commissions interbancaires prélevées à raison des opérations de compensation de chèques et la fixation de leur montant décidé en commun par les banques.

1252 Pour fixer le montant de la sanction, l'Autorité a, conformément à l'article L 464-2 IV du Code de commerce, tenu compte de la gravité des pratiques, de l'importance du dommage à l'économie, de la réitération du comportement et de la situation individuelle des entreprises.

1253 Conformément à l'article L. 424-2 du Code de commerce, le montant de la sanction infligée par l'Autorité de la concurrence est limité à 10°/° du chiffre d'affaires hors taxes mondial avec des pénalités pécuniaires versées par jour de retard dans la limite de 5°/° du chiffre d'affaires journalier moyen[793]. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le plafond est de trois millions d'euros, sanction moratoire incluse.

1254 De surcroît, l'Autorité joue également un **rôle consultatif** en rendant des avis de sa propre initiative ou à la demande de personnes morales représentants des intérêts collectifs : Gouvernement, Parlement, collectivités locales, organisations professionnelles ou de consommateurs.

Ces avis peuvent porter sur toutes questions de concurrence et peuvent être assorties de recommandations visant à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. C'est ainsi qu'en 2012 l'Autorité a rendu 28 avis dont 32% sur les projets de lois et questions sur la concurrence et 28 % sur les textes règlementaires.

En 2016, elle a été sollicitée pour avis à 31 reprises contre 25 en 2015.

Lorsqu'un texte législatif ou réglementaire porte sur la réglementation des prix ou la restriction de la concurrence, l'Autorité doit obligatoirement être consulté et ce, conformément aux articles L. 410-2 et L. 462-2 du code de commerce.

Ainsi, au cours de l'année 2016, l'Autorité a été consultée à deux reprises sur un projet de décret qui détermine les modalités de fixation des tarifs règlementés des officiers publics ministériels et sur un autre qui prévoit l'abaissement des émoluments pour certains legs et donations.

1255 Dans ce cadre, elle rend un avis motivé qui comporte des observations sur le texte envisagé et des solutions éventuelles alternatives plus compatibles avec la concurrence.

1256 Lorsque cette dernière constate des infractions aux règles de la concurrence, elle inflige des sanctions mais la loi l'autorise dans certains cas à recourir à des procédures de négociations.

---

[793] Article L. 464-2-4 du Code de commerce.

Les procédures négociées : clémence, engagement et transaction :

1257 Une des priorités de l'Autorité de la concurrence est la lutte contre les ententes qui sont particulièrement pernicieuses et permettent aux entreprises qui y participent de maintenir ou d'accroître leur pouvoir de marché de manière artificielle. Elles portent une atteinte très grave au bien être du consommateur et en particulier lorsqu'elles tendent à augmenter les prix ou à limiter les quantités ou la variété des produits disponibles sur le marché.

1258 La détection des ententes peut être délicate car les entreprises qui y participent prennent des précautions grandissantes pour tenir leurs activités secrètes. Il est donc apparu nécessaire de mettre en place une procédure permettant d'accorder un traitement de faveur aux entreprises qui aident à découvrir et à sanctionner les ententes.

1259 Dans le cadre de **l'entente illicite**, pour mieux inciter les contrevenants à se dénoncer eux-mêmes, le droit français a intégré à l'article L. 464-2 IV[794] un système de clémence.

Cette dernière doit être demandée par le Rapporteur général de l'Autorité de la Concurrence ou par le ministre de l'Economie « lorsqu'une entreprise ou un organisme contribue ou à contribuer à établir » l'existence d'une entente et à identifier ses auteurs.

Un « avis de clémence » définissant les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée est adressée à l'entreprise.

1260 Pour préserver l'anonymat du délateur, l'avis est confidentiel. Toute procédure est affranchie du principe du contradictoire[795].

---

[794] Article L 464-2 IV du Code de commerce introduit par la loi NRE (Nouvelle Régulation économique) du 15 mai 2001, aux termes duquel l'Autorité peut accorder une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires à l'entreprise qui contribue à établir la réalité d'une entente illicite à laquelle il a participé et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposait pas antérieurement.

[795] Préalablement à l'adoption de l'avis de clémence, le Collège de l'Autorité de la concurrence dispose d'un rapport d'instruction de la demande de clémence et entend le demandeur en séance. Conformément à l'article L 464-2-IV du Code de commerce « … l'Autorité peut, après avoir entendu le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné sans établissement préalable d'un rapport, et si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction… »

1261 L'exonération peut être totale ou partielle. Elle est totale lorsque l'entreprise fournit à l'Autorité, à l'appui de sa demande de clémence, des éléments de preuves suffisants de l'existence d'une entente lui permettant de faire procéder de sa propre initiative à des mesures d'investigation ou si l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve, qui, de l'avis de l'Autorité sont suffisants pour permettre d'établir l'existence d'une infraction caractérisant l'existence d'une entente.

1262 Pour bénéficier de l'exonération partielle, l'entreprise doit fournir à l'Autorité des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont l'Autorité dispose déjà. Les preuves doivent renforcer par leur nature ou leur niveau de précision la capacité de l'Autorité à établir l'existence de l'entente présumée.

1263 Ainsi dans une décision du 12 août 2011, des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des produits laitiers frais en France ont été portées à la connaissance de l'Autorité de la concurrence par des sociétés du groupe GENERAL MILLS qui ont sollicité le bénéfice de la clémence en application du IV de l'article L 464-2 du Code de commerce.

1264 Les déclarations des demandeurs faisaient état de plusieurs pratiques potentiellement prohibées telles que des contacts et des réunions physiques entre sociétés concurrentes visant d'une part à coordonner des hausses de prix appliquées aux clients distributeurs et d'autre part à se répartir les clients et les volumes de produits dans le cadre d'appels d'offres lancés par les distributeurs. A l'appui de leurs déclarations, les demandeurs ont produit un document dénommé « le carnet secret » dans lequel le salarié de la société YOPLAIT, participant aux pratiques consignait les notes prises lors des réunions avec ses concurrents ou lors d'échanges téléphoniques pour lesquels il utilisait un « téléphone portable secret dédié à l'entente ».

1265 L'Autorité a, par avis n° 12-AC-01 du 19 janvier 2012 accordé aux sociétés du groupe GENERAL MILLS le bénéfice conditionnel de la clémence avec une exonération totale de sanction encourue pour les pratiques dénoncées[796].

Cette décision, rendue à l'égard d'entreprises industrielles peut être transposée dans le domaine bancaire.

1266 L'entente peut être bénéfique lorsqu'elle a pour effet d'assurer un progrès économique, la création ou le maintien d'emplois, lorsqu'elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

---

[796] Décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.

C'est l'entente anticoncurrentielle qui est prohibée, c'est à dire l'accord ou l'action concertée qui a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de service déterminé. Cette entente peut prendre plusieurs formes ; écrite, orale, expresse ou tacite, horizontale entre concurrents sur un même marché ou verticale, comme par exemple entre un producteur et un distributeur.

1267 Le 28 mai 2013, l'Autorité de la concurrence a sanctionné par une amende de 79 millions d'euros une entente entre les sociétés BRENNTAG, CALDIC EST, UNIVAR et SOLVADIS. Cette entente a consisté pour les distributeurs de produits chimiques à se répartir artificiellement les clients et coordonner les prix.

Les pratiques en cause ont été mises en œuvre par les principaux distributeurs de commodités chimiques en France représentant à la fin des pratiques 80% des ventes. De très nombreuses entreprises (industriels, PME) actives en aval de la chaîne de valeur ont été victimes de ces pratiques.

Cette affaire a été révélée grâce à la clémence : l'Autorité a été informée de l'existence de cette entente par la société SOLVADIS qui a sollicité la procédure de clémence.[797]

1268 De surcroît, l'article 5 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 /12/2002 relatif à la mise en œuvre des règles de la concurrence prévoit que les autorités nationales de concurrence sont compétentes pour « accepter des engagements ». Le I de l'article L 464-2 du Code de commerce permet à l'Autorité de la concurrence « d'accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L 420-1, L 420-2 et L 420-5 du Code de commerce ».

1269 L'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce dispose de la faculté « d'accepter des engagements proposés par des entreprises ou des organismes ou de nature à mettre un terme à des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce ».

1270 L'acceptation des engagements est soumise à un certain nombre de principes : le **principe de neutralité** qui signifie qu'ils ont lieu, avec pour objectif la protection

---

[797] Décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013

de la concurrence et non des concurrents. Ils ne doivent pas être utilisées dans un but protectionniste.

1271 Le deuxième **principe est celui de la proportionnalité** ; les engagements se limitent à ce qui est strictement nécessaire pour résoudre la question de concurrence soulevée. L'Autorité doit agir dans le respect de l'intérêt légitime des entreprises, qu'il s'agisse des parties notifiantes ou des entreprises en général. Elle se doit de respecter l'efficacité et la contrôlabilité des remèdes. Elle doit, avant de prendre sa décision apprécier si les engagements peuvent être mis en œuvre avec succès dans les délais prévus[798].

1272 Cette pratique est très usitée en matière bancaire, c'est ainsi que les principales banques se sont rapprochées des services d'instruction de l'Autorité afin d'aboutir à un accord sur les commissions interbancaires portant sur les prélèvements, les virements, les titres interbancaires de paiement (TIP) le téléchargement et les lettres de change relevés (LCR).[799]

1273 Au cours de l'instruction, les banques ont demandé à bénéficier de la procédure d'engagement qui leur permet d'élaborer de façon volontaire et négociée des solutions répondant aux préoccupations de l'Autorité de la concurrence.

1274 Les procédures d'engagement permettent aux entreprises, sans reconnaître le caractère anticoncurrentiel de la pratique, d'accepter des engagements structurels ou comportementaux sans constat d'infraction. Ce sont des engagements unilatéraux.

1275 Cette procédure est rapide et permet d'éviter les sanctions éventuelles donc des coûts, elle respecte l'image de l'entreprise à l'égard du grand public puisqu'il n'y a pas de déclaration de culpabilité. De surcroît, les probabilités de recours sont en principe faibles. Elle présente comme inconvénient le risque de surenchère[800] des deux parties et la difficulté de réviser les engagements qui sont souvent pris sur une longue période. L'Autorité engage sa crédibilité et doit apprécier la nécessité de révision des engagements au regard des changements intervenus sur le marché en cause.

1276 Elle peut donc se saisir d'office ou être saisie par toute entreprise ayant intérêt à agir si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important, si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements ou si la décision

---

798 FRENEAU Lucile, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », revue internationale de droit économique, 2007/1, t. 1, p.43-47.

799 Décision 12-D-17 du 5 juillet 2012.

800 MAINGUY D., RESPAUD J. L., DEPINCE M., « Droit de la concurrence », Litec 2010. Il peut s'établir un rapport de forces dans lequel les entreprises sont tenues d'accepter des engagements suffisants au risque de passer à la phase contentieuse qui implique un examen approfondi de l'opération, un allongement significatif de la procédure et une diminution de la confidentialité.

d'engagement repose sur des informations incomplètes inexactes ou dénaturées par les parties à la procédure.

1277 Dans une décision du 13 juin 2016[801], l'Autorité rejette la demande de révision de la société MasterCard tendant à la levée des engagements rendus obligatoires par la décision 13-D-17 du 20 septembre 2013. Les engagements souscrits par la société conservent leur caractère obligatoire jusqu'à l'échéance prévue soit le 31 octobre 2017.

1278 Par lettres du 7 mai 2015 et 6 novembre 2015, la société MasterCard a soumis à l'Autorité une demande de levée des engagements obligatoires relatifs aux commissions interbancaires appliquées aux transactions effectuées au moyen de cartes consommateurs. Elle se fonde sur le point 46 (a) du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence qui précise que « l'adoption d'une réglementation des commissions d'inter change applicable constitue un changement très important du contexte factuel (…) de nature à justifier sa demande de suppression des engagements (…).

1279 Dans les décisions n° 13-D-17 et 13-D-18 du 20 septembre 2013, l'Autorité de la concurrence avait été saisie par une plainte de la fédération du commerce et de la distribution (FCD) dénonçant les pratiques anticoncurrentielles liées à la création et à la mise en œuvre par de commission bancaires multilatérales ou de commissions multilatérales d'inter change (CMI) appliquées aux opérations par les cartes Master Card et Visa. Visa et Master card ont pris des engagements en matière de commissions interbancaires applicables aux paiements par carte aux points de vente qui ont été acceptés par l'Autorité et qui ont permis de mettre fin à la procédure ouverte à leur encontre.

1280 La loi du 6 août 2015, sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi « Macron » a modifié l'article L. 464-2 III du Code de commerce et introduit la procédure de transaction. Cette dernière permet aux entreprises qui renoncent à contester les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence de se voir proposer par le rapporteur général de l'Autorité, une transaction qui fixe le montant maximal et minimal de la sanction encourue. Après acceptation de la transaction par les entreprises, le rapporteur général propose au collège de prononcer la sanction pécuniaire dans les limites fixées par la transaction[802].

---

[801] Décision n° 16-D-13 du 13 juin 2016.

[802] www.autoritédelaconcurrence.fr/doc

1281 Dans le cadre de ses pouvoirs de sanction, que la procédure ait été contentieuse ou négociée, l'Autorité peut également ordonner la publication, la diffusion, ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci. Elle peut exiger qu'un extrait de la décision soit porté dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

1282 Le respect de la réglementation de la concurrence dans le secteur bancaire est parfois difficile. L'Autorité de la concurrence contrôle les concentrations et les pratiques anti concurrentielles.

1283 Pour ce qui est des concentrations, l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier dispose qu'une concentration bancaire est contrôlée par l'Autorité de la concurrence mais celle-ci doit obligatoirement demander l'avis de l'ACPR avant de prendre sa décision sur le projet de concentration. Si cette dernière ne suit pas l'avis, elle doit s'en justifier.

1284 Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, la décision 10-D-28 mentionnée plus haut a été réformée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 23 février 2012 au motif que l'entente ne peut être sanctionnée que si elle a pour objet ou pour effet d'affecter sensiblement le marché. L'Autorité n'en apportait pas la preuve.

1285 Les ententes ou pratiques anticoncurrentielles enfreignent les règles de la concurrence et contribuent aux crises bancaires dans la mesure où elles permettent aux banques de manipuler à leur profit la formation des taux de change et des taux d'intérêt. Les règles de concurrence permettent d'autoriser les coopérations justifiées par la spécificité d'un secteur, notamment, pour les banques celles nécessaires au bon fonctionnement des système de paiement.

1286 Ces difficultés s'expliquent car dans le secteur bancaire, la faillite d'une banque peut produire un risque systémique. Ce secteur implique pour la sauvegarde du système, l'intérêt de l'investisseur et du déposant, l'intervention de l'Etat. Il s'apparente davantage au service public d'ailleurs, le Conseil d'Etat, juge administratif en premier ressort, y étend sa compétence rationae materiae et c'est devant lui que beaucoup de recours contre les décisions de l'ACPR sont portés alors que ce sont des opérations privées[803].

---

[803] FRISON ROCHE Marie Anne, Concurrence et droit de la régulation bancaire et financière, semestre de printemps 2015.

1287 Depuis toujours la banque prétend à l'autorégulation en raison du risque systémique et de la nécessité d'organiser le fonctionnement global des paiements entre les banques.

Ces dernières sont en concurrence entre elles mais doivent mettre en place un système commun pour que les moyens de paiement puissent être mis à la disposition de la clientèle par chacune d'elles. Le droit de la concurrence est contraire à l'autorégulation synonyme d'entente.

c) Le contrôle des décisions prises par l'Autorité de la concurrence

1288 Les décisions de l'Autorité de la concurrence peuvent faire l'objet dans le délai d'un mois après la notification de la décision aux parties, d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

Le recours n'est pas suspensif. Cependant le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner un sursis à l'exécution si la décision entraîne des conséquences excessives[804] ou si des faits nouveaux sont intervenus[805].

L'arrêt rendu par la cour d'appel est susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans le mois qui suit sa notification. Comme l'appel, le pourvoi n'est pas suspensif.

1289 La décision de mesures conservatoires[806], prises sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, est également passible de recours devant la cour d'appel de Paris dans les dix jours qui suivent la notification. La cour statue dans un délai d'un mois.

1290 L'efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence peut s'apprécier au regard des recours à l'encontre de ses décisions. Ainsi en 2014, La cour d'appel de Paris, statuant sur ces recours a rendu seize arrêts dont dix dans lesquels elle s'est prononcée sur le fond.

---

804 A titre d'exemple, le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris a, par ordonnance du 3 juillet 2012, accordé le sursis aux sociétés demanderesses (Axiane meunière et Minoteries Cantin) estimant que « les conséquences manifestement excessives de l'exécution de la décision doivent être appréciées au vue de la seule situation financière de la société frappée de l'amende ». Amende qui s'élevait à 242,4 Millions d'euros, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012.

805 Article L. 464-8 du Code de commerce.

806 Les mesures conservatoires sont prises pour les affaires qui nécessitent un règlement urgent. La demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence.

1291 Dans quatre affaires, la cour a confirmé, dans leur intégralité les décisions de l'Autorité en rejetant les recours, c'est le cas de l'arrêt du 27 février 2014[807] qui confirme la décision 12-D-21 du 18 octobre 2012, et celui du 30 janvier 2014[808] qui confirme la décision n° 11-D-12.

1292 Dans deux affaires[809], elle s'est prononcée en urgence pour confirmer les mesures conservatoires ordonnées par l'Autorité. Dans six affaires[810], les décisions ont fait l'objet d'annulation ou de réformation partielle portant sur le fond[811]. A titre d'exemples, dans l'arrêt Grands Moulins de Paris rendu le 20 novembre 2014[812] la cour a confirmé l'existence du Cartel franco-Allemand destiné à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne. De même dans l'arrêt Colgate-Palmolive Service SA du 30 janvier 2014[813] où elle confirme l'existence de l'entente complexe, unique et continue entre les quatre fabricants de lessives actifs en France, constituée à la fois d'ententes et de pratiques concertées qui ont duré plusieurs années et concernés toutes les gammes des grandes marques et toutes les formes de lessives

---

[807] Décision N° 12-D-21 du 18 octobre 2012 relative aux pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport Paris-Charles-de-Gaulle. Dans cette affaire, l'autorité avait déclaré que la délivrance de l'autorisation d'activité exigée pour exercer une activité sur une plate forme constitue une mesure administrative qui relève du contrôle exclusif du juge administratif. Le droit de la concurrence est opposable aux actes des personnes publiques ou privées investies de missions de service public dans le cadre d'un contentieux porté devant la juridiction administrative. Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence, « jurisprudence des décisions de contrôle » p. 272.

[808] Décision n°11-D-17 du 30 janvier 2014. La cour a rejeté le recours contre la décision. Elle a considéré que l'Autorité s'était bien conformée aux exigences procédurales, notamment le respect du contradictoire et des droits de la défense.

[809] L'arrêt de la cour d'appel de Paris 9 octobre 2014 relative à la décision n° 99-D-62 du 19 octobre 1999 a rejeté le moyen de procédure par lequel les requérantes ont soutenu que la procédure suivie devant l'Autorité était entachée d'irrégularités et l'arrêt du 31 octobre 2014 concernant la décision n° 14-MC-02 rendue le 9 septembre 2014 qui confirme la décision de mesures conservatoires par laquelle l'Autorité enjoint à GDF Suez, ancien opérateur historique, de donner accès aux opérateurs alternatifs à certaines des données figurant dans son fichier clients au tarif règlementé de gaz. Rapport Autorité de la concurrence 2014, « Jurisprudence des juridictions de contrôle » p. 279.

[810] Dans l'arrêt Fraileg du 15 mai 2014, la cour a rejeté les dispositions de la décision 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives au motif qu'il n'était pas établi que les entreprises aient enfreint les disposition de l'article l. 420-1 du Code de commerce et 101§1 du TFUE. Rapport 2014 « Jurisprudence des juridiction de contrôle », p. 284.

[811] Mise hors de cause de certaines entreprises sanctionnées, réduction du montant des sanctions prononcées.

[812] Appel contre la décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012.

[813] Appel contre la décision n° 11-D-17 de l'Autorité de la concurrence.

commercialisées. Dans celui du 6 novembre 2014[814] pour la décision n° 12-D-25 la cour a réformé partiellement la décision et réduit la sanction pécuniaire car elle a considéré qu'il n'était pas démontré que la SNCF avait abusé de sa position dominante et que les conditions d'application des articles 120 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce n'était pas réunies.

1293 En 2014 environ 80 °/° de ses décisions sont donc validées par la cour d'appel de Paris.

d) La comparaison avec l'ACPR

1294 L'Autorité de concurrence constate des faits établis. L'ACPR intervient au moment où elle juge opportun, la mise en œuvre des règles applicables aux établissements de crédit. Elle cherche à prévenir plutôt qu'à sanctionner.

1295 L'ACPR, contrairement à l'Autorité de la concurrence, effectue un contrôle permanent par le biais de son secrétariat général qui organise le respect de la réglementation des personnes assujetties. Elle détermine la périodicité et surtout les personnes qui feront l'objet de son contrôle. Ce dernier portera davantage sur les établissements de crédit qui n'ont pas respecté les conditions particulières posées ou les engagements pris à l'occasion d'une demande d'agrément, d'autorisation ou de dérogation prévue par les dispositions législatives ou règlementaires applicables ou encore lorsque l'établissement n'a pas respecté une mesure de police administrative, n'a pas tenu compte d'une mise en garde prononcée à son encontre. Certains établissements peuvent de ce fait ne subir aucun contrôle.

1296 Si elle juge qu'il y a un dysfonctionnement, elle peut alors décider de procéder à un contrôle de l'organisme concerné.

---

814 Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012. La cour d'appel de Paris a estimé que l'Autorité est compétente pour connaître des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante « détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif ». En l'espèce, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné la SNCF pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du transport de marchandises par train, en utilisant à son profit des informations confidentielles dont elle disposait aux fins exclusives de la gestion de l'infrastructure délégué, comportement qui lui a permis de protéger artificiellement sa position dominante en réduisant le degré d'incertitude existant sur le marché et en évinçant certains concurrents de trafics stratégiques. Rapport d'activité 2014 « jurisprudence des décisions de contrôle » p. 273.

1297 Un client en litige avec sa banque peut saisir l'ACPR qui peut sanctionner les compagnies pour non respect de la législation mais en aucun cas saisir les tribunaux à la place du client[815].

1298 Ce qui restreint son domaine d'intervention et peut laisser persister des pratiques à la limite de la réglementation ou qui ne respectent pas la législation dans son intégralité.

1299 Pour ce qui concerne la constatation des infractions au sein de l'ACPR, c'est le secrétariat général de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui organise le contrôle[816] du respect de la réglementation par les personnes assujetties. Le résultat du contrôle sur place est complété de remarques de l'établissement contrôlé sur le projet de rapport et consigné dans un rapport définitif qui mentionne les éventuels manquements.

1300 L'ACPR dispose des mêmes prérogatives que l'Autorité de la concurrence quant à l'accès des locaux et à la possibilité de réaliser les enquêtes.

1301 L'ACPR n'offre pas aux personnes assujetties à son contrôle la possibilité de bénéficier d'une procédure de clémence[817], procédure qui, dans ce cas, serait adaptée à la situation dans laquelle un salarié ou un dirigeant dénoncerait une pratique illégale ou la mauvaise application volontaire de la réglementation sans risque de sanction personnelle.

1302 L'Autorité de la concurrence collabore avec l'ACPR en matière de concentration[818] dans le secteur bancaire, ainsi elle effectue un contrôle terrain, externe de l'opération de concentration envisagée, elle vérifie si cette dernière ne va pas affaiblir la concurrence dans certaines zones de chalandise.

La supervision de l'ACPR quant à elle, est plutôt interne et porte sur la modification de structure de l'entreprise cible, le changement de dirigeant, de responsables clefs ou, dans le cas d'une prise de contrôle, l'impact significatif sur la situation du groupe.

---

815 L'Autorité de la Concurrence peut être saisie par le Ministre de l'économie au nom de l'intérêt général. Ainsi, dans l'arrêt n° 841 du 8 juillet 2008 Ministre c/Galec la Cour de cassation précise que « l'action du Ministre est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

816 Article L. 612-1 et 612-23 du code monétaire et financier.

817 Dans une décision redue le 18 juin 2013 n° 2012-07 « ARCA PATRIMOINE » le représentant du collège de l'ACPR fait valoir qu'aucun « principe de clémence » n'est applicable à l'ACPR.

818 Une opération de concentration est réalisée lorsque deux entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, lorsqu'elles créent une entreprise commune ou lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une ou plusieurs autres.

1303 Par ailleurs, lorsqu'une opération de concentration qui concerne directement ou indirectement, une personne soumise à son contrôle fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la Concurrence doit recueillir, avant de se prononcer, l'avis de l'ACPR. Au sein de l'ACPR, cette mission est gérée par le Direction des pratiques commerciales. Elle coopère également avec l'Autorité des marchés financiers (AMF) par le biais d'un pôle commun.

1304 L'ACPR, dans une décision rendue le 19 mars 2014[819] a infligé une amende de 100 000 euros à la société ARKEON FINANCE pour non respect de la réglementation relative au fonds propres minimum. Dans une autre décision rendue le 19 décembre 2014[820], l'amende s'élevait à 50 millions d'euros car la société ALLIANZ VIE avait exclu, lors de la consultation du répertoire national d'identification des personnes physiques, certains portefeuilles ce qui rendait inopérante l'obligation d'identification des assurés décédés.

1305 Les récentes décisions de l'ACPR[821] condamnant les compagnies d'assurance pour leur négligence à retrouver les bénéficiaires des contrats d'assurance vie en déshérence ont illustré la faiblesse du plafond actuel en comparaison avec les profits réalisés et la surface financières des contrevenants. Ces décisions peuvent aussi s'appliquer aux banques.

1306 Bien qu'élevées, les amendes infligées par l'ACPR restent inférieures à celles prononcées par l'Autorité de la concurrence et sont donc beaucoup plus dissuasives.

1307 Le relèvement du plafond des amendes soit sous forme de montant absolu, soit surtout sous forme de pourcentage du chiffre d'affaires peut sembler nécessaire pour rendre plus juste, plus clair et plus dissuasif le système des sanctions.

1308 La transposition des accords de Bâle III par l'ordonnance du 20 février 2014[822] « paquet CRDIV » a modifié et complexifié le plafond des sanctions infligées par l'ACPR. Ainsi, en matière répressive, les établissements de crédit, pour les manquements prudentiels, le plafonds est passé à 10°/° du chiffre d'affaires ou deux fois l'avantage retiré avec un maximum de 100 millions d'euros, s'il est estimable et, pour les dirigeants responsables personnes physiques, le plafond est de cinq millions d'euros.

---

819 Décision du 19 mars 2014, procédure n° 2013-2.

820 Décision du 19 décembre 2014, procédure n° 2014-01.

821 CARDIF Assurance vie, procédure n° 2013-03 bis, 7 avril 2014, amende 10 millions d'euros ; CNP Assurances, Procédure 2013-05, 31 octobre 2014, amende 40 millions d'euros ; ALLIANZ Vie, procédure n° 2014-01 du 19 décembre 2014, amende 50 millions d'euros, supra p. 196.

822 Ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014.

Le législateur impose de proportionner la sanction pécuniaire à la gravité du manquement et, pour respecter la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'Autorité doit tenir compte de l'assise financière de la personne sanctionnée pour s'assurer que la sanction envisagée n'est pas excessive.

1309 Pour déterminer le montant de la sanction plusieurs éléments sont pris en compte notamment :

- la nature, le nombre et la durée des manquements. Toutes les obligations professionnelles ne sont pas équivalentes.
- Les torts éventuels causés à des clients, à des tiers, au secteur ou à l'économie en général ;
- Les avantages retirés par l'opérateur du faits de ces manquements ;
- L'ampleur et la rapidité des mesures de correction mises en œuvre[823].

1310 Pour les manquements qui concernent les gros opérateurs, la juste sanction, vraiment dissuasive, pourrait être supérieure mais comme le législateur a fixé le plafond à 100 millions d'euros, la sanction se fait à hauteur de ce plafond.

1311 En résumé, l'Autorité de la concurrence est une Autorité administrative indépendante qui détient des pouvoirs exorbitants en matière d'investigations, elle peut être saisie par différentes organisations, elle a la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires significatives et dissuasives. Elle donne la possibilité aux acteurs de la concurrence, par la procédure de clémence de se dénoncer et donc de participer à la mise en place d'une concurrence loyale. Ces prérogatives sont renforcées par sa composition et sa structure qui lui permettent d'atteindre ses objectifs.

1312 Depuis la crise financière, avec la mise en place du mécanisme de surveillance unique, la concurrence est en train de reculer dans l'Europe bancaire alors que c'est un mécanisme qui tend à garantir l'efficacité, la baisse des prix, la qualité des services offerts et l'innovation.

1313 Outre l'Autorité de la concurrence, une autre institution, la Commission informatique et liberté (CNIL), autorité administrative indépendante est chargée d'une

---

823 BOUCHEZ Rémi, Président de la Commission des sanctions de l'ACPR, Compte rendu de la Commission parlementaire du Sénat du 28 janvier 2015, « Les pouvoirs de sanction des régulateurs ».

mission de contrôle et de sanction auprès de tous responsables de traitement de données à caractère personnel y compris les établissements de crédit.

Section 3 : La CNIL, organisme de contrôle de la licéité des traitements de données à caractère personnel

1314 Les données à caractère personnel sont définies par l'article 2, alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978[824] comme tout élément permettant d'identifier ou d'individualiser directement ou indirectement une personne physique[825].

1315 A titre d'illustration, les médias et les associations de consommateurs se sont indignés car La banque ING semblait usurper les droits de clients sur la confidentialité des données personnelles en les vendant. En effet, le responsable d'ING aux Pays Bas laissait entendre que la banque travaillait sur une stratégie de « big data » et comptait expérimenter de nouveaux usages autour des données clients collectées via les transactions de paiement. Elle envisageait de proposer, avec l'accord du client, des offres promotionnelles de sociétés tierces. Le groupe a été contraint de clarifier son projet et de rassurer sur son engagement à sécuriser les informations clients[826].

1316 La CNIL a une mission générale d'information des personnes sur leurs droits et leurs obligations quant à la protection des données personnelles. Son efficacité repose sur sa composition et la nature des sanctions dont elle dispose.

1317 La création et le traitement de données personnelles sont soumis à des obligations destinées à protéger la vie privée des personnes fichées et les libertés individuelles. Tout fichier ou traitement automatisé contenant des informations à

---

[824] Modifiée par la loi n° 2004/801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Loi qui transpose la directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil, du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[825] La définition exacte est la suivante « toute information relative à la personne physique identifiée directement ou indirectement ou par référence à un numéro d'identification ou à plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont disposent ou auxquels peuvent avoir accès le responsable du traitement ou tout autre personne ».

[826] LEBLANC-WOHRER Marion, l'AGEFI Hebdo 05 juin 2014, « Assises sur une montagne d'informations, les banques sont contraintes dans leur utilisation à des fins commerciales ».

caractère personnel doit être déclaré, avant sa création, en ligne ou par courrier adressé à la CNIL.

1318 Aujourd'hui, l'évolution des pratiques dans le secteur des services est marquée par du marketing relationnel et des démarches de techniques commerciales qui prennent appui sur la constitution et l'exploitation de bases de données nominatives[827].

1319 La bonne gestion des données personnelles des consommateurs est à la fois un enjeu de confiance et de compétitivité. Elle constitue également le « carburant » nécessaire au bon fonctionnement de l'économie numérique.

1320 L'information des consommateurs tout comme l'exécution du contrat, font de plus en plus appel aux données communiquées par ceux-ci. Elles permettent d'établir puis d'entretenir le lien qui relie le client à l'entreprise. Elles offrent de plus la possibilité de renforcer la qualité de ce lien, en permettant une plus grande personnalisation de la relation client et donc une meilleure prise en compte des attentes des consommateurs.

1321 Si ces données sont devenues indispensables pour de nombreuses entreprises, leur transmission suppose que le consommateur ait confiance dans l'utilisation qui en sera faite, qu'il ait le sentiment qu'elles ne seront ni détournées de leur finalité ni exploitées de manière illicite ou abusive[828].

1322 D'une manière générale l'utilisation des données personnelles des consommateurs contribue au progrès économique. Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication a rendu plus facile la transmission de ces données.

1323 Par ailleurs, avec la montée des transactions en ligne, les établissements de crédit accumulent des masses de données personnelles par le biais des comportements des consommateurs sur la toile mais la protection des données personnelles est au centre du risque de non conformité et restreint considérablement leur exploitation à des fins commerciales.

1324 Comment utiliser ces données dans le respect non seulement des données personnelles elles même mais également de la vie privée des consommateurs ?

---

827 De PEYCHPEYROU Pauline, NICHOLSON Patrick, Université Lille 2 nord de France, LSMRC research center, « Ne dites rien, je sais tout de vous, vente à distance et utilisation de données nominatives ».

828 Guide pratique à destination à destination des entreprises et des organisations professionnelles du MEDEF, « La protection des données personnelles : un enjeu essentiel pour la confiance des consommateurs et la compétitivité des entreprises », FEVAD consommation.

1325 Dans une décision rendue le 25 juin 2013[829], la chambre commerciale de la Cour de cassation a annulé la cession d'un fichier non déclaré auprès de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés.

L'absence de déclaration a rendu l'objet de la vente illicite, impropre à la transaction. Le fichier en question, bien immatériel, représentait une valeur importante pour le cédant, en l'espèce 46 000 euros. D'où l'importance de la déclaration de fichier et du rôle de surveillance de la Commission.

1326 La performance de la CNIL s'explique par la **réglementation en vigueur (A)** et la nature particulière de son l'objet mais surtout par la **composition et les pouvoirs de sanction de la commission (B)**.

A – Quelles règlementations applicables dans le domaine de la protection des données ?

Les règles applicables relèvent soit des législations nationales soit des autorités européennes.

1 - Au niveau national

1327 En France, l'utilisation des données personnelles des consommateurs est très encadrée par les textes, à savoir principalement la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978[830] modifiée par la loi du 6 août 2004[831], qui transpose la directive européenne du 24 octobre 1995[832], et la loi du 21 juin 2004[833] sur la confiance dans l'économie numérique.

1328 De surcroît, à l'échelon national, un projet de loi pour une République numérique a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 26 janvier 2016[834]. Il vise à « améliorer l'accès de tous aux informations publiques, à stimuler l'innovation, et à favoriser le développement en France d'une économie de la

---

[829] Pourvoi n° 12-17037, décision du 25 juin 2013.

[830] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative aux fichiers, à l'informatique et aux libertés.

[831] Loi n° 2004-801, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[832] Directive n° 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[833] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[834] Loi n° 2016-1321 adoptée le 28 septembre 2016 publiée au JO le 8 octobre 2016.

donnée [835]». Ce texte comprend la possibilité, pour les personnes concernées, de disposer librement et facilement de ses données et de récupérer, sur demande, les emails, les fichiers ou données stockées dans un service numérique.

1329 La France a adopté une approche particulièrement protectrice des données personnelles. Si tous les pays européens ont une Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, la directive n'a pas été transposée avec la même rigueur dans tous les pays.

En France, en application à la loi informatique et libertés, tout traitement de l'information relative au données personnelles recueillies dans le cadre de la connaissance du client pour la lutte contre le blanchiment est soumis à un régime d'autorisation préalable auprès de la CNIL. Pour simplifier les formalités, cette dernière a mis au point une autorisation unique, qui est en quelque sorte un accord-cadre auquel se réfèrent les déclarants.

La CNIL s'est organisée en interne en créant une direction de conformité pour s'adapter aux évolutions règlementaires et pour offrir aux responsables de traitements toute une palette d'outils, en concertation avec les professionnels[836].

1330 La réforme de la loi Informatique et Libertés par la loi du 6 août 2004 a eu pour conséquence d'augmenter le risque de non conformité et de sanction lié à réglementation :

- risque pénal qui pèse sur le responsable du traitement[837], qui peut se voir sanctionné d'une amende maximale de 300 000 euros et d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans,
- le risque de sanction administrative prononcée directement par la CNIL qui a le pouvoir de mettre en demeure, d'enjoindre de cesser la mise en œuvre du traitement, de prononcer une sanction pécuniaire ou un avertissement,
- le risque d'image et de notoriété, lorsque les clients découvrent dans la presse ou par le biais des actions de communication de la CNIL qu'un responsable de traitement n'a pas respecté certaines règles relatives à la confidentialité ou au respect de la vie privée.

1331 La CNIL a pour mission de veiller à ce que les données personnelles soient créées et exploitées conformément aux dispositions légales. Ainsi, la collecte de ces

---

835 LEMAIRE Axelle, Secrétaire d'Etat du numérique auprès du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, communiqué de presse n° 1156 du 27 janvier 2016.

836 NERBONNE Sophie directrice adjointe, direction de la conformité, AGEFI Hebdo, 05 juin 2014.

837 Article L. 226-16 du Code pénal.

données doit obligatoirement avoir un objectif déterminé et légitime, défini dans la déclaration préalable du responsable de traitement. Par la suite les données ne pourront être utilisées que dans ce cadre. Tout changement de finalité de traitement doit être porté sans délai à la connaissance de la CNIL. De surcroit les responsables de traitements doivent respecter les principes de loyauté et de proportionnalité dans leur collecte de données.

1332 La loi Informatique et Libertés énonce « les données sont collectées de manière loyale et licite [838]», ce principe se traduit en pratique par l'obligation de collecter des données directement auprès de la personne concernée.

1333 Le principe de proportionnalité signifie que les données traitées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées et de leurs traitements ultérieurs. Ce principe implique que le traitement se limite aux données pour lesquelles il existe un rapport direct avec la finalité initiale et les données doivent être supprimées ou archivées quand elles ne sont plus nécessaires pour la finalité du traitement.

1334 La loi s'applique au traitement de données qu'ils soient automatisés ou non. Tout traitement doit faire l'objet d'un droit d'accès, de rectification, d'opposition et d'autorisation à la cession pour communications électroniques.

L'article 1er de la loi[839] utilise l'expression vie privée.

La notion de respect de la vie privée est considérée par certains auteurs[840] comme un contrat social tacite. Ce contrat étant rompu si le consommateur n'est pas informé de la nature des données qui sont collectées à son sujet, du fait que ces informations puissent être transmises à des tiers sans sa permission et s'il ne lui est pas donné la possibilité de faire supprimer ou modifier les informations le concernant et susceptibles d'être utilisées ou diffusées. Contrat qui justifie l'arbitrage que fait le consommateur entre le renoncement à sa vie privée et le bénéfice qu'il peut en tirer[841].

1335 L'information fait référence au concept de confiance, de consentement qui doit résulter d'une manifestation libre et éclairée de la volonté de la personne concernée. Cela conduit à un renforcement de l'obligation d'information, c'est à dire à la

---

[838] Article 6 de la loi du 6 janvier 1978, modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016.

[839] Article 1er de la loi du 6 janvier 1978 modifié par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 article. 54.

[840] MILTGEN-LANCELOT Caroline, PHELS, NOWAK, Réseaux n° 167, « Données personnelles et vie privée », étude de la décision de fournir des données personnelles dans un cadre commercial, 2011, Editeur la découverte.

[841] Awad N.F., Krishnan M. S. « the personalization privacy Paradox », MIS Quaterly (30.1), 2006.

nécessité d'obtenir un consentement préalable de la personne avant toute sollicitation et utilisation des données à caractère personnel.

2 – La protection des données en Europe et le problème posé par les « Big data »

1336 Les établissements de crédit disposent d'un très grand nombre de données personnelles à l'occasion des relations contractuelles qu'ils nouent avec leurs clients ; ouverture d'un compte, utilisation des moyens de paiement attachés au compte, permettant de connaître les habitudes de consommation, les déplacements, la localisation.

1337 L'utilisation de moyens de paiement peut conduire l'établissement de crédit à connaître des données particulièrement sensibles qu'il est en principe interdit de collecter[842]. C'est d'ailleurs lorsqu'une personne sollicite un crédit que l'établissement est susceptible de collecter un grand nombre de données à caractère personnel, notamment sur la santé et les revenus des clients.

1338 De surcroît, la réglementation les contraint à recueillir le maximum d'informations concernant le client dans le cadre d'une part de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et d'autre part de la directive sur les marchés d'instruments financiers qui nécessite la vérification de l'adéquation du profil du client avec son activité bancaire.

a) La protection des données en Europe

1339 La directive de 1995 sur la protection des données toujours en vigueur est adaptée à l'ère du numérique par le règlement UE 2016/679 du 14 avril 2016[843].

Le fait d'adopter un règlement évite la phase de transposition libre par les Etats et permet d'harmoniser les pratiques. Il devrait aussi permettre aux entreprises de tirer le meilleur parti des possibilités offertes par le marché unique européen en réduisant les

---

[842] L'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 interdit de collecter ou de traiter des données qui font apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou encore des données relatives à la santé ou à la vie sexuelle des individus.

L'article 6 de la loi modifiée par la loi 2016-41 du 26 janvier 2016 précise les aspects des données à caractère personnel sur lesquelles peuvent porter les traitements et explique par exemple que les données doivent être collectées et traitées de manière loyale et licite pour des finalités déterminées, explicites et légitimes.

[843] Applicable en mai 2018, deux ans après la date de publication au journal officiel. Loi française n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

formalités administratives en créant un espace européen de confiance du fait de l'harmonisation.

1340 Le nouveau texte prévoit un renforcement des droits des citoyens leur permettant de disposer d'informations complémentaires sur le traitement de leurs données mais également de les obtenir sous une forme claire, accessible et compréhensible. Le droit à l'oubli numérique[844] est conforté et un nouveau droit, le droit à la portabilité[845], est prévu.

Le texte consacre le principe du consentement explicite au traitement des données[846] et prévoit un meilleur encadrement de la pratique du profilage, c'est à dire du croisement des données personnelles pour obtenir un « profil » de la personne[847].

1341 Les responsables de traitement devraient adopter des mesures qui répondent aux principes de la protection des données par défaut et ce dès la définition des moyens de traitement des données, dite de « privacy by design[848] ».

1342 Quant aux entreprises, elles bénéficient d'une simplification des formalités, la possibilité d'un interlocuteur unique pour toutes les autorités de protection de données européennes et la mise à disposition d'une boite à outils de conformité[849] qui pourront être modulés en fonction du risque sur les droits et les libertés des personnes[850].

1343 Les autorités de protection voient leurs compétences affirmées, dès lors qu'il existe un établissement sur le territoire de l'Union ou que leurs citoyens sont affectés par le traitement. Par ailleurs, leurs pouvoirs répressifs sont augmentés avec la possibilité de prononcer des sanctions administratives pouvant aller à 100 millions d'euros ou 5°/° du chiffre d'affaires annuel mondial d'une entreprise si elle viole les règles européennes.

1344 Les commissions nationales de l'informatique et des libertés (CNIL) des pays de l'Union européenne pourront prononcer des décisions conjointes aussi bien pour constater la conformité d'un organisme que pour prononcer des sanctions. Cette

---

844 Article 17 du règlement européen 2016/679/ UE du 14 avril 2016.

845 Article 18 du même règlement. La portabilité est la possibilité de récupérer les données personnelles communiquées à une plate forme et les transmettre à une autre.

846 Article 7 du règlement du 14 avril 2016, article 40 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

847 Article 20 du règlement du 14 avril 2016.

848 Article 23 du règlement du 14 avril 2016.

849 Code de bonne conduite, certification.

850 Tenue d'un registre, consultation des autorités de protection, notification des failles de sécurité.

intégration européenne renforce ainsi la protection des personnes et la sécurité juridique des entreprises[851].

1345 Les banques qui regorgent de données sur leurs clients voient dans les « big data » l'opportunité d'améliorer leur relation avec ces derniers. L'analyse de ces dernières peut engendrer des inquiétudes du fait du croisement d'un grand nombre de données et fait donc l'objet de dispositions particulières[852].

1346 Quelles sont les conditions nécessaires au respect de la vie privée et de la sécurité des données ?

b) La problématique des « big data ».

1347 Les « big data » sont des énormes volumes de données structurées ou non, difficilement gérables avec des solutions classiques de stockage et de traitement. Ces données proviennent de sources diverses et sont pour la plupart produites en temps réel.

L'analyse des « big data » comprend quatre critères que l'on trouve de façon plus ou moins spontanée : vitesse[853], variété[854], véracité[855], valeur[856].

1348 Comment protéger ces données dans le respect de la loi informatique et libertés compte tenu des possibilités de croisement des données permises par l'analyse des « big data », l'anonymisation exigée par la loi est quasiment impossible[857].

1349 Dans le règlement européen, la position de la Commission est que la finalité de l'utilisation des données devrait être clairement établie. Avec l'analyse des « big data », il est difficile d'anticiper quel usage il en sera fait. La collecte ciblée et le principe de suppression entre en contradiction avec la nécessité d'un volume de données le plus important possible.

---

851 Ministère de l'Economie et des finances, « Réforme de la protection des données : de nouvelles règles adoptées par le parlement européen », 20 avril 2016.

852 Article 94 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

853 Les données ne sont plus traitées en différé mais en temps réel, selon les cas, il est même possible de ne plus les stocker mais de les analyser en flux (streaming).

854 Les données peuvent être du texte, des images, du contenu multimédia, des traces numériques, des objets connectés…

855 La véracité ou qualité des données revient à s'assurer qu'une donnée n'est pas une rumeur ou une diffusion malveillante.

856 La valeur représente les usages produits par les données.

857 HAMEL Marie-Pierre et MARGUERIT David, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, n° 8 novembre 2013, département questions sociales, note d'analyse « Analyse des data, quels usages, quels défis », p. 3.

1350 Au delà des règles de traitement se pose la question de la sécurité des outils utilisés pour les traiter. La recommandation de la CNIL pour protéger ces données porte sur la sécurité des systèmes et la gestion des risques liés aux traitements des données personnelles. Elles visent à protéger les ordinateurs et les données traitées contre les intrusions, les virus, ou les dommages causés aux données[858] ;

1351 Certains usages des « big data » représentent des risques pour les libertés individuelles. Comment tirer profit des connaissances sans mettre en péril les libertés individuelles ? Quels garde-fous mettre en place ?

1352 La réglementation rigoureuse est contrôlée par une institution singulière par sa composition, sa procédure et ses sanctions.

B – Une composition, une procédure et des sanctions particulières au contrôle de la CNIL

1 – Une composition démocratique et une procédure contradictoire

1353 La Commission de l'informatique et des libertés est composée de dix sept membres ou commissaires. La plupart sont des représentants de l'Etat puisqu'il y a quatre parlementaires (deux députés et deux sénateurs), deux membres du Conseil économique, social et environnemental, six représentants des hautes juridictions (deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation, deux conseillers à la Cour des comptes).

a) Composition

1354 Cinq personnalités qualifiées sont désignées : un par le Président de l'Assemblée nationale, un par le président du Sénat et trois par décret en conseil des ministres.

1355 Douze d'entre eux, soit 71%, sont désignés soit par des assemblées, soit par les juridictions auxquelles ils appartiennent.

---

858 HAMEL Marie-Pierre er MARGUERIT David, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, n° 8 novembre 2013, département questions sociales, note d'analyse « Analyse des data, quels usages, quels défis », p. 8.

1356 Le mandat des commissaires est de cinq ans. Pour les parlementaires, il est d'une durée égale à leur mandat électif.

1357 100% des membres de la CNIL sont des représentants d'institutions étatiques, aucune instance professionnelle n'est représentée, gage d'indépendance et d'impartialité du contrôle, renforcé par le fait que la Commission ne reçoit d'instruction d'aucune autorité. Les ministres, autorités publiques, dirigeants d'entreprises privées ou publiques ne peuvent s'opposer à son action.

1358 Cette indépendance est renforcée par un régime d'inamovibilité et d'incompatibilité qui frappe ses membres.

1359 Les membres de l'ACPR sont majoritairement des professionnels du secteur, nommés pour une durée de cinq ans irrévocables mais renouvelables. Ils peuvent être récusés pour des raisons sérieuses qui mettent en doute leur impartialité

L'ACPR peut se réunir en formation restreinte, de même, la CNIL peut siéger en formation restreinte composée d'un Président et de cinq membres.

1360 Le président de la CNIL recrute librement ses collaborateurs qui deviennent des agents contractuels de l'Etat. Les membres de l'ACPR sont soit nommés, soit des membres de droit, c'est le cas par exemple du Président de la Banque de France.

1361 Le budget de la commission relève du budget de l'Etat. alors que celui de l'ACPR est constitué du produit des contributions pour frais de contrôle versées par les organismes assujettis en application de l'article L. 612-18 du Code monétaire et financier.

b) Missions

1362 Lors des séances plénières, la CNIL adopte des délibérations (avis ou autorisations) portant sur des traitements ou des fichiers. Elle examine aussi les projets de loi et de décrets qui lui sont soumis pour avis par le Gouvernement. Son pouvoir règlementaire est donc limité.

1363 La CNIL a le pouvoir d'effectuer des **contrôles auprès de l'ensemble des responsables de traitement** par le biais d'investigations[859]. Elle vérifie l'application de la loi informatique et libertés sur le terrain. Les missions de contrôle sont encadrées par les articles 11-2-1-f et 44 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée le 6 août 2004, et par les articles 61 à 69 du décret de 20 octobre 2005 modifié par le décret du 25 mars 2007. L'article 21 de la loi précise : « les ministres, autorités publiques, dirigeants d'entreprises publiques ou privées, responsables de groupements divers et

---

[859] Les responsables de traitement publics ou privés doivent présenter une demande d'autorisation à la CNIL pour certains traitements, par exemple le traitement des scores pour les banques.

plus généralement les détenteurs ou utilisateurs de traitements ou de fichiers de données à caractère personnel ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres et doivent au contraire prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche ».

1364 Les membres de la CNIL se réunissent en séances plénières et en formation contentieuse une fois par semaine sur un ordre du jour établi à l'initiative de son président.

1365 Contrairement à l'ACPR qui intervient uniquement à la suite d'un contrôle ou d'une demande d'agrément.

1366 Elle peut aussi procéder, soit de sa propre initiative, soit à la demande des personnes concernées à des auditions en séances plénières.

1367 Les missions de contrôle s'inscrivent dans le cadre d'un programme annuel adopté en séance plénière. Ce programme est élaboré en fonction des thèmes d'actualité.

1368 Les contrôles peuvent également être décidés en réponse à des besoins ponctuels dans le cadre de l'instruction de plaintes ou de démarches de conseil pour contrôler les applications informatiques.

1369 Compte tenu de la grande diversité des dossiers, une répartition par secteur d'activité est établie entre les commissaires. Cette répartition a l'avantage d'instaurer une forme de spécialisation et de faciliter les contacts des commissaires avec les responsables de traitements. Les délibérations se réalisent selon le principe de la collégialité.

1370 Pour conduire leurs missions, les membres de la CNIL s'appuient sur différents services organisés au sein de cinq directions : direction de conformité, de la protection des droits et des sanctions, des technologies et de l'innovation, des relations avec les publics, de la recherche et la direction administrative et financière.

1371 La décision de procéder à une mission de contrôle est prise par le président de la CNIL sur proposition du service de contrôle. La décision de prévenir ou non le responsable de traitement visé par un contrôle est prise par opportunité, il peut être demandé à ce dernier de communiquer préalablement des documents (moyens informatiques, organisation générale de l'entreprise contrôlée).

Le procureur de la République territorialement compétent est informé de la date, de l'heure et de l'objet du contrôle avant que celui-ci ne débute.

1372 Les missions de contrôle de la CNIL ont pour objectif principal d'obtenir copie du maximum d'informations, techniques et juridiques pour apprécier les conditions dans lesquelles sont mises en œuvre les traitements informatiques. D'une manière générale, la CNIL est dotée de pouvoir d'action et de contrôle a priori et a

postériori très large en ce qui concerne l'activité informatique tant du secteur privé que public.

b.1) Le contrôle en amont

1373 Les données collectées doivent être proportionnée à la finalité recherchée ainsi, l'article 6.3° de la loi du 6 janvier 1978[860] précise que les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leur traitement ultérieur. Ce même principe impose également que les données collectées ne soient pas conservées pour une durée excédant celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées[861].

La CNIL a décidé que les informations collectées afin d'analyser les risques en matière d'octroi de crédit ne doivent pas être conservées pour une durée de plus de six mois à compter du dépôt de la demande lorsque le demandeur n'est pas client de l'établissement de crédit et que sa demande a été rejetée[862].

1374 Outre l'obligation de loyauté, un devoir de vigilance est imposé aux responsables de traitement dans la tenue des fichiers. Les données collectées doivent être exactes, complètes, mises à jour si nécessaire. Les données inexactes ou incomplètes doivent être effacées ou rectifiées.

1375 De surcroit, l'article 34 de la loi informatique et libertés impose une obligation de sécurité et de confidentialité aux responsables du traitement qui sont tenus de prendre toutes les précautions au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement pour préserver la sécurité des données et surtout éviter que les tiers non autorisés puissent y avoir accès.

1376 La protection des clients est assurée par les prérogatives accordées aux personnes dont les données personnelles font l'objet de traitement. Ces droits sont énoncés par l'article 38[863] et suivants de la loi du 6 janvier 1978 modifiée et permettent aux individus d'exercer un droit d'opposition, un droit d'accès et un droit de rectification de leurs données personnelles.

---

860 Modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016.

861 Autorisation unique en matière de score.

862 Délibération n° 2006-019 du 2 février 2006

863 L'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 dispose « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fasse l'objet d'un traitement ».

1377 La CNIL effectue un contrôle approfondi de la constitution[864], du traitement, et de l'utilisation des fichiers dans les entreprises. Elle peut intervenir sans information préalable, sur plainte des particuliers. Son contrôle est donc relayé par celui des utilisateurs des services de la société contrôlée et dont les données ont été collectées. Cette spécificité permet à la Commission d'intervenir de façon efficace dans le contrôle de la mise en œuvre et de l'application de la loi informatique et libertés.

1378 La délégation de la CNIL peut obtenir communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, quel qu'en soit le support et en prendre copie.

1379 Les contrôleurs peuvent accéder aux programmes informatiques et aux données et en demander la transcription pour les besoins du contrôle. Un procès verbal de fin de mission est établi à l'issue du contrôle, il précise, entre autre, la liste des documents dont une copie a été effectuée.

1380 La CNIL dispose de **moyens de pression** puisque l'entrave à son action est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.[865] La sanction est la même en ce qui concerne L'ACPR. Cette dernière doit porter à la connaissance du procureur de la République toute entrave mise à sa mission ou à celle de l'un de ses agents, en application de l'article L 310-28[866] du Code des assurances, et toutes les infractions réprimées par le code pénal et notamment le faux et l'usage de faux.

1381 L'article L. 612-23 du Code monétaire et financier prévoit qu' « en cas de méconnaissance de déclaration ou de transmission d'états, de documents ou de données demandés par le Secrétaire général ou une formation de l'Autorité, l'ACPR peut prononcer une injonction assortie d'une astreinte dont elle fixe le montant et la date d'effet … L'astreinte est recouvrée par le comptable public et est versée au budget de l'Etat ».

---

864 Mise à part lors de simple déclaration de fichiers. Ainsi pour la création de fichiers de clients ou prospects une simple déclaration simplifiée suffit. Certains fichiers sont même exemptés de l'obligation de déclaration car la CNIL considère que les informations contenues ne portent pas atteinte aux libertés ou à la vie privée des personnes concernées. De surcroît les traitements de données personnelles mis en œuvre à des fins d'information ou de communication externe sont dispensés de déclaration conformément à la délibération n° 2006-138 du 9 mai 2006.

865 Article 51 de la loi du 6 janvier 1978

866 L'article 310-28 du Code des assurances punit d'un emprisonnement d'un an et de 15 000 euros d'amende, « le fait pour tout dirigeant, après mise en demeure, de ne pas répondre aux demandes d'information de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ou de mettre obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice par celle-ci de sa mission de contrôle ou de lui communiquer sciemment des renseignements inexacts ».

1382 Dans le cadre de ces contrôles, l'Autorité de la concurrence surveille la sécurité des systèmes d'information pour garantir que toutes les précautions sont prises pour empêcher que les données ne soient déformées ou communiquées à des personnes non autorisées.

1383 A l'issue du contrôle, la CNIL examine les documents. Lorsque les constatations effectuées n'appellent pas d'observations particulières, le contrôle est clôturé par un courrier du président de la CNIL qui peut contenir des recommandations (modification des durées de conservation, renforcement des mesures de sécurité, etc.).

b.2) Le contrôle a postériori

1384 Lorsque des manquements relevés sont graves, le dossier est transmis à la formation contentieuse de la CNIL qui peut prononcer des sanctions prévues à l'article 45 de la loi, il peut également être suivi d'une dénonciation au parquet conformément à l'article 40 du code de procédure pénale.

1385 Cette formation de la CNIL effectue donc un contrôle a posteriori qui lui permet d'appréhender la mise en œuvre de la loi[867] et les conséquences du recours à l'informatique dans certains secteurs d'activité[868].

1386 La CNIL peut décider d'autoriser par une décision unique le traitement de données similaires portant sur des informations identiques et dont les finalités sont les mêmes[869], autoriser ponctuellement des échanges d'informations entre établissements pour favoriser une certaine mutualisation. Elle a cependant refusé dans sa délibération du 8 mars 2007[870] un système global d'échanges d'informations en rejetant la création d'une centrale de crédit. En revanche, elle a autorisé un échange limité d'informations

---

[867] La loi du 6 janvier 1978 impose que tout traitement de données personnelles fasse l'objet de formalités préalables (déclaration, demande d'autorisation) sous peine de sanctions pénales. (5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende). La loi est sévère car elle vise également la négligence. Oublier de déclarer un traitement de données personnelles est condamnable au même titre que son omission volontaire.

[868] Santé, infractions, condamnations ou mesures de sûretés, appréciations sur les difficultés sociales. CNIL guide pratique : déclarer à la CNIL un fichier ou un traitement de données personnelles. P. 5.

[869] Par exemple dans les cas de score, de blanchiment et de lutte contre le terrorisme.

[870] Délibération n° 2007-044, 8 mars 2007

entre deux sociétés participant au même groupe financier spécialisées dans le crédit à la consommation, à la condition dans ce cas, que le consentement des clients soit recueilli par le biais d'une clause particulière de la demande de crédit précisant la finalité et les destinataires des échanges d'informations[871].

b.3) Le contrôle de la CNIL dans le secteur bancaire

1387 **Dans le domaine bancaire**, selon la nature du traitement envisagé, la CNIL exerce un contrôle préalablement ou postérieurement à la constitution de fichiers par les établissements de crédit qui prend différentes formes.

1388 Les traitements de données à caractère personnel sont soumis au régime de droit commun de la **déclaration** prévu par l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978[872] mais les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes sont soumis au régime de **l'autorisation**. L'article 25, I ,4°, de la même loi prévoit que relèvent de ce régime les traitements qui sont « susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire ».

Ces articles ont été modifiés par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 qui prévoit dans son article 34 des adaptations.

1389 Ainsi, font l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL et non du Conseil d'Etat les traitements qui portent sur les données à caractère personnel parmi lesquelles figurent le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques ou qui requièrent une consultation de ce répertoire lorsque ces traitements ont exclusivement des finalités de statistique publique et sont mises en œuvre par le service de statistique publique. À moins que ces données à caractère personnel fassent apparaître directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques, religieuses, d'appartenance syndicale, qu'elles soient relatives à la santé ou à la vie sexuelle. Il en est de même pour les données à caractère personnel relatives aux infractions et mesures de sécurité.

---

871 Délibération n° 2005-196, du 8 septembre 2005

872 Ce texte dispose que le traitement des données personnelles doit faire l'objet d'une déclaration préalable à la CNIL, laquelle délivre un récépissé permettant la mise en œuvre du traitement.

1390 Les données relatives à l'identité, la situation familiale, la vie professionnelle, les caractéristiques de la tenue de compte ne peuvent faire l'objet ni de cession ni de location. Leur durée de conservation est de dix ans.

1391 En matière bancaire le contrôle de la CNIL se cumule à celui de l'ACPR. Par exemple, dans le cadre des opérations de blanchiment, « les banques ont l'obligation de mener un profilage extrêmement pointu avec des outils très sophistiqués pour les détecter mais elles ne peuvent pas utiliser les données collectées à des fins commerciales pour proposer des solutions qui répondraient avec grandes précisions à leurs besoins [873]».

2 – Procédure et sanctions

1392 Les droits « informatique et libertés » permettent à toute personne de s'adresser au responsable de traitement pour savoir si elle est ou non fichée, pour accéder à l'intégralité des informations la concernant et en obtenir copie, elle peut demander à ce que ces informations soient rectifiées complétées ou clarifiées, elle peut s'opposer à ce qu'elles soient utilisées à des fins publicitaires ou de prospection commerciale.

1393 En l'absence de réponse du responsable de traitement, la CNIL peut à la demande de toute personne vérifier les informations la concernant enregistrées sur des fichiers qui relèvent de la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique[874]. Dans ce cas, elle mandate l'un de ses membres (magistrat) afin de vérifier, la pertinence, l'exactitude et la mise à jour de ces informations.

1394 Ces droits impliquent pour les responsables de fichiers les obligations de notification de la mise en œuvre des fichiers à la Commission, d'information des personnes concernées afin qu'elles puissent exercer leurs droits, de sécurisation et de confidentialité des informations pour qu'elles ne soient pas déformées ou communiquées à des tiers non autorisés et enfin de se soumettre aux contrôles et aux vérifications sur place de la commissions.

1395 La CNIL peut, à l'issue d'une procédure contradictoire, prononcer diverses mesures à l'encontre des responsables de traitements qui ne respectent pas la loi : un

---

[873] TERLINDEN Charles-Henri, directeur risque, juridique et conformité d'ING Banque France, l'AGEFI Hebdo, 05 janvier 2014.

[874] En pratique, il y a très peu de traitement où le droit d'accès se fait directement auprès de la CNIL.

avertissement avec mise en demeure pour se mettre en conformité, une sanction pécuniaire pouvant atteindre 300 000 €, une injonction de cesser le traitement, etc…

1396 Elle peut ordonner des verrouillages de données pour trois mois, l'effacement ou la destruction de ces dernières ou interdire temporairement ou définitivement leur traitement, ce qui pourrait le cas échéant avoir pour conséquence, le ralentissement voire, l'arrêt temporaire de l'activité de l'établissement contrôlé[875].

1397 Pour certains fichiers sensibles de l'Etat, la CNIL peut intervenir auprès du Premier Ministre, afin qu'il prenne les mesures nécessaires pour mettre fin aux manquements.

1398 Pour prononcer ces mesures, la CNIL siège dans une formation restreinte. En décembre 2011, la CNIL a été informée par la presse de l'existence de failles informatiques au sein du Crédit Mutuel-CIC. Elle a constaté que des salariés du groupe auquel appartenaient des sociétés de presse pouvaient avoir accès à des documents et des courriels confidentiels de nature bancaire (contrats d'assurance, projet d'optimisation fiscal, actions, compte en Suisse). Le contrôle a permis d'établir une erreur dans la définition des habilitations d'accès à des dossiers publics de la messagerie utilisée par les employés et collaborateurs du groupe. L'établissement a été sanctionné par un avertissement.[876]

1399 En 2012 le nombre des contrôles s'est élevé à 458 qui ont entrainé 43 mises en demeure soit 9%, 9 avertissements et 4 sanctions financières[877]. En 2016 il y a eu 430 contrôles dont 100 en ligne qui ont abouti à 82 mises en demeure, 13 sanctions dont 4 financières et 9 avertissements[878]. Soit un taux de sanction de 12 °/° en forte augmentation.

1400 Les manquements principaux justifiant les sanctions portaient essentiellement sur : le défaut de sécurité et de confidentialité[879], la collecte illicite de données[880], des commentaires excessifs sur les données de santé et opinions religieuses, le traitement

---

875 En cas de retrait de l'autorisation accordée en application de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. En cas d'urgence et d'atteinte aux droits et libertés telle que définies à l'article 1 de la même loi, la CNIL peut décider l'interdiction de mettre en œuvre le traitement et le verrouillage des données pour trois mois.

876 Décision n° 2012-176 du 12 juin 2012.

877 Rapport d'activité de la CNIL, La documentation française 2012., p.2

878 Rapport d'activité de la CNIL, La documentation française, 2016 p. 3.

879 Fondement de la sanction prononcée contre FNAC direct le 21/06 2012 concernant ses données bancaires.

880 Fondement de la sanction infligée à la Commune de Montreuil le 24/05/2012 à propos de la liste électorale.

illicite de données, la collecte déloyale de données[881], le défaut de mise à jour et le non respect des droits des personnes[882].

1401 Dans un arrêt rendu le 27 juillet 2012, le Conseil d'Etat a confirmé l'avertissement public prononcé par la CNIL à l'encontre de la société AIS2 (enseigne ACADEMIA) le 28 mai 2010.

1402 Cette décision explique les différents aspects de la procédure mise en œuvre par la CNIL. Dans cette dernière, le Conseil d'Etat a estimé que la procédure de contrôle mise en œuvre par la Commission était conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) puisqu'elle informe expressément les organismes contrôlés de leur faculté de s'opposer à une mission de contrôle par la remise, en début de contrôle, d'un document spécifique leur rappelant leurs droits.

De surcroît, le Conseil a confirmé que la formation restreinte n'était pas tenue de développer une argumentation spécifique pour justifier de la publicité de ses décisions. Cette publicité, qui est une sanction complémentaire, peut être motivée par référence à la justification d'ensemble de la sanction principale qu'elle complète. Enfin la haute juridiction a validé le fait de prononcer un avertissement à l'encontre d'un organisme et concomitamment, de lui notifier une mise en demeure dès lors que celle-ci porte sur des faits postérieurs à l'avertissement et sont distincts de ceux-ci.[883]

1403 La CNIL a la possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre de ceux qui persistent à ne pas respecter la loi informatique et libertés. Les montants maximums prévus peuvent atteindre 150 000 € voire 300 000 € en cas de manquement réitéré, elles sont cumulables avec les sanctions pénales 5 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende pouvant aller jusqu'à 1 500 000 € lorsque le contrevenant est une personne morale.

1404 En juillet 2013, la CNIL sanctionnait par un avertissement et la publicité de la décision sur le site internet de la Commission, BNP Paribas pour radiation tardive de clients enregistrés à tort dans le fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP)[884] malgré la régularisation de leurs créances.[885]

---

[881] Justification de la sanction de 5000 euros infligée à l'Union régionale des syndicats CGT des établissements de l'enseignement supérieurs le 26/01/2012.

[882] Justification de la sanction de 10 000 euros infligée à « Etablissement Equipements » Nord Picardie le 24/05/2012.

[883] CNIL rapport d'activité 2012 P. 57.

[884] Le FICP est consulté par les établissements bancaires avant l'octroi d'un crédit à des fins non professionnels. Il est tenu par la Banque de France.

[885] Décision n° 2013 173 du 19 juin 2013.

1405 Le 3 janvier 2014, la CNIL a infligé une sanction de 150 000 euros à la société Google Inc. Car elle estimait que les règles de confidentialité mise en œuvre par cette dernière depuis le 1er mars 2012 n'étaient pas conformes à la loi « informatiques et libertés ». Elle considère que les données relatives aux utilisateurs de service de Google en France et traitées par elle sont bien des données à caractère personnel et donc soumises à la loi française relative au traitement des données personnelles. Elle a de surcroît enjoint à Google de procéder à la publication d'un communiqué relatif à cette décision sur la page d'accueil de Google.fr sous huit jours à compter de la notification de la décision[886].

1406 Le 25 août 2014, la société Orange a été sanctionnée par un avertissement public pour défaut de sécurité de données après un contrôle effectué par la CNIL auprès de la société et de ses sous-traitants. Elle a mis en lumière des dysfonctionnements intervenant dans le cadre des campagnes d'e-mailing promotionnel qui ont engendré des failles dans le système de sécurité[887].

1407 Le Crédit Agricole Consumer Finance a reçu un avertissement de la CNIL pour non respect de règles de fonctionnement du fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP) et pour atteinte à la confidentialité des données bancaires des clients. En effet, entre 2012 et 2014, la CNIL a reçu plusieurs plaintes de particuliers dénonçant soit le bien fondé de leur inscription au FICP soit la persistance de leur inscription malgré la régularisation de leur incident de paiement. Les plaignants ont indiqué avoir reçu par erreur des documents confidentiels relatifs à d'autres clients de la société[888].

1408 Le fondement des décisions de la CNIL porte sur les conditions de licéité de traitement des données à caractère personnel et les obligations imposées aux responsables de traitement par les articles 6 et 32 et suivants de la loi informatique et libertés.

1409 Ces textes imposent une obligation de loyauté qui suppose que la collecte et l'utilisation des informations ne se fassent pas à l'insu des personnes concernées qui doivent être informées de l'identité du responsable de traitement, de la finalité poursuivie par le traitement, des destinataires des données, des droits dont elles bénéficient à l'égard du traitement et du caractère obligatoire ou facultatif des réponses demandées et les conséquences attachées à un défaut de réponse.

---

886 Décision n° 2013-420 du 8 janvier 2014.

887 Décision n° 2014-298 du 25 août 2014.

888 Décision n°2014-299 du 26 août 2014.

3 – Comparaison CNIL et ACPR

1410 La Banque de France et l'ACPR ont désigné un correspondant informatique et libertés pour répondre aux obligations légales et règlementaires[889]. Elles mettent en œuvre des traitements de surveillance qui ont pour finalité la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ainsi que l'application de sanctions financières.

1411 Lors des contrôles effectués par l'ACPR, celle-ci n'a l'obligation d'informer aucun organisme extérieur, ses membres sont soumis au secret professionnel alors que les organismes contrôlés, établissements de crédit, ont une mission de service public.

La procédure est différente puisque le président de l'ACPR soumet, si nécessaire à une formation du Collège, l'examen de la situation de l'établissement.

La formation compétente du Collège examine les conclusions établies et peut décider d'ouvrir une procédure disciplinaire.

Pour ce faire, le président de l'ACPR notifie les griefs à l'organisme mis en cause et dans le même temps saisit la Commission des sanctions.[890]

1412 De surcroît, conformément à l'article R 612-22 du Code monétaire et financier « les contrôleurs appelés à exercer une mission de contrôle peuvent, à toute époque de l'année vérifier sur pièces et sur place toutes les opérations de ces personnes ». L'article R. 612-26 du même Code dispose quant à lui que « les personnes en charge des contrôles peuvent se faire communiquer, vérifier sur pièces et sur place tous les livres, registres, contrats, bordereaux, procès verbaux, pièces comptables ou documents relatifs à la situation de la personne contrôlée et à toutes les opérations qu'elle pratique. Ils peuvent effectuer toute vérification de caisse et de portefeuille. Ils peuvent procéder à leurs vérifications en ayant accès aux données informatiques utilisées par la personne contrôlée. »

1413 Dans le domaine de l'assurance, les établissements de crédit doivent délivrer un conseil adapté en orientant le client au mieux de ses intérêts non seulement sur le

---

[889] Conformément aux articles 38, 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée ; toute personne dont les données personnelles ont été collectées, dispose d'un droit d'accès aux données, de rectification, de radiation et d'opposition à leur enregistrement et leur diffusion.

[890] Article L. 612-38 du code monétaire et financier.

choix du contrat d'assurance vie, mais également pour les contrats multi supports, sur la sélection des unités de compte. Il en est de même en matière bancaire.

1414 L'analyse des documents et des pratiques observées sur le marché ainsi que les informations et réclamations reçues en matière de recueil des informations ont conduit l'ACPR, en étroite collaboration avec la CNIL à préciser leurs attentes concernant le recueil des informations relatives à la connaissance du client sous forme de recommandations. Ces dernières portent sur les modalités de recueil, la traçabilité, le contenu et l'exploitation des informations.

Sur ce dernier aspect, l'Autorité conseille aux établissements de crédit de mettre en place des mécanismes d'alerte à l'occasion du recueil des informations pour attirer l'attention du client sur les réponses manifestement incohérentes, d'exploiter l'ensemble des informations recueillies nécessaires pour déterminer le profil du client et lui fournir un conseil adapté et enfin de s'assurer que les personnes en charge de la commercialisation disposent des connaissances suffisantes pour exploiter les outils ou les documents de recueil des informations.

1415 La CNIL est donc une Autorité chargée de veiller à la protection des données personnelles, elle dispose d'un pouvoir de conseil, de contrôle sur place et de sanctions administratives. Les sanctions qu'elle inflige sont dissuasives car elles peuvent aboutir à des fermetures d'entreprise. Cette possibilité de pression rend son action très efficace.

1416 De surcroit, elle anime le réseau des Correspondants Informatiques et Libertés. Elle analyse les conséquences des nouveautés technologiques sur la vie privée et travaille aussi en étroite collaboration avec ses homologues européens. La CNIL délivre également des labels aux entreprises pour des produits ou des procédures[891] attribués en fonction d'un référentiel publié au journal officiel. Un label est la reconnaissance par la CNIL qu'un produit ou une procédure est conforme aux dispositions de la loi Informatique et libertés. Obtenir un label est un atout pour une entreprise « un avantage concurrentiel, un indicateur de confiance, la mise en avant d'un comportement responsable et une sensibilisation au futur règlement européen[892] ».

1417 En matière de protection des données, une entreprise peut aussi se faire certifier par un organisme dédié afin d'obtenir la norme ISO 27001, relative au management de la sécurité de l'information et reconnue à l'échelon international.

---

891 Label audit de traitements, label gouvernance, label formation.

892 SANSOT Isabelle, juriste à la CNIL, Revue de Courtage, mars 2016, n° 821, p. 47.

1418 Les établissements doivent mettre en œuvre les moyens et les procédures indispensables pour s'assurer du respect des règles de protection de la clientèle sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client. De surcroît, ils ont l'obligation, de prendre en considération, dans le dispositif de contrôle interne, les modalités de recueil, la gestion et l'exploitation des informations fournies par le client et être en mesure de justifier auprès de l'ACPR des moyens et procédures mis en place pour le recueil des informations relatives à la connaissance du client[893].

1419 **En conclusion**, les interventions de l'Autorité de la concurrence ou de la CNIL se font soit spontanément par les organismes qui s'autosaisissent en cas de violation de la législation soit sur intervention des utilisateurs dans le cas principalement de la CNIL et des personnes que la loi cherchent à protéger en veillant au respect du jeu de la concurrence. Elles sont d'autant plus rapides et aisées que leur action est générale, elles ne se limitent pas à un secteur d'activité, elles portent soit sur l'ensemble des acteurs de la vie économiques comme c'est le cas pour l'Autorité de la concurrence, soit sur tous les utilisateurs ou concepteurs de bases de données.

1420 Ces organismes sont composés exclusivement de représentants de l'Etat qui contrôle de ce fait directement l'efficacité de leurs actions. Il semble s'agir d'une vérification a priori et a posteriori de l'adaptation des dispositions législatives prises pour assurer la libre concurrence et le respect des droits des personnes. La CNIL comme l'Autorité de la concurrence sont tenues de rendre compte de leur activité sous forme de rapport annuel soumis au pouvoir exécutif.

1421 De surcroît la démarche adoptée par la CNIL est collaborative, en effet, les entreprises ont la possibilité de désigner un Correspondant Informatiques et Libertés (CIL), accompagnés par la CNIL dans l'accomplissement de leurs missions qui est de mettre à jour la liste des traitements automatisés et d'en faire la publication, d'apporter leurs conseils aux responsables de ces traitements, d'être un intermédiaire entre la CNIL et l'entreprise ainsi que d'alerter l'instance en cas de difficultés.

1422 L'ACPR, au contraire intervient dans un domaine d'activité précis, même si elle dispose des mêmes pouvoirs en matière d'enquêtes, et rend compte de son activité par un rapport soumis à l'exécutif. Les personnes pouvant solliciter son intervention sont limitées, elle a un pouvoir de « recommandation » beaucoup plus important car dans le domaine bancaire de nombreuses dispositions résultent de la soft law.

---

893 ACPR, « Recommandations sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie », recommandation 2013-R-01 du 8 janvier 2013, p. 5 à 7.

1423 Les recommandations sont générales et ne permettent pas à un établissement donné de bénéficier d'un avantage concurrentiel déterminant par leurs applications. Les liens des banques avec l'ACPR sont directifs même si les établissements de crédit contribuent à l'élaboration de la réglementation qui leur est applicable.

1424 Le droit souple, à la rédaction de laquelle sont associées les banques, est ambivalent car lorsqu'une entreprise fait face à ce droit qui définit des standards de comportement, par exemple une recommandation de bonnes pratiques, il doit en tenir compte parce que l'Autorité ou le juge pourra se fonder parmi d'autres éléments sur ces standards pour apprécier sa responsabilité. L'entreprise peut s'en écarter s'il a de bonnes raisons de le faire mais il ne peut pas complètement l'ignorer.

1425 Un autre mécanisme qui donne de la force au droit souple est la publicité donnée au fait qu'un établissement ne l'applique pas, par exemple pour le Code AFEP/MEDEM, l'Autorité des marchés financiers mentionne depuis 2012 dans son rapport annuel les noms des établissements qui n'ont pas respecté telle ou telle recommandation[894].

1426 L'ACPR doit veiller à l'application de dispositions législatives qui sont décidées dans un premier temps par des professionnels puis repris par le législateur aussi bien au niveau national qu'européen. Il n'existe pas au sein de cette autorité contrairement à l'Autorité de la concurrence une procédure de clémence semblable qui pourrait permettre aux acteurs de dénoncer à l'ACPR les pratiques mises en œuvre dans leur établissement en toute impunité. Il n'y a pas au sein de cet organisme de représentants du pouvoir législatif alors que les banques se sont vues transférer le pouvoir de créer de la monnaie[895], pouvoir qui d'après l'article 34 de la Constitution est du domaine exclusif du parlement.

1427 Les sanctions infligées par l'ACPR sont minimes par rapport aux préjudices résultant des infractions, alors qu'une infraction grave à la réglementation portant sur les fichiers peut entraîner un arrêt temporaire de l'activité, une atteinte à l'image ou à la notoriété si la décision est publiée, voire, une fermeture définitive de l'entreprise.

1428 La prise de risque disproportionnée d'un établissement de crédit ayant pour conséquence une réduction de crédit et un risque de non remboursement de l'épargne des déposants sera résolue, non pas par une sanction mais par une contribution de l'Etat, c'est à dire du contribuable puisqu'il utilise les fonds publics, les impôts, pour le renflouer.

---

894 RICHARD Jacky et CYTERMANN Laurent, Dalloz actualité, édition du 24 décembre 2015. Interview : le droit souple : quelle efficacité ? Quelle légitimité ? Quelle normativité ?

895 Monnaie scripturale.

1429 Les sanctions infligées sont faibles comparativement à celles appliquées par d'autres organes de contrôle : L'autorité de la concurrence dans sa décision du 28 mai 2013 a prononcé à l'encontre d'une société une sanction pécuniaire d'un montant de 79 095 903 €[896]. Elle a également infligé une amende de 183 millions d'euros aux sociétés SFR et Orange le 13 décembre 2012[897] et une autre de 192,7 millions d'euros dans une décision du 11 mars 2015 à un cartel de société grâce à une procédure de clémence[898].

1430 Il apparaît donc que le non respect de la réglementation applicable aux établissements de crédit semble insuffisamment puni.

1431 Le contrôle de l'ACPR présente des failles :

- Elle n'a pas les compétences en matière fiscale nécessaires pour analyser la composante fiscale des opérations ou montages[899] qu'il lui appartient d'évaluer d'un point de vue prudentiel. Le contrôle fiscal relève de la DGFIP[900]. Les missions sont séparées et aucune coopération n'est aujourd'hui juridiquement prévue.

- L'ACPR procède à des contrôles du « contrôle interne », qui est chargé de veiller à la bonne application quotidienne des règles qui s'appliquent à l'établissement. Lorsque celui-ci exerce des métiers de gestion de fortune, le contrôle interne doit être vigilant sur les objectifs de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme qui fait l'objet d'une attention particulière. En la matière, le contrôle de l'ACPR reste tributaire de limites territoriales qui peuvent l'empêcher de contrôler les filiales étrangères extérieures à l'espace économique européen.

- L'ACPR ne donne pas toujours de réponse assez ferme aux défaillances des établissements de crédit. « Dans plusieurs dossiers de contrôle de banques privées, examinés par la Cour des comptes, l'ACPR a constaté des opérations suspectes qui

---

[896] Décision n°13-D-12 de l'Autorité de la concurrence du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques.

[897] Décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle.

[898] Décision n°15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.

[899] Création de sociétés éphémères titulaires de comptes pouvant être destinés à émettre ou recevoir des chèques ou des dépôts ou des retraits d'espèces pour des montants n'ayant pas rapport avec l'activité réelle ou la facturation.

[900] Direction générale des finances publiques.

auraient dû faire l'objet de déclarations de soupçon de la part d'établissements bancaires, voire de dénonciation au Procureur. Or l'ACPR, en application d'une interprétation erronée de l'article L. 561-30 du Code monétaire et financier, attend l'issue de la procédure contradictoire de contrôle bancaire pour faire une déclaration à la TRACFIN, en incitant les établissements à se mettre en règle de leurs obligations déclaratives. Ce faisant, elle traite la déclaration de soupçon comme une suite du contrôle, alors qu'il s'agit d'une obligation légale ... Le manque de réactivité de l'ACPR limite les possibilités ultérieures de mise en jeu de la responsabilité pénale de l'établissement pour complicité [901]».

1432 Les établissements de crédit doivent donc se soumettre à une **réglementation élaborée principalement par leurs pairs** du fait de l'évolution rapide des pratiques et des techniques mises en œuvre dans le secteur. Cette situation s'explique par le rôle des banques dans l'économie et leur collaboration qui implique leur adhésion a priori à l'application des dispositions de la soft law rendues obligatoires par des textes législatifs ou règlementaires.

1433 Les contrôles nécessaires pour sauvegarder la stabilité et la sécurité financière supposent de plus en plus l'intervention de l'État français, d'ailleurs en coordination avec d'autres instances européennes et internationales pour faire face à l'aggravation des risques bancaires.

1434 Face à l'impossibilité de l'État de tout réguler et surveiller par lui-même dans le secteur bancaire, le choix de l'ACPR comme autorité administrative indépendante, chargée du contrôle bancaire par délégation de pouvoirs, rencontre encore des difficultés, notamment si les recours sont exercés pour faire obstacle aux sanctions prononcées par cet organisme de surveillance.

1435 En conclusion, dans le domaine bancaire, les règles peuvent donc provenir de la pratique, initiées par les professionnels du secteur. Elles sont ensuite rendues obligatoires par des dispositions européennes et nationales. Les règles sont modifiées en réponse à l'évolution du secteur. La réglementation bancaire et financière se cumule à celle qui s'applique en matière civile, pénale, et dans le domaine de la consommation, Les obligations imposées aux établissements de crédit sont nombreuses, complexes et difficilement applicables dans leur intégralité. En fait, le contrôle de leur application s'avère difficile.

---

[901] www.sénat.fr, rapport de commission d'enquête, « évasion des capitaux et finance : mieux connaître pour mieux combattre ».

1436 Les règles prudentielles à respecter par les établissements de crédit et édictées par le Comité de Bâle, les Autorités de contrôle des grands établissements bancaires et les instances compétentes en matière économique n'ont pas de caractère obligatoire à moins qu'elles ne soient transposées au niveau européen ou national.

1437 Les autres règles françaises qui concernent les relations des établissements de crédit avec leur clientèle émanent soit du Conseil consultatif du secteur financier, soit résultent de la transposition en droit français de textes européens.

1438 Les premières portent sur l'amélioration de la compréhension et de la comparabilité des principaux frais et services bancaires par l'harmonisation de leur dénomination, de la tarification, de la mobilité bancaire ainsi que de la protection des personnes en situation de fragilité.

1439 Les secondes sont relatives à la protection des consommateurs, la formalisation du devoir de conseil, la gestion des réclamations et les dispositifs de contrôle interne.

1440 Les règles sont trop nombreuses et constituent des réponses concrètes aux différentes activités du secteur. Le contrôle de leur application s'avère difficile :

- D'une part parce que les banques sont libres de mettre en place les procédures pour le respect de la réglementation, certains domaines sont soumis à des contrôles limités du fait de la restriction du champ d'application des textes ou parce que le cocontractant de l'établissement de crédit bénéficie d'une protection légale particulière.
- D'autre part, il existe des zones d'ombre non règlementées ou soumises à une réglementation moins contraignante et récente.

1441 L'ACPR contrôle l'application de l'ensemble de la réglementation par les établissements de crédit. Elle est aussi actrice de la stabilité du système financier. Elle dispose de moyens qui ont une portée limitée :

- Elle assure la délivrance et le retrait d'agréments, mais les banques seules ont la possibilité d'en effectuer la demande. Elle ne peut les contraindre à un retrait d'agrément pour restreindre le nombre d'établissements intervenant sur le marché monétaire.
- Elle émet un avis sur la nomination des commissaires aux comptes, qui dans certains cas peuvent être des anciens dirigeants de l'établissement
- Elle n'a pas de compétence en matière fiscale, elle est tributaire des limites territoriales en matière de blanchiment de capitaux et de lutte contre le terrorisme. De surcroît, elle ne donne pas toujours de réponse ferme aux défaillances des établissement de crédit.

1442 L'ACPR est une Autorité administrative indépendante, elle dispose d'une délégation de pouvoir public. Elle a une mission d'intérêt général, mais, du fait de sa composition majoritairement représentative de la profession, les pouvoirs qui lui sont conférés sont parfois détournés dans le but d'avantager, de protéger, les professionnels du secteur au détriment de la collectivité. Or l'intérêt général est conçu comme un bien commun devant lequel devraient céder les intérêts particuliers ou corporatistes, pourvu que cela soit puissamment et clairement justifié.

1443 Le contrôle bancaire permanent se fait au moyen entre autres de documents périodiques[902] remis par les établissements rédigés conformément aux instructions de l'Autorité de contrôle et ne rendent pas compte de la situation d'ensemble de l'établissement contrôlé, les réunions avec les principaux responsables des banques orientent et prédéterminent les éléments contrôlés. L'Autorité de contrôle laisse aux établissements la possibilité de définir librement les politiques et procédures adéquates pour gérer leurs actifs à problèmes et évaluer l'adéquation de leur provision et leurs réserves[903].

1444 Le cumul du contrôle de l'ACPR avec celui des autres autorités s'avère efficace principalement dans le cadre des activités des banques avec leurs clients mais inefficace quand aux risques pris par les établissements de crédit et leurs conséquences économiques pour la collectivité.

1445 Quels moyens pourraient être mis en œuvre pour que ces derniers agissent dans l'intérêt de la collectivité et non pas en priorité de la profession ? Comment rendre le contrôle plus efficace et faire en sorte que les établissements de crédit atteignent les objectifs qui leur sont fixés ?

1446 Ces questions feront l'objet d'éléments de réponse dans le titre II dans lequel seront abordés les améliorations possibles principalement en terme de responsabilisation et d'éthique des établissements de crédit.

---

902 Rapport annuel de contrôle interne, reporting interne.

903 BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, « Principe fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace » , p ; 4 octobre 2006.

TITRE II.
LES AMELIORATIONS

1447 Les établissements de crédit ont une mission de service public[904] ; ils collectent des fonds, distribuent des crédits, offrent des services de placement et de paiement, assurent pour l'Etat la traçabilité des opérations financières et contribuent à la lutte contre le terrorisme et le blanchiment de l'argent.

Ils exercent des activités pour le compte de la puissance publique dans le but de satisfaire une demande de monnaie scripturale considérée comme devant être disponible pour tous.

1448 Pour remplir leurs fonctions économiquement utiles : transformer l'épargne en prêts à long terme, continuer à prêter, porter du risque de défaut[905], assurer la liquidité des marchés financiers, les établissements de crédit doivent prendre des risques.

Cette prise de risque doit continuer à être présente mais elle doit être mieux contrôlée et encadrée.

1449 La résurgence des crises amène à penser que le contrôle de l'ACPR sur les établissements de crédit n'est pas rigoureux alors que leur rôle dans l'économie est essentiel et les conséquences de leurs défaillances désastreuses pour la collectivité.

1450 Comment rendre le contrôle plus efficace ? Quels sont les moyens à mettre en œuvre pour contraindre les établissements de crédit à atteindre les objectifs qui leur sont fixés ?

1451 Plusieurs propositions sont préconisées, mais ne faudrait-il pas rendre les établissements plus responsables de leurs actes à l'égard de la collectivité ?

1452 La préoccupation des banques ne doit pas être la rentabilité à court terme mais plutôt la profitabilité à long terme par une allocation généralisée des capitaux.

1453 Adam Smith, père fondateur de l'économie moderne, croyait que dans le fonctionnement du système financier, les gens agiraient de sorte à poursuivre ce qui à

---

904 Droit administratif, Dalloz, 24e édition, J. Waline, P. 252 L'arrêt Nancy du Conseil d'Etat n° 14195 du 28 juin 1963 retient quatre éléments pour caractériser la notion de service public : une mission d'intérêt général, un droit de regard de l'administration, des prérogatives de puissance publique et un contrôle de tutelle.

905 Risque d'une perte financière causée par l'incapacité d'un emprunteur d'honorer ses engagements de paiements des intérêts ou le remboursement de sa créance.

leurs yeux répondait le mieux à leurs intérêts[906]. Cependant, il fallait également qu'il y ait ce qu'il décrivait comme le sentiment de compagnonnage, c'est à dire que les gens devaient se soucier des conséquences que provoquaient chez les autres leurs propres agissements. Il soulignait également que toute transaction commerciale devait être profitable à la fois pour l'acheteur et le vendeur[907].

1454 Pour cet auteur, en d'autres termes, l'intérêt des établissements de crédit doit être nuancé et équilibré par la préoccupation pour les intérêts et les sentiments des autres dans le cadre d'un système économique éthique.

1455 La rentabilité financière ne doit pas être une fin en soi mais une manière d'atteindre un objectif plus large d' « impact positif dans la collecte et l'utilisation de l'argent »[908].

1456 L'amélioration du contrôle devrait s'effectuer dans le sens de la responsabilisation.

1457 Le principe de responsabilité limitée des sociétés anonymes incite naturellement les établissements de crédit à accroître le risque de leurs actifs dans la mesure où, en cas d'occurrence favorable du risque, ils profiteront pleinement des profits générés, alors qu'en cas de spéculation malheureuse, ils seront protégés par le principe de responsabilité limitée qui dissocie le patrimoine personnel de l'individu actionnaire et le patrimoine social de l'établissement de crédit. En l'occurrence, l'actionnaire n'est pas personnellement responsable des dettes sociales. La valeur des titres peut au pire tomber à zéro. En cas de liquidation d'une société anonyme, l'actionnaire perd au maximum son apport[909].

---

906 SMITH A., « Théorie des sentiments moraux » publié en 1759, dans cet ouvrage l'auteur s'interroge sur le fait qu'un même individu puisse, dans certaines situations manifester des comportements égoïstes où prime l'intérêt personnel alors que, dans d'autres situations, il se révèle agir pour autrui conformément à une morale inspirée par la communauté.

907 SMITH A., « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations », publié en 1776 où l'auteur l'idée que l'économie peut être étudiée en prenant pour point de départ les comportements d'individus reliés par des contrats mais poussés par leur seuls intérêts personnels.

908 Banque et stratégie n° 312 ; « Banques éthiques : l'intermédiation bancaire au service de l'économie sociale ».

909 Sauf en cas de fraude avérée.

1458 Cette stratégie est, en revanche défavorable aux déposants, du fait du risque élevé induit par la spéculation, ainsi qu'aux entreprises car les fonds consacrés aux activités spéculatives sont soustraits de l'activité de crédit, ce qui réduit l'offre de crédit et augmente son coût.

1459 En cas de réalisation du risque systémique, l'ensemble de la société est gravement affecté au plan économique du fait de la survenance de ruées bancaires possibles, de la perte de confiance généralisée avec pour conséquence la réduction de l'activité économique et l'augmentation de l'endettement des Etats.

1460 De surcroît, l'activité de spéculation sur l'économie entraîne pour les agents, une moindre capacité d'emprunt un accès au marché du travail plus difficile, une baisse du revenu national.

1461 Le contexte de crise financière invite à repenser les pratiques des établissements de crédit et l'usage qu'ils font de l'argent. L'épargne collectée par les établissements de crédit devrait en toute transparence être utilisée pour financer des projets et des entreprises durables dans l'économie réelle. Il ne s'agit plus seulement de collecter de l'épargne ou d'octroyer un crédit mais d'accompagner les clients dans les différentes dimensions financières de leurs projets.

1462 Pour rendre plus efficace le contrôle des établissements de crédit en termes de sanctions infligées et de délai de jugement, certains auteurs[910] préconisent la création d'un tribunal financier compétent pour infliger les sanctions administratives et pénales dans le cadre de manquements aux obligations financières.

1463 La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 institue une limitation des risques par la séparation des activités bancaires et la mise en place de mesures de résolutions en cas de difficultés des établissements de crédit.

1464 Différentes **solutions** sont envisagées les premières sont **de nature administratives et organisationnelles (Chapitre I)**. Les autres portent sur la **limitation des risques** principalement par la séparation des activités **et la responsabilisation** c'est à dire la réparation des fautes des banques dans l'exercice de leurs activités **(Chapitre II**).

---

910 LE FUR Anne-Valérie et SCHMIDT Dominique, Recueil Dalloz 2014, p. 551.

CHAPITRE I : LES SOLUTIONS DE NATURE ADMINISTRATIVE, ORGANISATIONNELLE ET JUDICIAIRE

1465 La fonction première d'une banque consiste à gérer de la richesse dans l'économie réelle. Offrir des services bancaires signifie aider les entrepreneurs à démarrer et à faire croître leur entreprise, aider les clients à épargner en vue de leur retraite et à faire des choix éclairés au moment d'emprunter pour atteindre leurs objectifs, protéger les fonds de tous et faciliter la circulation de l'argent rapidement et en toute sécurité.

1466 La crise de 2008 et les scandales financiers ont miné la confiance de la population à l'égard des banques et justifient de s'interroger sur l'efficacité des systèmes de contrôle et de sanctions. La croissance ralentie prévue en France pour les prochaines années soulève des inquiétudes et amène à repenser le contrôle des établissements de crédit.

1467 Selon BOUCHOUX Corinne, ces systèmes devraient reposer principalement sur une prévention active des conflits d'intérêts et des manquements aux règles, un renforcement de l'information des acteurs du monde de la banque et de la finance en matière éthique et l'apprentissage systématique à une « éthique de la finance[911].

1468 La création d'un tribunal financier permettrait d'alourdir et harmoniser les sanctions. La loi du 26 juillet 2013 qui opte pour la séparation des activités bancaires a pour objectif de limiter la prise de risques, mais surtout l'exigence d'un comportement socialement responsable des banques est de plus en plus pressant, le public réclame des entreprises qu'elles assument les conséquences de leur activité[912].

1469 Certains auteurs font des propositions qui portent d'une part sur le contrôle de l'application rigoureuse des règles par les établissements de crédit assuré par un tribunal spécialisé ayant pour compétence d'attribution les litiges bancaires et financiers ou encore sur d'autres dispositions de nature judiciaire. La limitation des risques par la séparation des activités bancaires est également envisagée. Mais le législateur cherche à rendre les établissements de crédit davantage responsable de leurs actes.

---

911 BOUCHOUX Corinne, sénatrice écologique du Maine et Loire, Compte rendu de la Commission des finance du Sénat, 28 janvier 2015.

912 « Les banques face à la crise de confiance », Problèmes économiques n° 3035, 18 janvier 2012.

1470 Comme mentionnées précédemment[913], les autres institutions[914] qui contrôlent les établissements de crédit sont plus efficaces, les sanctions qu'elles infligent sont plus lourdes et ont davantage d'impacts. En prenant exemples sur ces dernières, des améliorations peuvent concerner la mise en place de **solutions administratives (A), organisationnelles (B) et judiciaires parmi lesquelles figure entre autres, la création d'un tribunal des marchés financiers (C).**

A – Les solutions de nature administrative

Elles concernent l'organisation interne et surtout le renforcement des pouvoirs de l'ACPR

1 - Modification de la composition et du budget de l'ACPR

1471 L'ACPR est composée majoritairement des professionnels de la banque et de l'assurance. Selon la sénatrice Corinne BOUCHOUX la présence de ces derniers laisse penser qu'ils font preuve d'indulgence à l'égard de leurs pairs, ce qui affaiblit le contrôle de l'Autorité. Pourquoi ne pas élargir sa composition aux acteurs de la vie économique : chefs d'entreprises grandes petites et moyennes, adhérents d'associations représentatives de consommateurs, universitaires ?

1472 **Les chefs d'entreprises** sollicitent les banques pour effectuer des financements de leurs cycles d'exploitation ou leurs investissements. Leur présence au sein d'institutions de contrôle des établissements de crédit serait source de dialogue permettant l'anticipation de difficultés et la révélation de marges de manœuvre plus ou moins importantes ainsi que d'éventails de solutions possibles. Les banques ont une approche principalement financière mais la bonne connaissance du projet d'ensemble des entreprises et des secteurs d'activités pourrait favoriser la pérennité des entreprises et permettre ainsi aux banques de conforter leur rôle d'acteurs sociaux.

1473 **Les associations représentatives des consommateurs** sont des interlocuteurs privilégiés de la vie économique au quotidien. À titre d'exemple, elles peuvent saisir pour avis l'Autorité de la concurrence. indépendantes des pouvoirs publics, leurs ressources proviennent d'abord des cotisations des adhérents et de fonds propres mêmes si elles bénéficient de subventions. Leur représentation au sein d'institutions de contrôle des établissement de crédit peut accroitre leur crédibilité.

---

913 Voir pages : 247, 268 et 289.

914 Autorité des marchés financiers, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Autorité de la concurrence.

Favoriser une relation de confiance par la nécessaire transparence exigée par ces associations.

1474 **Des universitaires** qui, dans une société en constante transformation, après réflexion préalable produisent et diffusent leurs savoirs. Leur présence dans les institutions de contrôle élargirait le champ des analyses par une approche différente, sans partie pris.

1475 **Augmentation des moyens financiers** : les recettes de l'ACPR sont quasi exclusivement constituées des contributions pour frais de contrôle (98,2 °/°)[915]. Il y a un risque éventuel de non recouvrement qui peut ralentir voire limiter l'action de l'Autorité. Les personnes assujetties ont la possibilité de contester la contribution quant à son principe et à son montant devant le tribunal administratif dans un délai de 60 jours après réception de la lettre d'appel à contribution émise par l'Autorité[916]. Les autres recettes proviennent de la refacturation de prestations réalisées par l'ACPR pour le compte de la Banque de France ou d'autres institutions[917].

1476 Pourquoi ne pas corréler la contribution et les dotations additionnelles de la banque de France au nombre total de saisine ? Cette disposition adapterait le budget de l'Autorité à l'intensité de son activité.

1477 **U**ne autre solution administrative a consisté à doter l'ACPR de pouvoir supplémentaires.

2 - Elargissement des pouvoirs de l'ACPR en matière de résolution

1478 La loi du 26 juillet 2013 complétée par l'ordonnance n°2015-1024 du 20 août 2015 et les textes règlementaires nécessaires à son application[918] institue un cadre de

---

915 Rapport annuel ACPR 2015 p. 132

916 Article 612-20-V du Code monétaire et financier.

917 AMF par exemple.

918 Décret n° 2015-1160 du 17 septembre 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière et les arrêtés du 11 septembre 2015 relatifs successivement aux plans préventifs de rétablissement et de résolution, aux critères d'évaluation de la « ré solvabilité » et aux modalités d'intervention du fonds de garantie des dépôts et de la résolution dans le cadre de la résolution. Fonds de résolution unique (FRU) créé et doté, à l'issue d'une période de 8 ans, à compter du 1er janvier 2016

résolution qui se compose de trois instruments attribués à l'ACPR sur les établissements relevant de son autorité : les pouvoirs de prévention, les pouvoirs d'intervention précoce et les pouvoirs de résolution avec une gradation dans l'intervention de l'Autorité qui sera d'autant plus intrusive que la situation est grave.

1479 L'ACPR se voit doter d'un **collège de résolution** chargé d'imposer des mesures de résolution à un établissement bancaire en cas de difficultés financières avérées :

1480 les principaux outils ex-ante sont la préparation de « **plans de secours** » et la possibilité de nommer de nouveaux dirigeants.

1481 Dans le cadre des plans de secours ou de sauvegarde, deux séries de plans sont prévues ; l'un élaboré par l'établissement de crédit ou le groupe lui même, l'autre par l'ACPR.

Pour le premier, il s'agit de « living will » aux termes desquels les banques doivent élaborer des plans de redressement décrivant les mesures qu'elles prendront en cas de dégradation de leur situation financière, afin de rétablir leur situation financière. Ces plans doivent être élaborés tant au niveau du groupe que de chaque entité le constituant. Ils seront évalués et approuvés par l'ACPR.

a) Le contrôle du testament de la banque en difficulté par l'ACPR

1482 Le principe du testament bancaire ou « living wills » consiste à demander à l'avance aux établissements bancaires un document expliquant la façon dont ils pourraient être démantelés en cas de crise.

1483 Le projet a deux objectifs :

- tout d'abord signifier aux banques que, si les Etats sont à nouveau amenés à intervenir en cas de panique financière, ils commenceront par liquider une partie des établissements. Il s'agit de les **dissuader de prendre des risques insensés en misant sur l'intervention publique pour les sauver**.
- Le second objectif est de réduire les montants que les Etats devront mobiliser pour sauver les établissements les plus importants qui, compte tenu de leur rôle dans le financement de l'économie, ne peuvent pas disparaître purement et simplement.

1484 Les banques devront présenter la manière dont elles reconstitueraient les fonds propres et des financements qui auraient été épuisés.

---

de 1% des dépôts couverts des Etats membres participant et alimenté par des contributions levées sur les établissements de crédit.

Elles sont également tenues de détailler les procédures de liquidation de certains actifs de façon à assurer les services vitaux tels que les systèmes de paiements.

b) L'élaboration du plan de résolution par la banque

1485 De son côté, l'ACPR a l'obligation d'élaborer des plans de résolution avec des options pour gérer les banques qui sont dans une situation critique et ne peuvent plus être sauvées. C'est sur la base de ce plan qu'elle évalue si un établissement ou un groupe peut faire l'objet d'une résolution.

1486 L'Autorité peut intervenir de manière précoce en réagissant dès l'apparition de difficultés financières c'est à dire dès lors qu'un établissement ne respecte plus les exigences de fonds propres ou risque de ne plus les respecter.

La loi lui confère de très larges pouvoirs.

b.1 L'étendu des pouvoirs de l'ACPR dans le cadre du plan de résolution.

1487 L'Autorité peut prendre le contrôle de l'établissement défaillant et reprendre les attributions des dirigeants et des actionnaires.

1488 La procédure de résolution est déclenchée si la défaillance est avérée ou prévisible, qu'il n'existe aucune perspective raisonnable d'éviter la défaillance et que le recours à la résolution est nécessaire dans l'intérêt public.

1489 En cas d'insuffisance des mesures ex-ante les régulateurs ont le pouvoir de restructurer la banque en profondeur par le biais de vente d'actifs, la mise en place d'une banque relais (bridge bank) le temps de vendre les activités dès que possible, de séparation des actifs « good bank / bad bank »[919] et surtout par le « bail-in ».

1490 **Le « bail-in »** est le principe selon lequel l'ACPR peut imposer des pertes aux actionnaires ou convertir en actions certaines dettes de la banque.

1491 Lorsque qu'une banque est en faillite, il sera possible de solliciter les actionnaires dans un premier temps puis les débiteurs d'obligations émises par la banque et, si cela ne suffit pas, de ponctionner les comptes des clients[920].

1492 De surcroît, dans le cadre de son pouvoir de résolution, le nouvel article L. 613-31-16 du Code monétaire et financier confère à l 'ACPR la possibilité :

---

[919] Séparation des actifs pour assurer la gestion et, à terme, la cession des activités dépréciées. Le transfert de celles-ci devant être effectué à leur valeur de marché ou valeur économique à long terme afin que les pertes éventuelles soient prises en compte au moment du transfert. Revue Banque n° 750 juillet août 2012.

[920] Directive BRRD (Bank Recovery and Resolution Directive), 15 avril 2014. Seuls les comptes de plus de 100000 euros peuvent servir de renflouement.

- d'une part de réduire ou annuler le montant en principal de titres de capital et de titres de créances dont le contrat d'émission prévoit une subordination à l'égard des créanciers chirographaires,
- d'autre part de convertir les titres de créances précités en titres de capital dans la limite des pertes subies par l'établissement en cause.

1493 L'Autorité se comporte en quelque sorte comme le représentant des actionnaires, propriétaires de l'établissement, et agit pour leur compte dans leurs relations avec leurs créanciers.

1494 Ces pouvoirs exorbitants qui connaissent cependant des limites font l'objet de vives critiques

b.2 Limites et critique de l'extension des pouvoirs de l'ACPR dans le cadre du plan de résolution.

Les limites des pouvoirs de résolution

1495 Les pouvoirs sont encadrés par deux principes :

D'une part les créanciers doivent in fine être mieux traités qu'en cas de faillite principe « non creditor worse off »[921] et d'autre part une stricte hiérarchie doit être respectée entre les différents instruments de la dette.

L'efficacité de cette mesure semble relative puisque le Collège de résolution de l'ACPR peut être saisi de la situation de certaines entités soumises à la supervision limitativement énumérées ; il s'agit d'établissements de crédit, des établissements d'investissement autres que les sociétés de gestion, ainsi que les holdings ayant un statut règlementé.

1496 De nombreuses entités sont donc exclues du processus de résolution : les autres établissements règlementés dans le cadre de conglomérats financiers, les établissements de paiement et les établissements de monnaies électroniques.

1497 De surcroît, les Etats disposent d'outils qui leur permettent de réduire les effets du « bail in », c'est le cas de la capitalisation préventive qui autorise les Etats à injecter de l'argent public dans un établissement bancaire pour faire face à une situation de

[921] Le principe « non creditor worse off » impose à l'Autorité de résolution de vérifier que les sacrifices imposés n'excèdent pas ceux que les actionnaires et créanciers auraient subis dans le contexte d'une procédure de liquidation judiciaire. Revue banque n° 765

marché qui ne permettrait pas à un établissement de crédit de procéder elle-même à sa recapitalisation[922].

1498 Bien que les pouvoirs de l'Autorité soient limités à certains établissements et contenus par certains principes, ils font l'objet de vives critiques par la doctrine.

La critique de l'extension des pouvoirs de l'ACPR

1499 Pour certains auteurs[923], ce dispositif semble présenter un pouvoir exorbitant de droit commun des contrats dans la mesure où les conditions essentielles de l'obligation[924] pourraient faire l'objet d'une modification unilatérale sans le consentement des parties.

Pour eux, ce pouvoir est en partie discrétionnaire du fait de la marge d'appréciation laissée à l'ACPR relativement aux conditions de son intervention ; dès lors que l'établissement ne respecte plus les obligations relatives aux fonds propres, est en état de cessation des paiements ou requiert un soutien financier exceptionnel, l'ACPR peut se prononcer sur l'étendue des mesures à mettre en œuvre et l'exigence de proportionnalité entre les moyens employés et la finalité d'intérêt.

1500 Les nouveaux pouvoirs constituent-ils une atteinte au droit de propriété des actionnaires ?

1501 Dans la mesure où ces actes proviennent d'une autorité administrative ils sont constitutifs d'actes administratifs portant sur une créance et peuvent entrer dans le cadre d'une expropriation de droit[925].Au sens de la CEDH, constitue une expropriation de droit l'atteinte portée au pouvoir d'user (usus), de jouir (fructus) ou de disposer (abusus) du propriétaire[926].

---

922 Pour bénéficier de cette recapitalisation préventive, la banque doit être viable et répondre à de nombreux critères. Revue Banque, mars 2016, n°794, p. 29-30.

923 SALORD Aude et VAUPLANE Hubert « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », Revue Banque n° 765. P. 44-46

924 Nature et montant de l'obligation.

925 Transfert formel du titre de propriété. Article 1er du Protocole n°1 de la Convention européenne des droit de l'Homme.

926 CEDH affaire SPORRONG et LONNROTH C. SUEDE requête n° 7151/75 Paragraphe 62 la Cour précise « que les autorités suédoises n'ont pas procédé à l'expropriation des immeubles des requérants. Ces derniers n'ont donc à aucun moment été formellement « privés de leur propriété » : ils pouvaient user de leur bien, le vendre, le léguer, le donner ou l'hypothéquer ».

Les pouvoirs confiés à l'ACPR en matière de résolution et plus précisément de bail-in aboutissent à la modification substantielle ou à l'extinction définitive de l'obligation monétaire du débiteur. Le créancier perd son droit de jouissance[927] et de disposition[928]. Il s'agit donc d'une expropriation de droit.

L'atteinte au droit de propriété est-elle légale ?

1502 La validité de l'expropriation est soumise à plusieurs conditions dont l'existence d'une cause d'intérêt général.

1503 Les établissements de crédit ont-ils une mission d'intérêt général ? Comme précisé précédemment[929], l'ACPR a pour mission de contrôler les établissements de crédit dont les fonctions dans l'économie relèvent de missions de service public ; ils collectent les fonds du public, mobilisent l'épargne et créent de la monnaie scripturale.

1504 Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[930], la privation de propriété doit s'effectuer dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté. A ce titre les états disposent d'une marge d'appréciation quant à l'identification du problème et les solutions envisageables[931]. Une loi portant sur l'expropriation peut donc avoir pour fondement des considérations économiques. Les limites à l'intervention du législateur portent sur le caractère raisonnable des mesures prises.

L'importance et l'étendue des nouvelles dispositions légales peuvent dissuader les établissements de crédit à prendre des risques excessifs

---

927 Versement des intérêts.

928 Cession de créance.

929 Chapitre 1, p. 91

930 Affaire JAMES et AUTRES C. ROYAUME UNI requête n° 8793/79 selon la cour « le critère d'utilité public ne se trouverait respecté que dans le cas d'une expropriation opérée dans l'intérêt général au bénéfice de l'ensemble de la collectivité » paragraphe 39 « un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime d'ordre social, économique ou autre peut répondre à l'utilité publique même si la collectivité dans son ensemble ne se sert pas ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit » paragraphe 45.

931 Affaire JAMES et AUTRE C. ROYAUME UNI requête n° 8793 Paragraphe 46 « grâce à la connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent, en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. Dans le système de protection créé par la Convention, il leur échoit, par conséquent, de se prononcer les premières tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public justifiant des privations de propriété que sur les mesures à prendre pour le résoudre dès lors qu'elles jouissent d'une certaine marge d'appréciation comme dans d'autres domaines auxquelles s'étendent les garanties de la Convention ».

1505 Les mesures administratives sont complétées par des mesures organisationnelles

.

B – Les solutions de nature organisationnelles

Elles ont pour objectif de renforcer la responsabilité des établissements de crédit d'une part dans le cadre de leur gouvernance quotidienne, d'autre part, en cas de difficulté, dans la prise en charge de leur capital.

1 – Vers une réelle prise en charge du capital des établissements de crédit par les actionnaires ?

La loi du 26 juillet 2013 dans le but de prévenir les crises bancaires et de mener efficacement leur résolution a créé un **principe d'imputation prioritaire des pertes de la banque sur les actionnaires et les créanciers**[932].

1506 La notion de résolution consiste à faire intervenir une autorité publique, dite de résolution, sur un établissement bancaire avant sa défaillance pour le restructurer et mettre en œuvre une liquidation ordonnée[933]. Elle permet ainsi d'éviter dans toute la mesure du possible une intervention de l'Etat avec les fonds publics.

1507 Elle met un terme à une socialisation des pertes en s'assurant que les actionnaires sont les premiers à contribuer à la crise. L'Etat ne délivre plus de garantie implicite aux banques, principalement à celles que l'on dit « trop grosses pour faire défaut »[934].

a) Actionnaires responsables ?

1508 L'ampleur du soutien financier accordé depuis 2005 par le secteur public, à la charge du contribuable, portant sur l'ensemble de la richesse produite par le pays, aux établissements bancaires, sous la forme de prises de participation au capital, de mise à

---

932 Dont des déposants pour le montant excédant la garantie de dépôt soit 100 000 euros, fonds de garantie des dépôts.

933 Liquidation ordonnée dans le but de limiter l'impact sur les clients de l'établissement et sur le reste de l'économie.

934 Archives Ministère de l'économie et des finances 19/07/2013 ; 100 mesures de la réforme bancaire.

disposition de ligne de crédit ainsi que de garanties, justifie la volonté du législateur de répartir les pertes sur les créanciers.

1509 Les établissements de crédit sont constitués pour la plupart en sociétés anonymes. La responsabilité des actionnaires est limitée à leurs apports. La crise a mis en exergue la stratégie de financement des banques qui repose sur une insuffisance de capitaux et une accumulation des dettes. Elles se financent mal. Les actionnaires n'ont pas correctement joué leur rôle. Ils n'ont pas suffisamment renforcé le capital des banques qui sont restées fragiles, disposant de capitaux trop faibles pour amortir les chocs, c'est à dire éponger les pertes en cas de crise.

1510 La responsabilité s'inscrit à la fois dans le cadre de la prise en charge du capital mais aussi de la gouvernance de l'établissement.

b) Le choix des dirigeants

1511 La loi du 26 juillet 2013 a également étendu le pouvoir de l'ACPR relatif au choix et au maintien des dirigeants.

Ainsi par l'article L. 612-10 du Code monétaire et financier, la loi exige que les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance et de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes disposent de l'honorabilité, la compétence et l'expérience nécessaires. La nomination et le renouvellement des dirigeants « responsables » de l'établissement de crédit doivent faire l'objet d'une notification à l'ACPR[935] qui peut s'opposer à la nomination d'un dirigeant ou d'un membre d'un organe collégial, mais également à tout moment, à la poursuite de leur activité si l'Autorité constate qu'ils ne remplissent plus les conditions exigées pour l'exercice de leur fonction[936].

1512 L'ACPR peut décider à tout moment de **suspendre les dirigeants responsables**. Il s'agit désormais d'une mesure de police administrative que l'Autorité peut prendre en dehors de toute sanction. Une telle mesure suppose qu'elle soit imposée par l'urgence et que cette urgence soit justifiée par la nécessité d'assurer une gestion saine et prudente[937].

---

[935] Article L. 612-23-1 du Code monétaire et financier

[936] L'ACPR vérifie de près les conditions d'expérience et compétences et peut intervenir pour demander de changer un dirigeant.

[937] Article L. 612-33 du Code monétaire et financier.

1513 Le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 30 mars 2016[938] a renforcé le pouvoir de l'ACPR en matière de résolution. En effet, suite à la décision du Conseil constitutionnel du 6 février 2015 censurant les dispositions du 8° du paragraphe I de l'article L.612-33 du Code monétaire et financier qui permettait à l'Autorité de contrôle prudentiel de prononcer le transfert d'office de tout ou partie du portefeuille de contrats d'assurance d'une société d'assurance à une autre, l'article 21 de la loi réintroduit cette mesure conservatoire selon les modalités répondant aux motifs d'inconstitutionnalité soulevés. Le nouvel article introduit une période préalable pendant laquelle l'organisme peut procéder de lui même au transfert de son portefeuille et la possibilité d'une indemnité pour l'entreprise qui se verrait ainsi dessaisie de son portefeuille.

1514 Les nouvelles dispositions modifient la qualité des actionnaires qui deviennent responsables. Seront-ils plus exigeants quant au contrôle de la gestion, aux pratiques et processus utilisés par l'établissement pour garantir transparence et intégrité ?

2 – Une gouvernance des établissements de crédit plus responsable ?

1515 L'extension de la responsabilité des actionnaires justifie le renforcement du dispositif de gouvernance afin qu'il soit plus solide tout en étant adapté à la nature, à l'échelle et à la complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités. La maîtrise des risques imposée aux entreprises industrielles et commerciales est renforcée pour les établissements de crédit.

L'environnement dans lequel ils évoluent les contraint à maîtriser un nombre croissant de techniques et de réglementation et à mettre en œuvre une politique de maîtrise des risques toujours plus rigoureuse. Les risques qu'ils encourent se sont accrus et diversifiés.

1516 Cette réorganisation de la gouvernance institue une information renforcée des dirigeants, une dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et directeur général, la mise en place de comités spécialisés dans certains établissements et la réduction des rémunérations des dirigeants pour limiter la prise de risque. L'ensemble du dispositif mis en place fait l'objet d'un contrôle assuré par l'ACPR.

---

[938] Adopté le 8 novembre 2016. Loi Sapin 2.

a) Une information renforcée des dirigeants

1517 L'organe de surveillance, émanation des actionnaires s'est vu confié de nouvelles attributions[939] à savoir l'approbation des limites globales portant sur les risques de crédit, de marché, de taux d'intérêt global, d'intermédiation de règlement et de liquidité proposés par les dirigeants effectifs[940].

1518 L'organe de surveillance se doit de déterminer les modalités de communication des informations qui lui sont transmises c'est à dire la nature, la fréquence et le volume de ces dernières[941].

1519 Les attributions de l'organe de surveillance sont précisées à l'article L. 511-19 et suivants du Code monétaire et financier qui prévoit notamment l'examen du dispositif de gouvernance pour en évaluer son efficacité et s'assurer que les mesures correctrices sont prises pour remédier aux éventuelles défaillances, la détermination des orientations et le contrôle de leur mise en œuvre par les dirigeants effectifs. Ils sont tenus de consacrer un temps suffisant à l'accomplissement de leurs fonctions. La règle du non cumul des mandats s'applique pour les établissements dont le bilan est supérieur à quinze milliards d'euros.

b) L'interdiction du cumul des fonctions dans certains établissements

1520 L'article 88 alinéa 1 de la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 dispose que « le Président de l'organe de direction dans sa fonction de surveillance d'un établissement ne peut pas exercer simultanément la fonction de directeur général dans le même établissement, sauf lorsqu'une telle situation est justifiée et approuvée par les Autorités compétentes ».

1521 En d'autres termes, le cumul des fonctions de Président du conseil d'administration et de directeur général n'est plus possible pour les établissements de crédit sauf si l'ACPR l'approuve sur la base des justifications apportées.

1522 Dans sa position du 29 janvier 2014[942] l'ACPR précise les critères retenus lors de l'examen des justifications pour accorder les dérogations : ils concernent la nature

---

939 L'arrêté du 3/11/2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur bancaire, transpose en droit français des volets de gouvernance et contrôle interne de la directive 2013/36/UE (directive CRD IV), en intégrant des dispositions complémentaires à celles passées en application de l'ordonnance 2014-158 du 20/02/2014. Cet arrêté abroge le règlement CRBF n° 97-02 qu'il reprend en grande partie et intègre également les dispositions concernant la gouvernance de l'arrêté du 5 mai 2009 relatif à l'identification, la mesure la gestion et le contrôle du risque de liquidité.

940 Dirigeants effectifs représentent l'ancien organe exécutif.

941 Les grands principes de l'organisation du système de gouvernance sont définis à l'article 511-55 du Code monétaire et financier modifié par l'ordonnance n° 2014-158.

et la variété des activités exercées[943], la taille du bilan et du hors bilan ainsi que les perspectives d'évolution à moyen terme de ces valeurs, la structure juridique utilisée pour assurer la présence à l'étranger (filiales, succursales, libre prestation de services) et enfin le nombre et la qualité de l'actionnariat.

c) La gouvernance aidée par des comités spécialisés

1523 L'arrêté du 3 novembre 2014 prévoit la mise en place de comités spécialisés avec la spécialisation des comités de risques, de rémunérations et de nominations pour les établissements qui dépassent cinq milliards d'euros de total de bilan. Les articles L 511-89 et suivants du Code monétaire et financier définissent les comités spécialisés.

1524 Le **comité des risques**, qui remplace le comité d'audit précédemment prévu dans le règlement CRBF 97-02 a pour mission de surveiller l'organe de surveillance sur la stratégie globale de l'établissement et l'appétence en matière de risque et d'assister l'organe de surveillance dans le contrôle et la mise en œuvre de cette stratégie par les dirigeants effectifs.

1525 Les obligations prévues aux articles L 823-19 et L 823-20 du Code de commerce, de mettre en place un comité d'audit pour les établissements de crédit continuent de s'appliquer. Ce comité spécialisé agit sous la responsabilité, selon les cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance et assure le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle de l'information comptable et financière.

1526 En matière de gestion des risques, l'arrêté énumère les risques devant être couverts par le dispositif de contrôle interne et l'étend aux risques de contrepartie, résiduel, de concentration, de titrisation, de levier excessif[944] ainsi qu'aux risques systémiques.

1527 Le **comité des nominations** identifie et recommande à l'organe de surveillance les candidats aptes à exercer des fonctions d'administrateur, de membre de l'organe de surveillance en vue de proposer leur candidature à l'assemblée générale. Il évalue également l'équilibre et la diversité des connaissances, des compétences et

---

942 Position relative à l'incompatibilité des fonctions de président du conseil d'administration et du « dirigeant responsable » et à la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général.

943 Plus elles sont complexes et diversifiées, moins les dérogations sont accordées.

944 L'arrêté du 3 novembre 2014 introduit la nécessité de disposer de politique et de processus pour détecter, gérer et suivre le risque de levier excessif. Des mesures prudentes quant à la gestion de ce risque doivent être prises afin de tenir compte d'une éventuelle diminution des fonds propres liée à des pertes attendues ou réalisées.

des expériences dont disposent individuellement et collectivement les membres de surveillance.

1528 Le **comité des rémunérations** prépare les décisions que l'organe de surveillance arrête concernant les rémunérations et procède à un examen annuel des principes de la politique de rémunération et avantages accordés aux mandataires sociaux et de la politique de rémunération des « preneurs de risques » au sens du règlement délégué UE n° 604/2014.

1529 La fonction de « gestion des risques » est confiée à un responsable qui ne pourra être démis de ses fonctions sans l'accord préalable de l'organe de surveillance.

d) L'encadrement de la rémunération des dirigeants

1530 En ce qui concerne la politique de rémunération, les mesures liées à l'encadrement des rémunérations sont définies aux articles L. 511-57 à L. 511-88 du Code monétaire et financier. L'arrêté du 3 novembre 2014 fixe le seuil de dix milliards d'euros de total de bilan à partir duquel les établissements assujettis sont soumis à ces dispositions ainsi que les règles d'assujettissement sur base individuelle ou consolidée.

1531 De surcroît l'arrêté précise les modalités d'actualisation de la rémunération variable des personnes mentionnées à l'article L. 511-71[945] du Code monétaire et financier.

Les établissements assujettis doivent être en mesure de justifier le montant et les modalités de versement des rémunérations variables de ces personnes.

1532 Les articles L 511-57 à L 511-88 du Code monétaire et financier définissent la politique et les pratiques de rémunération. Elles doivent être conçues pour favoriser une gestion saine et effective des risques et ne pas encourager une prise de risque excédant le niveau de risque défini par l'établissement.

1533 Les actionnaires devenant responsables sont membres actifs de la mise en œuvre de cette politique. Ainsi, l'organe de surveillance, dont les membres sont désignés par les actionnaires, adopte et revoit régulièrement les principes généraux de la politique de rémunération et en contrôle la mise en œuvre.

---

[945] Personnes mentionnées à l'article 511-71 du Code monétaire et financier : « dirigeants effectifs, preneurs de risque, personnes exerçant une fonction de contrôle ainsi que tout salarié qui, au vu de ses revenus globaux, se trouve dans la même tranche de rémunération, dont les activités professionnelles ont une incidence significative sur le profil de risque de l'entreprise ou du groupe ».

d.1) Détermination de la rémunération

1534 L'assemblée générale ordinaire est consultée annuellement sur l'enveloppe globale des rémunérations de toutes natures versées durant l'exercice écoulé aux personnes mentionnées à l'article 511-71 du Code monétaire et financier.

La rémunération d'un dirigeant de banque est composée d'ordinaire de plusieurs éléments. Il convient notamment de distinguer une partie fixe et une partie variable.

La rémunération fixe de base reflète l'expérience professionnelle en lien avec la fonction occupée et les responsabilités exercées telles qu'elles sont stipulées dans le contrat de travail alors que la rémunération variable reflète les performances durables ou allant au delà de celles découlant des fonctions du dirigeants et conformes à la politique des risques[946]

1535 La politique de rémunération doit établir une distinction entre rémunération fixe de base et rémunération variable qui ne peut excéder le montant de la part fixe.

Le versement effectif de la part variable de la rémunération doit tenir compte de la situation financière de l'établissement de crédit[947].

1536 Par souci d'efficacité, le montant total de la rémunération variable peut, en tout ou partie, être réduit ou donner lieu à restitution en fonction des agissements ou du comportement de la personne concernée[948].

1537 Pour éviter la prise de risque excessive, le législateur met en place un plafonnement strict des rémunérations variables des dirigeants des banques et des traders ; bonus, distribution d'actions gratuites ne devront pas dépasser le niveau de leurs rémunérations fixes (salaires). Une exception est toutefois fixée. Une part variable pourra excéder de deux fois au maximum la rémunération fixe, à condition que les actionnaires s'y prononcent favorablement par un vote en assemblée générale à la majorité qualifiée. C'est le principe du « say on pay [949]».

---

946 Article L. 511-76, al 2 et 3 du Code monétaire et financier. V. Autorité bancaire européenne, rapport Benchmaking of remuneration practices in the EU, 13 juin 2014.

947 Article L. 511-83 du Code monétaire et financier.

948 Article L. 511-84 du Code monétaire et financier.

949 Principe du « say on pay » : principe qui veut que les actionnaires aient leur mot à dire sur les salaires des dirigeants sociaux.

1538 L'objectif des actionnaires est de vérifier que la rémunération soit cohérente avec la performance de l'établissement.

1539 La directive 2013/36/UE, transposée dans le Code monétaire et financier dispose que les organes de surveillance adoptent les principes généraux de la politique de rémunération et en contrôle la mise en œuvre[950], mais c'est à l'assemblée générale ordinaire des établissements de crédit qu'il revient de se prononcer lors d'une consultation annuelle sur l'enveloppe globale des rémunérations de toute nature versées durant l'exercice écoulé aux dirigeants[951].

d.2) Appréciation du dispositif de limitation des rémunérations

1540 Quelle est l'efficacité d'une telle disposition lorsqu'on constate que près de 100% des résolutions soumises aux actionnaires en application de l'article 23.4[952] du code AFEP/MEDEF ont été adoptées et avec de très fort taux d'approbation[953].

1541 De surcroît, l'alignement des intérêts des dirigeants sur ceux des actionnaires peut avoir des effets pervers. Selon Nicolas MATHEY, « il est nécessaire d'intégrer d'autres considérations que la valeur actionnariale, sous peine de favoriser à nouveau des crises. Les intérêts du secteur bancaire, voire de l'économie, dans son ensemble doivent être intégrés dans une réglementation aux finalités redessinées ».[954]

1542 La surveillance ne se limite pas à la politique de rémunération, ainsi au moins une fois par an, les entreprises assujetties élaborent un rapport sur les conditions dans lesquelles le contrôle interne est assuré et un rapport sur la mesure et la surveillance des risques qui doivent être transmis à l'organe de surveillance, à l'ACPR et, le cas échéant, aux comités spécialisés et à l'organe central.

---

950 Article L. 511-72 du Code monétaire et financier.

951 Article L. 511-73 du Code monétaire et financier.

952 Le code AFEP/MEDEF publié en juin 2013 instaure dans son article (recommandation) 23.4 une consultation annuelle des actionnaires sur la rémunération des dirigeants. Il prévoit que « le conseil doit présenter à l'assemblée générale ordinaire annuelle la rémunération des dirigeants mandataires sociaux. Cette présentation porte sur les éléments de la rémunération due ou attribuée au titre de l'exercice clos, à chaque dirigeants ou mandataire social… »

953 AMF, rapport n° 2014-08 sur le gouvernement d'entreprise p. 73. Taux d'approbation de 92% d'approbation pour les sociétés du CAC 40.

954 MATHEY Nicolas, Revue de droit bancaire et financier mars-avril 2015 « La rémunération du dirigeant de banque ».

e) Le contrôle de l'ensemble du dispositif de gouvernance par l'ACPR

1543 La loi n° 2013-672 élargit le champ d'application et la nature des informations relatives aux implantations et activités des établissements de crédit dans les Etats ou territoires non coopératifs [955](ETNC). Les établissements de crédit sont dans l'obligation de publier chaque année, en annexe de leurs comptes annuels consolidés, des informations sur leurs implantations et leurs activités dans les ETNC au plus tard six mois après la clôture de l'exercice. Parmi ces informations doivent figurer, pour chaque Etat ou territoire le bénéfice ou la perte avant impôt, le montant total des impôts dus et des subventions publiques reçues[956].

1544 En cas de manquement à cette obligation, l'ACPR engage la procédure d'injonction sous astreinte prévue à l'article L. 612-25 du Code monétaire et financier.

1545 La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 donne à l'ACPR la faculté d'interdire à tout établissement soumis à son contrôle les opérations susceptibles de faire courir un risque systémique, et ce même en l'absence de risque avéré, pour sa propre solvabilité.

1546 Elle permet, à cette Autorité, comme précisé précédemment, d'être informée de la nomination des dirigeants des établissements de crédit ; noms des personnes physiques membres du conseil d'administration ou de surveillance avec possibilité de s'y opposer dès lors qu'elle constate que ces personnes ne remplissent pas des conditions d'honorabilité, de compétence et d'expérience requises par leur fonction. Elle pourra également les suspendre en cours de mandat lorsque la gestion de l'entité ne pourra plus être assurée de manière saine et prudente.

1547 L'ACPR peut donc contrôler plus largement la gouvernance des banques, ainsi que leur création, acquisition de filiales ou de nouvelles activités à l'étranger. Elle est également chargée de vérifier les « testaments » que les établissements devront établir et apprécier s'ils révèlent le moindre obstacle à leur bonne exécution en cas de crise. Elle aura ainsi la possibilité de demander des évolutions dans les activités ou la structure des groupes bancaires si nécessaires.

1548 L'article L. 612-27 du Code monétaire et financier permet à l'ACPR d'intervenir directement devant le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes. Le Secrétaire général ou son représentant peut convoquer lui-même et entendre personnellement les membres de ces organes. Mais ce pouvoir de convocation et d'audition ne peut être exercé individuellement auprès de chacun des membres et ne peut l'être que collectivement.

---

955 Au sens de l'article 238-0A du Code général des impôts.

956 Article L. 511-45 du Code monétaire et financier.

Le but est se sensibiliser les organes collégiaux aux éventuelles défaillances de l'établissement et éviter que les dirigeants en atténuent la portée ou les occultent.

1549 Dans la pratique, les établissements ont dû se doter de responsables dédiés aux services de contrôle de risque et de conformité[957] dont l'identité doit être communiqué à l'ACPR[958].

C – Les solutions de nature judiciaire

1550 L'ACPR et l'AMF sont compétentes pour infliger des sanctions de nature différente : professionnelles lorsque la sanction prise est un blâme, un avertissement, une interdiction temporaire ou définitive d'exercice des services fournis ou une radiation et pécuniaires dans les autres cas. L'inconvénient est de leur conférer la même nature et de les soumettre au même régime.

1551 Depuis l'arrêt Grande Stevens de la CEDH de 2014 et la décision du Conseil Constitutionnel rendue le 18 mars 2015 dans l'affaire EADS[959], les autorités françaises sont tenues de modifier le régime de sanction de façon à éviter le cumul des sanctions pénales et administratives mais comme le précise J.J DAIGRE ; l'unification en une seule liste des diverses sanctions que peut prononcer l'AMF à pour conséquence de risquer de les voir toutes soumises au même régime, celui des sanctions à caractère répressif, et donc au principe du non cumul, alors que celles qui sont de nature exclusivement professionnelles sont, par nature, de pure sanctions professionnelles. La remarque se vérifie également pour l'ACPR[960].

1552 La Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 9 avril 2015[961] que la destitution professionnelle à la suite d'une condamnation pénale à une interdiction professionnelle temporaire est de nature différente et ne relève pas de l'interdiction des doubles poursuites et des doubles sanctions posée par les textes européens[962].

---

957 Les services de conformité sont, dans la pratique rattachés soit au département de contrôle des risques, soit aux secrétariats généraux.

958 Article 28 de l'arrêté du 3 novembre 2014.

959 Conseil Constitutionnel décision n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015.

960 GAIGRE Jean Jacques, « Pour la distinction des sanctions disciplinaires et des sanctions répressives », Banque et droit n° 162 juillet août 2015.

961 Cassation 1 er Civ. arrêt n° 14-50012 du 9 avril 2015.

962 L'Union s'est dotée d'une charte des droits fondamentaux qui, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne adopté en 2009 a un caractère contraignant. Lorsqu'un droit fondamental est reconnu tant par la charte que par la CEDH, la charte prévoit que ce droit a le même sens et la même portée que celui retenu par la CEDH. Un des droits reconnus par la charte et la CEDH est le droit fondamental de ne pas être puni

1553 Comment sanctionner de façon appropriée les fautes commises par les établissements de crédit et assurer la réparation des préjudices subis par les tiers ?

1 – Un tribunal des marchés financiers ?

1554 Comme précisé précédemment, la Commission des sanctions de l'ACPR comme celle de l'AMF ne sont pas des tribunaux à part entière. Cependant elles présentent tous les traits qui caractérisent une juridiction : elles sont créées par le législateur qui définit leur compétence et prévoit des mesures qui assurent l'indépendance de l'organe et l'impartialité des membres. Elles tranchent de façon permanente les manquements selon les règles procédurales applicables aux tribunaux : leurs décisions sont motivées et rendues à l'issue de procédures contradictoires dans le respect des droits de la défense.

1555 La compétence des commissions de sanctions est limitée à la seule constatation du manquement punissable sur le plan administratif et à la sanction de leur auteur. Elles n'ont pas le pouvoir de caractériser une faute pénale réprimée par les articles L. 465-1 et suivant du Code monétaire et financier, qui relève des juridictions répressives. Elles n'ont pas davantage le pouvoir d'ordonner la réparation de préjudices causés par ces fautes.

1556 A titre d'illustration, le contentieux des abus de marché est éclaté entre les procédures administrative, pénale et civile. Pour certains auteurs[963], une juridiction unique spécialisée serait un atout lié à la lenteur et à toutes les procédures. Il en est de même pour le contentieux bancaire.

1557 Les exemples d'échecs de la répression en matière bancaire ou financière sont nombreux.

1558 L'affaire ALTRAN : après douze ans d'instruction, trois semaines de procès et quatre mois de délibéré dans le scandale de fausse information financière et de fausses factures, le tribunal correctionnel juge[964] que les « imprécisions », les « irrégularités » et les « incertitudes » de l'instruction et l'ordonnance de renvoi ont mis les prévenus « dans l'impossibilité de préparer leur défense ».

1559 Les fondateurs d'ALTRAN Technologies, étaient renvoyés avec six autres ex-dirigeants, et la société elle-même en tant que personne morale ont été accusés

---

pénalement deux fois pour la même infraction. (Principe non bis in idem, article 50 de la charte des droits).

963 LE FUR Anne-Valérie, SCHMIDT Dominique, « Pour un tribunal des marchés financiers », Bull. Joly Bourse, Janvier 2015, p. 24-42.

964 Jugement du tribunal correctionnel de Paris du 4 juin 2014, 11ème chambre, affaire Altran.

directement ou en tant que complices pour « diffusion d'informations fausses ou trompeuses, présentation de comptes infidèles et faux et usage de faux ».

1560 Dans l'affaire EADS, sept dirigeants et ex-dirigeants du groupe européen d'aéronautique et de défense (rebaptisé depuis Airbus group) étaient soupçonnés de délits d'initié. La justice les accusant de s'être enrichis indûment en vendant leurs stock-options principalement en novembre 2005 et mars 2006, alors qu'ils auraient eu connaissance d'informations privilégiées quant aux difficultés des programmes A350 et A380 du groupe.

1561 Les prévenus avaient déjà été jugés par l'Autorité des marchés financiers (AMF) en 2009 qui les avait blanchis. Le tribunal correctionnel de Paris n'a plus d'autre choix que de constater l'extinction de l'action publique conformément au principe du non cumul des sanctions réaffirmé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt du 4 mars 2014[965]. Une nouvelle directive européenne a tiré les conséquences de la décision de la CEDH : il interdit le principe de la double poursuite tout en limitant cette interdiction au droit boursier[966].

1562 Dans l'affaire SIBEL, le tribunal correctionnel de Paris a affirmé le 12 septembre 2006 que « les actionnaires minoritaires détiennent un droit à agir prévu par les articles 2 et suivants du code de procédure pénale ». Dans ce jugement, le tribunal correctionnel de Paris a confirmé que « la publication d'informations financières inexactes qui s'est déroulée sur une longue période de temps a eu effectivement pour effet de faire croire aux actionnaires que la situation et les perspectives de l'entreprise étaient meilleures qu'elles ne l'étaient en réalité. Les actionnaires ont subi un préjudice résultant de la perte d'une chance ou en conservant une action dont les perspectives prometteuses étaient manifestement surévaluées [967]».

1563 Après la faillite de VIVENDI au début des années 2000, des actionnaires avaient mis en cause la responsabilité de la société et de ses dirigeants. Ils voulaient obtenir une indemnisation des pertes subies par leurs actions car, selon eux, la direction dissimulait les difficultés de l'entreprise. La responsabilité de la société en plus de celle de J. M. MESSIER a été reconnue par la justice. VIVENDI qui a été condamnée une première fois par l'AMF[968] a fait appel devant la Cour d'appel de

---

965 Arrêt « Grande Stevens 4 mars 2014, Cour européenne des droits de l'homme 2eme section, requêtes n° : 18640/10, 18647/10, 18668/10 et 18698/10.

966 SPINOSI Patrice, avocat à la Cour de cassation qui a défendu plusieurs personnes physiques dans le dossier EADS.

967 TGI, 11eme chambre correctionnelle 12 septembre 2006 n° 0018992026.

968 Décision du 3 novembre 2004 rendue par la Commission des sanctions de l'AMF qui avait prononcé à l'encontre de M. Jean-Marie Messier, Président directeur général de la société Vivendi Universal (VU) et de la société VU, une sanction pécuniaire, pour chacun, d'un million d'euros. Revue mensuelle AMF, n°9 de décembre 2004, p. 61 à 83, rapport annuel, AMF, 2004, p. 196.

Paris qui l'a confirmée. Le groupe s'est pourvu en Cassation. La Cour de Cassation a, dans un arrêt du 19 décembre 2006[969] cassé l'arrêt et renvoyé devant la Cour d'appel de Paris qui a de nouveau confirmé la sanction et la responsabilité des dirigeants de VIVENDI par un arrêt du 29 septembre 2009. Les juges ont confirmé que l'information financière de VIVENDI « était trompeuse et que le grief était imputable à VIVENDI Universal ainsi qu'à son président J. M. MESSIER » Ils avaient même ajouté que « la gravité des manquements s'appréciaient aussi à la mesure du public concerné ». Les actionnaires ont été indemnisés de 10 dollars par action.

1564 Le tribunal correctionnel de Paris, le 26 mars 2014, a condamné cinq personnes à des peines de prison avec sursis et à des amendes allant jusqu'à 2,5 millions d'euros pour « délits d'initiés » lors de l'OPA menée en 2003 sur PECHINEY par ALCAN désormais intégré au groupe RIO TINTO.

1565 Les juges ont estimé que la gravité des faits justifiait le cumul des peines administratives et pénales malgré le principe non bis in idem qui interdit de poursuivre deux fois une même personne pour les mêmes faits. Mais les juges du tribunal correctionnel de Paris ont précisé s'inscrire dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui a estimé qu'une sanction définitive de l'AMF ne s'opposait pas à une sanction pénale si leur montant total restait raisonnable.

1566 Les personnes condamnées ont procédé à des investissements massifs et soudains sur des actions du producteur français d'aluminium PECHINEY avant l'OPA de la société canadienne ALCAN. Selon les juges, ces investissements ne peuvent s'expliquer que par la possession « d'informations privilégiées » fournies par l'un d'eux.

1567 En matière bancaire, outre la sanction administrative infligée par l'ACPR, la responsabilité pénale et civile du banquier peut être recherchée dans différents domaines : pénal, civil contractuel ou délictuel.

1568 Ainsi, le banquier est soumis au principe de non ingérence dans les affaires de son client. La non ingérence signifie que le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux.

1569 Le principe est général et trouve à s'appliquer à toute opération relative au service de caisse (dépôts, retraits, encaissement) ou aux opérations de crédit. Mais le banquier ne saurait se retrancher derrière ce principe pour justifier le non respect des obligations mises à sa charge par le législateur.

1570 L'idée est qu'un crédit peut être accordé à la condition que le client ait été alerté des conséquences du prêt et qu'il ait accepté de courir le risque[970].

---

[969] Arrêt Cour de cassation chambre commerciale n° 1467 du 19 décembre 2006.

[970] Le client pourra opposer le défaut de mise en garde et être libéré de sa dette partiellement ou intégralement. Le risque incombe à la banque.

L'établissement de crédit est tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard des emprunteurs profanes, et doit, avant de leur consentir un prêt vérifier « la situation des emprunteurs au regard de leurs capacités financières ».[971]

1571 Le banquier est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée en tant qu'auteur principal, co-auteur ou complice du client. De très nombreuses infractions de droit commun sont prévues par le Code pénal ; il peut ainsi être recherché pour escroquerie, abus de confiance, abus de biens sociaux, atteinte au secret professionnel et fraude fiscale.

En outre, dans tout litige, le banquier est susceptible de voir sa responsabilité recherchée sur le fondement d'une des incriminations prévues par des dispositions spéciales insérées dans le Code monétaire et financier, dans le Code général des impôts et même dans le Code de la consommation[972].

1572 Ainsi, la Cour d'appel de Riom, dans un arrêt rendu le 20 avril 2011 condamne la Caisse d'Epargne de Paris pour pratiques commerciales trompeuses. En l'espèce, cette banque a proposé à ses clients un placement « DOUBL'O MONDE », fonds commun de placement dont l'objectif est d'offrir une performance conditionnelle définie en fonction de l'évolution d'un indice, un panier d'indices ou de valeurs ou d'une composante de ces indices ou valeurs.

1573 De nombreux clients ont été incités à souscrire à ce placement sur la base d'une publicité dont la présentation les a manifestement persuadés qu'ils allaient obtenir au moins un doublement de leur capital à l'échéance. En fait, ils n'ont récupéré qu'un capital amputé des frais de gestion et ayant subi six années d'érosion monétaire, c'est à dire qu'un capital qui, en euros constant, est largement inférieur à celui confié à la banque six ans auparavant.

1574 La Cour précise que le doublement de capital stipulé dans la publicité « énonce un objectif présenté comme à l'évidence sinon acquis, et ce « en toute sécurité » ; qu'elle ne rappelle pas au minimum qu'en toute hypothèse tout se joue sur la fluctuation des marchés financiers dont la banque n'est pas maître ; que cela rend déloyale l'affirmation d'un doublement présenté sinon comme acquis ou certain, du

---

[971] Cour de cassation chambre mixte arrêt 29 juin 2007. Bull. n°7. Dans cette affaire des époux avait sollicité un crédit auprès de l'Union Bancaire du Nord pour l'acquisition d'un fonds de commerce. Les juges du fonds avaient rejeté leur demande de dommages et intérêts au motif que la banque n'avait pas d'obligation de conseil à l'égard de cet emprunteur professionnel et n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de son client ou procéder à des investigations sur sa solvabilité.

[972] Infraction aux règles relatives au démarchage bancaire, la législation sur le blanchiment des capitaux, la réglementation sur les chèques, l'usure, les pratiques commerciales trompeuses et agressives, les obligations comptables, le respect du droit au compte ou des formalités en matière de crédit à la consommation ou immobilier.

moins accessible avec un degré de probabilité important ; que cette probabilité quasi certaine de dédoublement provient d'un nom significatif (DOUBL'O MONDE) et de formules publicitaires dépourvues, dans leur formulation grammaticale et syntaxique, de doute sur le résultat ; que la publicité doit être cohérente avec l'investissement proposé ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que l'absence de loyauté de ces documents publicitaires, dignes de jeux de loteries publicitaires des commerces par correspondance – mais qu'une banque ne saurait se permettre – constitue une faute dont un client non spécialiste est en droit d'obtenir réparation ».

1575 En matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juillet 2011[973] a condamné le directeur général de l'établissement de crédit Compagnie de Banques internationales de Paris (CBIP) et la responsable commerciale de cet établissement pour abus de confiance. En l'espèce, ils avaient inscrit le solde créditeur de sept comptes professionnels, clôturés d'office dans les comptes d'exploitation de la banque.

L'arrêt énonce que « l'inscription du montant des soldes créditeurs aux comptes d'exploitation de la banque, sous le couvert de prétendu « frais d'écriture » démontre l'intention de cette dernière de s'approprier ces sommes, à l'époque où les opérations ont été passées, quand bien même la banque ait tenté de régulariser cette opération ultérieurement ».

1576 L'éclatement de contentieux entre procédure administrative, pénale et civile semble contraire à la prise en considération de l'ensemble des conséquences des actes répréhensibles dans un délai raisonnable.

1577 La spécificité et la technicité de la matière justifieraient une juridiction unique spécialisée.

1578 La solution consisterait à créer un tribunal des marchés financiers composés de deux chambres. L'une serait l'émanation de l'actuelle Commission des sanctions et statuerait sur les manquements au règlement général de l'AMF ou des obligations à respecter dans le cadre du contrôle effectué par l'ACPR tandis que l'autre, formée exclusivement de magistrats, aidés des professionnels des marchés financiers, jugerait des infractions pénales et la réparation du préjudice civil serait examinée simultanément.

1579 Le traitement de tout le contentieux par une juridiction unique représenterait une économie de temps et de moyens[974].

1580 Le tribunal statuerait au vu de l'enquête de l'AMF ou de l'ACPR puis de l'enquête préliminaire du parquet financier lorsqu'il y a suspicion de délit[975].

---

973 Cour de Cassation chambre criminelle pourvoi n° 10-81726, arrêt du 20 juillet 2011.

974 SCHMIDT D. et LE FUR A-V. « Pour un tribunal des marchés financiers », Bull. Joly Bourse, janvier 2015.

1581 Plus d'instruction pendant des années par un juge qui, non au fait du fonctionnement réel des marchés financiers ne sait ni où, ni comment, rechercher les preuves[976].

1582 Les récentes procédures pénales concernant les sociétés EADS, ALTRAN et PECHINEY ainsi que leurs dirigeants ont abouti, après de nombreuses années d'instruction à des fiascos judiciaires. Quant aux procédures civiles en indemnisation, elles se heurtent aux exigences du droit commun de la preuve et débouchent sur une réparation nécessairement partielle puisque la Cour de cassation restreint le préjudice réparable, en matière financière, à la seule perte d'une chance[977].

1583 Le contentieux des abus de marché échappe, en pratique, dans une très large mesure au juge qui ne dispose ni de moyens matériels ni de l'expertise nécessaire.

Cette juridiction serait seule compétente pour connaitre les manquements visés à l'article L. 621-15-II du Code monétaire et financier et des infractions prévues par les articles L. 465-1 à L. 465-3 du Code monétaire et financier.

Elle aurait le pouvoir de décider collégialement de sanctions administratives et pénales à l'encontre des auteurs de ces manquements et de ces délits ainsi que d'ordonner les mesures propres à réparer le préjudice causé par un abus de marché.

Ce tribunal serait indépendant de l'AMF et de l'ACPR alors que les Commissions des sanctions actuelles ne sont que des organes participant à la régulation.

1584 Sur le plan répressif, une telle juridiction pourrait intervenir au delà du champ de compétence actuel de l'AMF et de l'ACPR.

1585 Une fusion entre les commissions des sanctions des deux régulateurs serait aisée à mettre en œuvre en raison du soin pris par le législateur de calquer leur

---

975 SCHMIDT D. et LE FUR Lettre du Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA-Sociétés) n° 2014-29 du 17 novembre 2014.

976 SCHMIDT D. et LE FUR A-V, Lettre du Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA-Sociétés) n° 2014-29 du 17 novembre 2014.

977 La Cour de cassation par un arrêt du 9 mars 2010 a décidé au visa de l'article L. 225-252 du Code de commerce « que celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vue d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé (…). L'arrêt retient que le préjudice des actionnaires de la société ne s'analyse pas en la perte d'une chance d'investir ailleurs leurs économies dès lors qu'il est, en réalité, au minimum de l'investissement réalisé ensuite des informations tronquées portées à leur connaissance : Attendu qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ». L'utilisation du terme « seulement » signifie que la Cour exclut la perte financière pour ne retenir que la perte d'une chance. (pourvoi n°08-21547) MARTIN J. D., « Réparation intégrale du préjudice boursier : sortons du brouillard », Mélanges AEDRB-France VI, ed. RB Paris, 2013, p.399 et s.

procédure l'une sur l'autre. Elle serait porteuse de synergies et permettrait à l'organe de jugement une taille critique légitimant la gestion d'un budget propre.

1586 Ce tribunal serait un signal déterminant pour les opérateurs et l'opinion publique, avec des décisions rendues rapidement, des sanctions dissuasives et une indemnisation des personnes lésées[978].

2 – Le renforcement des poursuites judiciaires

1587 Dans l'attente de la mise en place d'un tel tribunal et dans un souci de transparence, en France, la loi du 6 décembre 2013[979] crée le **Procureur de la République financier** compétent pour toutes les infractions économiques et financières qui comprennent d'une part l'ensemble des infractions dites d'atteinte à la probité[980], comme la corruption, le trafic d'influence et la prise illégale d'intérêts, la violation de l'interdiction faite par le Code pénal aux fonctionnaires de rejoindre à l'issue de leurs fonctions une entreprise avec laquelle ils avaient été en relation du fait de ces fonctions, le favoritisme, le détournement de fonds publics et, d'autre part, pour la fraude fiscale lorsque ces infractions auront un certain degré de complexité au regard de l'importance du préjudice causé, de leur dimension internationale ou de la spécificité des techniques de fraudes utilisées[981].

1588 Le **trafic d'influence** est une infraction voisine de la corruption en ce qu'elle dispose des mêmes sources légales.

Le trafic d'influence a une finalité différente de la corruption au regard de l'article L. 432-11 du Code pénal. Être auteur de trafic d'influence suppose l'abus de son influence réelle ou supposée en vue de « faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, emplois ou toutes autres décisions favorables »[982].

1589 Le Procureur de la République

---

978 LE FUR, Anne-Valérie Lettre CREDA-Sociétés n° 2014-29 du 17 novembre 2014.

979 Loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013, relative au procureur de la République financier et loi 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la délinquance financière.

980 Concept pouvant ce définir comme la droiture, l'honnêteté, ou l'intégrité. Avoir de la probité c'est avoir un attachement aux devoirs de la justice et de la morale.

981 Extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 7 mai 2013.

982 Universalis.fr

1590 Financier est nommé par le Président de la République, sur proposition du Garde des Sceaux après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature.

Outre la nomination d'un procureur de la République financier, cette loi modifie également un certains nombre de dispositions du Code pénal, du Code de commerce, du Code de la procédure pénale et du Code général des impôts relatives à la poursuite et la répression des infractions financières et économiques.

1591 Elle permet de **renforcer la poursuite et la répression de certaines infractions économiques** en créant de nouvelles circonstances aggravantes. C'est le cas des peines applicables au délit de fraude fiscal lorsqu'il est commis en bande organisée ou réalisé ou facilité aux moyens de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger.

1592 L'infraction est désormais passible de sept ans d'emprisonnement et une amende maximale de deux millions d'euros. La peine est doublée lorsqu'elle est prononcée à l'encontre d'une personne morale. La loi prévoit l'application d'une peine complémentaire de confiscation de patrimoine à une personne morale condamnée pour des faits de blanchiment ou de fraude fiscale.

1593 Elle crée une nouvelle **circonstance aggravante de l'infraction d'abus de biens sociaux** lorsqu'il a été réalisé aux moyens de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales établies à l'étranger, soit de l'usage d'une fausse identité ou d'une domiciliation fictive ou artificielle. La peine est portée à sept ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende.

De surcroît, elle porte de dix à quinze ans la durée maximale de l'interdiction temporaire de diriger ou contrôler une entreprise ou société commerciale qui peut être prononcée à titre de peine complémentaire par la juridiction de jugement.

1594 Le texte prévoit l'obligation pour l'ACPR et pour l'AMF de communiquer à l'administration fiscale tout document ou information qu'elles détiennent lorsque ceux-ci portent sur des sommes ou opérations susceptibles de provenir d'une fraude fiscale.

1595 Il institue un mécanisme visant à protéger de toute sanction ou mesures de rétorsion la personne (salariée ou fonctionnaire) qui relatera ou témoignera de faits

constitutifs d'un délit ou d'un crime dont elle aura eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions[983].

1596 Une autre solution consisterait à limiter les risques par la séparation des activités des établissements de crédit.

[983] TAIEB Michael, EPSTEIN Fabrice, CHOUIA Benjamin, Saul Associés, 3 mars 2014, « Droit fiscal, droit pénal, news ».

CHAPITRE II : LA LIMITATION DES RISQUES ET LA RESPONSABILISATION DES ETABLISSEMENTS DE CRÉDIT

1597 De nombreuses banques regroupent dans une même institution la palette complète des métiers bancaires, c'est à dire les métiers des banques de détail[984], des banques financement et d'investissement[985] et des banques de gestion d'actifs[986]. Elles concentrent ainsi l'ensemble des activités bancaires. Ce sont les banques universelles qui se mettent donc au service d'une clientèle très variée : particulier, professionnel, PME, multinationales, contribuant ainsi au financement de toutes les facettes de l'économie.

1598 Pour limiter les risques pris par les banques par la concentration de différents métiers, une solution consiste à **séparer leurs activités (A).**

1599 Les établissements de crédit ont un rôle d'intermédiation et de création de monnaie. Ils collectent les dépôts du public et accordent des crédits aux entreprises et aux ménages. Ils bénéficient d'un monopole qui s'énonce en terme d'interdiction à toutes personnes morales et physiques d'effectuer des opérations de banques à titre habituel[987] et se justifie par la nécessité de protéger les déposants, d'assurer la liquidité des marchés et garantir les établissements de crédit contre tout risque d'insolvabilité. Leur rôle dans l'économie nécessite qu'ils soient rendus **responsables des fautes commises dans l'exercice de leurs activités et qu'ils aient un**

---

984 La banque de détail s'adresse aux particuliers et aux PME. Elle a une fonction d'intermédiation entre les agents à excédent de financement dont elle collecte les ressources et les agents à besoin de financement à qui elle prête ces ressources.

985 Les banques de financement et d'investissement ont essentiellement trois types d'activités ; 1 – activités de conseil notamment en matière de fusion-acquisition, 2 – activités de financement des entreprises par augmentation de capital, introduction en bourse, lancement d'emprunts obligataires, 3 – activités de placements financiers ou de couverture les plus rentables possible. La banque d'investissement sert d'intermédiaire à ses clients sur les marchés financiers et sur les marchés des changes.

986 Les banques de gestion d'actifs ou gestion de portefeuilles sont celles qui se voient confier la gestion de fonds remis par des investisseurs dans l'optique d'obtenir un revenu plus ou moins important et d'enregistrer des plus values sur une durée plus ou moins longue. Ces banques investissent dans les actions, les obligations, les SICAV de trésorerie, les hedges funds etc.

987 Article 511-5 du Code monétaire et financier.

comportement éthique (B). De surcroit d'autres solutions sont proposées aussi bien au niveau européen que national (C).

A – Une limitation des risques par la séparation des activités bancaires

1600 La banque universelle présente des risques importants du fait de la diversification de ses activités qui contribuent à l'étouffement de l'économie. Le crédit ne fait plus recette. Les métiers accessoires au crédit et les spéculations pour compte propre sont plus rentables mais leur croissance déstabilise la sécurité du système de financement

1601 L'objectif est d'isoler strictement les activités utiles au financement de l'économie abondées par les dépôts des clients des activités que les établissements de crédit réalisent sur les marchés financiers.

1602 S'inspirant de la « règle Volcker »[988], le nouvel article L. 511-47-1 du Code monétaire et financier institué par la loi du 26 juillet 2013 distingue deux types d'activités pur compte propre, c'est à dire n'ayant aucun lien avec la clientèle :

- D'une part, les **activités de négociation sur instruments financiers sur compte propre** qui sont celles qui n'ont aucun lien avec les clients ni avec la gestion financière et les risques de banque ou du groupe bancaire. Elles concernent les activités d'arbitrage et les activités directionnelles.

  Ce sont des activités spéculatives que les banques réalisent pour leur propre profit sur les marchés financiers. Elles doivent être cantonnées dans une filiale strictement

---

[988] La règle Volcker, du nom de l'ancien président de la FED, fait partie de la loi Dodd-Frank votée en 2010 par le Congrès des Etats-Unis pour réformer les pratiques de Wall Street après la crise financière. Elle consiste à limiter la capacité des banques à spéculer en leur interdisant de pratiquer la spéculation pour leur propre compte (le « Proprietary trading »). Elle prévoit aussi de fortes restrictions sur la détention de participations dans les « hedges funds » ou les fonds de « private equity ». Le principal objectif est d'éviter le financement d'actifs risqués par des dépôts garantis par l'Etat fédéral. Les « hedges funds » sont des fonds d'investissement non cotés à vocation spéculative qui recherchent des rentabilités élevées et qui utilisent abondamment des produits dérivés, en particulier les options. Ils utilisent l'effet de levier, c'est-à-dire la capacité à engager un volume de capitaux qui est un volume plus ou moins grand que la valeur de leurs capitaux propres. Ils présentent l'intérêt d'offrir une diversification supplémentaire aux portefeuilles « classiques » car leurs résultats sont en théorie déconnectés des performances des marchés d'actions et d'obligations. Le « Private Equity » littéralement fonds propres privés, représente l'activité des institutions financières ou fonds d'investissement qui investissent en capital ou fonds propres dans des sociétés non cotées en bourse.

séparée du reste du groupe, à laquelle des mesures prudentielles strictes doivent être appliquées afin d'éviter toute contagion des risques. Cette filiale se voit appliquer une interdiction de recevoir des dépôts. Sa taille est encadrée par rapport à celle du groupe qui devra limiter son exposition aux risques pris par sa filiale. Cette dernière, dont les dirigeants seront obligatoirement distincts de ceux du groupe, devra trouver elle-même les moyens de se refinancer sans peser sur les ressources du groupe. Ce dernier ne pourra recapitaliser sa filiale, si nécessaire, qu'après l'obtention de l'autorisation préalable des Autorités de supervision[989].

Le Ministre de l'Economie peut plafonner la taille des activités des banques sur le marché.

- D'autre part, pour éviter que les groupes bancaires ne transfèrent leurs activités spéculatives dans des fonds dont ils détiendraient l'intégralité des parts, l'article L. 511-47-1-2° du Code monétaire et financier, impose que soient séparées **les opérations pour compte propre conclues avec des organismes de placement collectif à effet de levier ou autres véhicules d'investissements similaires, lorsque l'établissement de crédit n'est pas garanti par une sûreté**[990].

  L'article L. 511-47-1 du Code monétaire et financier autorise les activités pour compte propre destinées aux investisseurs. Il s'agit tout d'abord de la fourniture de service d'investissement à la clientèle. L'établissement de crédit se porte, dans ce cas, partie à des opérations sur des instruments financiers, mais dans le but de répondre aux besoins de leurs clients en termes de couverture[991], de financement ou d'investissement.

  Il en est de même pour les opérations de compensation d'instruments financiers et les activités relatives à la tenue de marché.

1603 La loi définit un cadre strict pour les activités que la banque pourra continuer à mener pour son propre compte sur les marchés financiers pour éviter tout contournement de la règle de séparation et la poursuite des activités spéculatives. Elle définit strictement la notion de tenue de marché[992]. La fourniture de services d'investissement aux clients et la gestion de la trésorerie de la banque qui peuvent

---

989 Ministère des Finances et des Comptes Publics, 100 mesures de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires, p. 4.

990 Revue de droit bancaire et financier novembre décembre 2013, n°6, p. 52-59.

991 Vente de produits dérivés répondant au besoin de couverture des risques du client.

992 Définition Bourse reflex lexique AOF, le teneur de marché « il s'agit d'un opérateur ou d'un établissement de crédit agréé (banque, courtier…) intervenant sur les marchés financiers pour son propre compte, qui prend l'engagement de fournir une cotation continue, indépendamment de l'état du marché. Il contribue ainsi à la liquidité et l'efficacité des échanges pour le markets takers (investisseurs, institutionnels, trésoriers…). Les établissements se rémunèrent de cette activité par la différence entre leurs prix d'achat et de vente.

donner lieu à des interventions sur les marchés sont également encadrées pour éviter toute prise de risque excessive.

1604 Il semble toutefois difficile de définir les activités qui relèvent de la tenue de marché. En d'autre termes, la différence avec les activités de pur compte propre ou activités de marché est ténue comme l'illustre l'exemple suivant : une entreprise a recours à une émission obligataire pour se financer ; la banque place les titres auprès d'investisseurs qui attendent d'elle qu'elle assure une certaine liquidité : ils veulent pouvoir revendre, trois mois plus tard par exemple, les obligations de la banque ou, au contraire lui en acheter davantage. Pour cela la banque est amenée à détenir un stock d'obligations.

1605 Quelle doit être la taille exacte de ce stock ? A partir de quel moment la banque mise t-elle sur l'évolution du titre afin d'en tirer délibérément profit ?[993]

1606 Selon le rapport LIIKANEN[994], la distinction étant difficile, la tenue de marché doit être placée dans la filiale hébergeant le compte propre.

1607 La stratégie française est de se contenter d'énoncer dans la loi bancaire de grands principes comme l'utilité de cette activité pour l'économie. Ce sera aux banques et aux superviseurs de les mettre en œuvre sur le terrain[995].

1608 Depuis le 29 janvier 2014, la Commission européenne a adoptée une proposition de règlement qui vise à empêcher les banques les plus importantes de pratiquer la négociation pour compte propre[996], une activité de marché risquée. Les autorités de surveillance peuvent désormais imposer aux banques d'établir une séparation entre activités de dépôt et certaines des activités de négociation potentiellement risquées si l'exercice de ces dernières peut compromettre la stabilité financière.

1609 Les mesures mises en place ont pour objectif d'apporter une solution à la problématique suivante :

---

993 Revue banque n° 767-768 rétrospective 2013-prospective 2014, p. 26-55.

994 LIIKANEN nom du gouverneur de la banque de Finlande qui présidait le groupe d'experts qui a remis le rapport à la Commission européenne le 20 octobre 2012. Rapport qui recommande d'isoler les activités de marché les plus risquées afin de rendre les banques de dépôt plus sûres et d'éviter, à l'avenir, le recours aux contribuables.

995 TRÔGE Michael et KOBRAK Christopher, « La réglementation décryptée par LABEX-REFI », Revue banque n° 767-768, janvier 2014.

996 Constitue le service de négociation pour compte propre, le fait de conclure des transactions sur un ou plusieurs instruments financiers, en engageant ses propres capitaux. (Article D. 321-1 du Code monétaire et financier).

- comment assurer la protection des déposants et réduire le risque systémique sans préserver la survie des établissements non rentables et sans mettre en place de système de garantie trop coûteux pour les banques ?
- En d'autres termes quel mécanisme mettre en place pour éviter que la faillite de certaines banques importantes ne provoque une crise systémique, et préserver les déposants sans trop faire payer les concurrents et, si possible, sans faire intervenir l'Etat ?

1610 Les autorités bancaires disposent de trois instruments pour faire face au risque systémique, instruments qu'ils utilisent généralement de concert.

- Le premier consiste à désigner la **Banque centrale** comme **« prêteur en dernier ressort »** et à la charger, en cas de crise, à fournir des liquidités, non seulement aux banques en difficulté mais à l'ensemble du système.
- Le second instrument consiste à établir un « filet de sécurité » par l'intermédiaire d'un **fond de garantie** auquel cotise la communauté bancaire sur une base obligatoire.
- Un troisième instrument consiste d'une part à mettre en place une **réglementation prudentielle** tendant au développement des fonds propres des établissements de crédits, d'autre part à inciter les banques à se doter d'un système de contrôle interne le plus performant possible.

1611 SALIN Pascal, Professeur à Paris-Dauphine, reconnaît les excès de la finance et leur donne l'explication suivante « Au XIXe siècle, les banques étaient de dimension modeste et étaient possédées par de vrais capitalistes.

Lorsqu'un individu ou petit groupe d'individus sont propriétaires d'une banque et détiennent des fonds propres importants, ils sont évidemment incités à ne pas prendre de risques excessifs pour éviter la faillite.

Nous sommes maintenant dans un univers différent, moins capitaliste, où il existe de très grands groupes avec un très grand nombre de petits actionnaires. Les capitalistes ne peuvent pas exercer leurs pouvoirs de décision, dans ce cas ce sont les managers, dirigeants qui détiennent le pouvoir et ils ont, en tant que salariés, des intérêts divergents par rapport aux propriétaires : ils sont incités à maximiser leurs profits à court terme[997] et donc à prendre trop de risque ».[998]

---

[997] Les managers travaillent pour les administrateurs majoritaires, ils ne sont pas nécessairement ceux qui auront les retours financiers directs.

[998] SALIN Pascal, « Grandeur et misère de la finance moderne », Collectif Eyrolles 2013 p. 306-307.

1612 La création d'un tribunal financier et la séparation des activités des établissements de crédit pour éviter la transmission des risques à l'ensemble seront-elles suffisantes pour éviter la résurgence des crises financières ?

1613 La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires qui vise à réformer le cadre français actuel en renforçant la régulation des acteurs bancaires et les pouvoirs des autorités de supervision en matière bancaire a instauré en quelque sorte une responsabilité des actionnaires. Cette responsabilité est un moyen de réduire le recours à l'aide de l'Etat, c'est à dire de la collectivité en cas de difficulté des établissements de crédit.

1614 Certains auteurs[999] prônent d'avantage d'éthique dans la finance. Pour eux, la régulation bancaire s'apparente à un ensemble de décisions publiques prises dans une gouvernance mondiale et qui vise la production d'un bien public : la stabilité financière.

1615 Ils estiment que depuis la crise de 2007-2008 chacun peut revendiquer une stabilité financière minimum au regard des coûts exorbitants de sauvetage des banques, supportés à la fois par les contribuables présents mais aussi par les générations futures du fait du financement par l'emprunt des politiques publiques source de déficit.

1616 L'augmentation des dépenses publiques occasionnée, entre autres, par l'aide publique aux banques, s'accompagne mécaniquement d'un alourdissement des déficits publics sans qu'il y ait reprise de la croissance.

1617 Les déficits doivent être financés, ce qui privent les entreprises de capitaux ; c'est l'effet d'éviction[1000]. Les déficits conséquents élèvent le taux d'intérêt de long terme, ce qui rend difficile le financement de projets d'entreprises ou la création d'entreprises. La méthode de financement des dettes n'importe pas comme le souligne l'économiste R. J. BARRO[1001], seul le niveau des dépenses publiques importe, puisque les dépenses non financées maintenant le seront plus tard. Le

---

[999] GRANDIN Pascal, SAIDANE Dhafer dans « la finance durable une nouvelle finance pour le XXIe siècle », p. 51. Ed. Revue Banque.

[1000] L'effet d'éviction désigne le phénomène selon lequel l'activité économique du secteur public a une propension à supplanter celle du secteur privé. Il se rapporte au fait que les fonds nécessaires aux dépenses publiques supplémentaires sont prélevés sur une épargne qui, autrement, aurait servi à financer des projets d'investissement privés.

[1001] Dans « Journal of Publical Economy », 1974 « Are government bonds net wealth » et 1979 « On the détermination of public debt ».

résultat est connu sous le nom de théorème d'équivalence Ricardo-Barro[1002] : sous certaines conditions, il est équivalent que les dépenses publiques soient financées par endettement ou par impôts. Cette indifférence naît de la possibilité qu'ont les contribuables d'épargner aujourd'hui pour faire face aux prélèvements obligatoires futurs plus conséquents que l'existence d'une dette publique occasionnera.

1618 Dans la mesure où les individus ne font pas preuve d'altruisme générationnel, il peut être optimal pour les générations présentes de créer une dette publique importante, puisque celle-ci sera payée par les générations futures.

1619 Une association de solidarité internationale OXFAM[1003] vient de lancer le site FAIRFINANCE. Son but est de dévoiler « la face cachée des principales banques françaises ». Sur le site sont examinées les politiques d'investissement des banques en fonction de critères sociaux, environnementaux et éthiques.

1620 L'association a effectué des recherches en fonction de différents thèmes tels que l'environnement, les droits humains, la fiscalité, la corruption… et a attribué des notes.

De nombreuses banques mettent en avant l'importance que revêt pour elles le respect de principes éthiques. L'idée de l'association est de vérifier si les engagements publics de ces banques sont concrètement appliqués dans toutes leurs activités y compris les crédits aux entreprises, le financement de projets, les investissements pour comptes propres et la gestion d'actifs pour le compte de tiers.

L'objectif est « d'informer les citoyens » afin qu'ils interpellent leurs banques « pour leur demander d'améliorer leur responsabilité sociétale et environnementale »[1004].

1002 Le théorème Ricardo-Barro présente l'inefficacité d'une politique économique associant réduction d'impôt et augmentation de la dette publique. Il y aurait équivalence car une augmentation de la dette publique aujourd'hui correspondrait à une augmentation des impôts demain pour rembourser les dettes ainsi que les intérêts attachés à cette dette. Les agents économiques seraient rationnels et anticiperaient les hausses d'impôts. Dès lors, au lieu de consommer, comme espérer par le gouvernement, ils préfèrent épargner en prévision des hausses d'impôts futurs. « Journal of Publical Economy », 1974 « Are government bonds net wealth ».

1003 OXFAM France est une association de solidarité internationale qui agit sur les causes de la pauvreté et des injustices en menant notamment des campagnes de mobilisation citoyenne et de pression sur les décideurs politiques.

1004 VALLET Cédric, « Les banques françaises sont loin d'être aussi vertes et éthiques qu'elles l'affirment », 22 mai 2015, Alter échos magazine.

L'éthique pourrait réduire la résurgence des crises en permettant la prise de conscience par les banques de leur responsabilité sociétale.

1621 Comment faire en sorte que les établissements de crédit remplissent pleinement leurs fonctions sociétales qui consisterait à favoriser le financement de l'économie réelle en limitant la prise de risque par l'application stricte de la règlementation ?

B – Ethique et responsabilité des établissements de crédit

1622 En contrepartie du monopole dont elles bénéficient, les banques sont soumises à des contraintes principalement au respect de règles prudentielles. Le système ne pouvant fonctionner qu'avec un fort principe de « confiance » que doit avoir le déposant dans son dépositaire, car la remise d'une somme d'argent s'assimile juridiquement à un transfert de propriété du fait de la nature fongible de la monnaie.

La banque n'a alors qu'une dette de restitution en équivalent envers le déposant. C'est ce qui explique pourquoi il existe des mécanismes légaux de fonds de garantie des déposants. La confiance conduit à n'autoriser que les entreprises ayant une organisation et un fonctionnement à même de recevoir des dépôts du public[1005].

1623 Le rôle des établissements de crédit dans l'économie et les prérogatives dont ils disposent justifient leur responsabilité, leurs fautes devraient leur être totalement imputables, ils doivent répondre de leurs actions.

1624 La responsabilité pour Platon consiste à être récompensé ou puni suivant ses actions. Si l'homme a mal agi dit Platon, il a beau ne pas l'avoir fait librement, il est bon qu'il en soit puni pour qu'il se corrige et qu'il soit récompensé dans le cas contraire en bon état moral[1006].

1625 En matière de responsabilité civile, l'obligation juridique de réparer le dommage traduit le devoir moral de ne pas nuire à autrui. Le lien avec la morale est

---

[1005] Revue Banque n° 782 « Le monopole bancaire sert-il encore à quelque chose »H. Vauplane, 26 février 2015.

[1006] Durkheim philosophy lectures : Notes from the lycée de Sens Course 1883-1884 Lecture 56.

particulièrement net dans un système de responsabilité fondée sur la faute précisée dans les articles 1382[1007] et 1383[1008] du Code civil.

Mais la justification de la responsabilité peut aussi être soit le risque ; lorsqu'une activité est créatrice de risques, le responsable de celle-ci doit indemniser les victimes si le risque se réalise, soit la garantie ; c'est le cas lorsqu'il est nécessaire de garantir autrui contre les dommages résultant d'une activité.

1626 Ainsi la jurisprudence comme la doctrine ne remettent pas en cause l'idée qu'un dispensateur de crédit soit, à l'égard du client professionnel ou particulier auquel il octroie un prêt, tenu d'un devoir de prudence qualifié aussi d'un devoir de vigilance[1009].

1627 La mise en cause de la responsabilité civile bancaire ne résulte pas seulement d'un acte fautif envers l'emprunteur mais va jusqu'au risque que la banque fait courir aux tiers (garant, cautions, hypothèques …) ainsi qu'aux fournisseurs.

1628 Le non respect d'autres obligations peut engager la responsabilité du dispensateur de crédit c'est le cas des devoirs de secret, de non ingérence, de vigilance, d'information, de conseil ou encore de discernement dans l'octroi du prêt.

1629 Si certains de ces principes ont été repris par le législateur, tel le secret bancaire, les autres demeurent majoritairement de nature jurisprudentielle notamment le devoir de vigilance devenu au fil de la jurisprudence le devoir de mise en garde. Mais sur la définition même du devoir de mise en garde et sur son contenu, les jurisprudences de la première chambre civile et de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont dans un premier temps évolué différemment.

1007 Article 1382 du Code Civil « Tout faits quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Le cœur de la responsabilité est la faute, le délit civil. Nouvel article 1240.

1008 Article 1383 du Code civil « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». On parle de quasi délit civil ou quasi délit. Nouvel article 1242.

1009 Rives-Langes et Contamine-Raynaud M., Droit bancaire, Dalloz n° 168, A. Bac et D. Legeais, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit J.-Cl. droit des entreprises, fasc. 446.

1630 Ainsi, en cas de litiges relatifs aux contrats des banques conclus avec leurs clients, les tribunaux contrôlent la réparation des fautes bancaires et déterminent de ce fait la nature des fautes objet de contrôle.

1 – Le contrôle judiciaire de la réparation des fautes[1010] bancaires commises à l'encontre du client

1631 Le champ des fautes bancaires est très vaste ; il commence avec l'ouverture ou le refus d'ouvrir un compte, il concerne aussi bien le fonctionnement d'un compte courant que sa fermeture fautive et les crédits accordés qui peuvent être trop hasardeux et /ou d'un montant excessif.

1632 Le champ englobe également la rupture non fautive et le soutien abusif d'une entreprise en difficulté et va jusqu'à la prise de garanties excessives, la mauvaise foi, l'immixtion et la gestion de fait, l'absence des informations obligatoires et le manque d'agrément bancaire préalable.

1633 L'exercice de la profession bancaire est soumis à une réglementation et un encadrement assez strict afin de protéger l'intérêt général. A défaut de disposer de l'agrément français ou de son équivalence européen, un prêt accordé serait nul et il s'agit d'une nullité d'ordre public.

La nullité de l'acte de prêt replace les parties en l'état où elles se trouvaient juste avant le prêt. L'emprunteur doit rembourser le principal à la banque qui elle même devra restituer toutes les sommes excédentaires qu'elle aurait perçues. Dans le cas où serait intervenue une adjudication sur saisie immobilière, la banque devra également réparer en indemnisant la victime.

1634 Cette jurisprudence a été remise en cause par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 4 mars 2005. Dans cet arrêt, la Caisse hypothécaire anversoise (Caisse), aux droits de laquelle se trouvait la société Axa Bank, avait consenti, en 1986 à M. X, Y, Z et la Société d'aménagement mobilier de Gascogne (SAIG) des prêts par actes sous seing privés souscrits en Belgique, ces actes avaient été déposés au rang de minutes d'un notaire à Paris, par un acte authentique comportant affectation hypothécaire. Les fonds ont alors été remis par un chèque tiré par la Caisse sur une banque française.

M. X, Y, Z, de la société Lauga Limited, en qualité d'actionnaires de la société SAIG, ont engagé contre la Caisse, une instance tendant à faire déclarer nul les prêts et les inscriptions hypothécaires et à faire reconnaître la responsabilité de celle-ci pour avoir

---

[1010] Le non respect d'une obligation légale par le banquier constitue une faute pouvant engager sa responsabilité. Dans les exemples présentés, Il ne s'agit pas de fautes au sens pénal.

contribué à l'échec de l'opération de promotion immobilière à Biarritz et à Bidart, à laquelle le financement était destiné. Elle fondait son action sur l'interdiction posée par l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier ; les prêts avaient été accordés par une banque n'ayant pas reçu l'agrément du Comité des établissements de crédit.

1635 La Cour de cassation précise que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus »[1011]. Jurisprudence confirmée par la suite à plusieurs reprises et notamment dans un arrêt du 19 février 2013[1012].

1636 Les banques, dans certains cas, dispensent des concours aux particuliers et aux entreprises. Ces dernières ne peuvent fonctionner sans concours bancaires, découverts ou facilités de caisse. Ces crédits doivent cependant être fournis à bon escient. S'il cesse brutalement son concours, le banquier peut être poursuivie pour rupture abusive et réparation du préjudice.

Quelle responsabilité pour l'établissement de crédit lors d'une rupture abusive ?

1637 La banque n'est pas tenue d'accorder un découvert ou des facilités de caisse et même de tolérer des dépassements occasionnels. Mais si la banque s'est engagée sur un découvert par un contrat qui en fixe le montant et éventuellement la durée, elle doit le respecter et accepter tous les règlements, dans la limite du maximum prévu.

Si , comme c'est souvent le cas, la banque ne s'est pas engagée par écrit ou qu'il existe des concours à durée indéterminée tels que découvert, escompte, Dailly, elle doit notifier la résiliation et respecter un délai de préavis raisonnable[1013].

Toutefois, la banque peut rompre un crédit à durée indéterminée, sans préavis s'il lui apparaît que l'entreprise est en situation irrémédiablement compromise[1014].

1011 Cour de cassation arrêt assemblée plénière, 4 mars 2005, n° 11725.

1012 Cour de cassation, arrêt chambre commerciale, 19 février 2013, n° 11-27124. En l'espèce une banque de droit belge avait consenti un prêt à une société française sans avoir obtenu au préalable d'agrément en France. Devant la cour d'appel, l'emprunteur s'est prévalu de la nullité du prêt. La cour de Montpellier fait droit à sa demande et prononce la nullité du contrat de prêt, la banque n'ayant droit en conséquence qu'à la restitution de son capital sans pouvoir prétendre aux intérêts. La Cour de cassation casse conformément à sa jurisprudence établie depuis l'arrêt d'assemblée plénière du 4 mars 2005 au motif que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément n'est pas de nature à entraîner la nullité du contrat qu'il a conclu ».

1013 Article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

1014 Cassation chambre commerciale, 24 mars 2015, pourvoi n° 13-16076, « La banque peut réduire ou interrompre un crédit sans préavis lorsque le bénéficiaire se trouve dans une situation irrémédiablement compromise ; le juge doit se placer pour apprécier l'existence d'une telle situation au jour de la rupture du crédit… ».

1638 Au delà d'un simple préjudice financier, la rupture abusive peut entraîner un redressement judiciaire du client qui s'analyse comme une perte de chance. Si la banque porte la responsabilité pour faute d'une liquidation judiciaire, les créanciers et les cautions de l'entreprise défaillante pourront se retourner contre elle[1015].

Quelle responsabilité pour un financement excessif hasardeux ou abusif ?

1639 Le crédit excessif concerne le montant de crédit disproportionné par rapport aux facultés de remboursement du débiteur. Le montant de crédit excessif peut devenir pénal avec la complicité de banqueroute[1016] pour la banque qui a fourni des moyens ruineux.

Le banquier, pour l'exercice de son activité de crédit doit tenir compte des ratios financiers et des possibilités de remboursement de son client. Lorsque la violation ou la légèreté de la banque au moment de l'octroi du crédit apparaît évidente, elle peut être de nature à permettre de dégager également les cautions ou autres.

1640 Un crédit est hasardeux quant à l'objet du financement en référence aux devoirs de diligence (parfois appelé vigilance) et devoir de conseil. Il y a faute face à un projet non viable que la banque ne pouvait ignorer en présence d'un dirigeant non professionnel de la finance, l'entreprise ne pouvant survivre même avec le financement. Ces situations se rencontrent notamment pour les créations et reprise d'entreprise, l'innovation, la diversification.

1641 La banque peut voir sa responsabilité engagée, sur l'initiative des créanciers si elle savait que la situation financière de l'entreprise était déjà compromise au moment du déblocage des fonds[1017].

1015 Cassation chambre commerciale, 24 juin 2003, pourvoi n° 00-12566. En l'espèce, les époux X actionnaires de la société BSC qui était titulaire d'un compte dans les livres de la Société Générale dont le solde s'est aggravé, se sont portés cautions solidaires des dettes de cette société. La banque a consenti à la société une avance de trésorerie. Par la suite cette dernière a été mise en règlement judiciaire dans un premier temps puis en liquidation. La banque a assigné les cautions en exécution de leurs engagements. Les époux ont assigné la banque en paiement de dommages et intérêts en faisant valoir qu'elle avait soutenu abusivement la société. La cour d'appel de Poitiers à condamné les époux à exécuter leurs engagements de caution et rejeté leur action en responsabilité contre la banque pour soutien abusif de crédit et confirmé le jugement de première instance. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel et ordonne la compensation des dommages et intérêts avec les sommes dues par les époux X au titre de leurs engagements de caution.

1016 Article L. 121_2 du Code pénal, articles 654-1 et suivants du Code de commerce.

1017 Cass. Civ. 1er, 8 juin 1994 pourvoi n°92-16142. Dans cet arrêt, la société Calif, établissement de crédit, a consenti à M. X un prêt pour financer partiellement l'acquisition d'un tracteur. M. X ayant cessé ses règlements, la société Calif, après avoir, avec une autorisation de justice, saisi et fait vendre le tracteur aux enchères publiques, a

1642 La loyauté et la bonne foi du banquier peuvent être mise en cause. En principe si un des contractants n'agit pas de bonne foi, le juge peut prononcer la résolution du contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil[1018] et ainsi obtenir l'inexécution de l'obligation par l'autre contractant. Il peut être reproché au banquier d'user de manœuvres dolosives (dol par acte positif ou dol par rétention d'information) en vue de bénéficier de garanties.

1643 En accordant un crédit fautif (hasardeux, abusif …), le banquier prive la caution de la chance de limiter son risque et aggrave son sort. En évoquant le dommage éprouvé en relation directe avec la faute bancaire, la caution peut obtenir gain de cause soit parce qu'elle a été trompée sur la véritable situation de l'entreprise, soit parce que le financement a aggravé la situation de l'entreprise et ainsi le sort de la caution.

Au delà des fautes liées au concours bancaire, la caution peut invoquer le caractère disproportionné de son engagement soit pour vice du consentement qui vise à l'annulation de la sûreté, soit pour le comportement fautif de la banque qui vise la responsabilité bancaire.

1644 La faute de la banque peut aller jusqu'au préjudice financier découlant de la prise de garanties excessives qui empêcheront d'autres financements. Ainsi, pour une caution personnelle, il faut que les engagements pris par la banque restent proportionnés aux biens existants et aux revenus.

1645 L'article l. 313-10 du Code de la consommation prévoit qu'un banquier ne peut pas se prévaloir du cautionnement émis par une personne physique si l'engagement de caution est disproportionné avec ses biens et ses revenus au moment où la caution a été conclue.

Cette disposition ne concerne que les crédits à la consommation et à l'immobilier. Cependant l'engagement n'est pas nul et la banque pourra exercer son action contre la caution si son patrimoine lui permet de faire face à son engagement au moment de l'action de la banque.

Mais cet article n'est pas applicable pour les financements à usage professionnel. Pour ces derniers, c'est l'article L. 341-4 du Code de la consommation qui s'applique

---

assigné l'emprunteur au paiement du solde du prêt déduction faite du prix de revente du tracteur. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs que « la société Calif avait amené M. X à contracter un emprunt dont la charge annuelle était supérieure au revenu que lui procurait sa petite exploitation agricole, que les renseignements que l'établissement financier prétendaient avoir obtenus de la banque de l'emprunteur étaient, en raison de la modicité des opérations figurant sur le compte de ce dernier, de nature à confirmer sa situation financière très précaire et les risques d'insolvabilité contre laquelle l'unique bien de M. X ne peut être pris en considération sans exposer celui-ci à une ruine certaine… ».

[1018] Nouvel article 1104 du Code civil.

puisqu'il précise : « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu avec une personne physique dont l'engagement était, lors de la conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation[1019] ». La personne physique mentionnée pourrait être un consommateur ou un professionnel[1020].

1646 Le principe de proportionnalité veut qu'il ne soit pas demandé à une personne modeste, de garantir un montant qui dépasse ses capacités financières. Comme les dirigeants peuvent déduire de leurs impôts les sommes versées pour leurs engagements de caution[1021], si le montant n'est pas disproportionné, le Conseil d'état, a limité l'engagement à trois années de revenus[1022] alors que la Cour de Cassation considère que la disproportion entre le montant cautionné et les ressources ne constituent pas une erreur sur la substance[1023], déterminant le consentement et donc cause de nullité du contrat.

1647 Même pour une caution dirigeante, une disproportion flagrante auquel s'ajouteraient des manœuvres affectant son consentement pourrait entraîner la nullité de l'acte. Ainsi, dans l'arrêt du 17 juin 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, pour une garantie de 20 millions alors que le PDG ne disposait que d'un patrimoine de 4 millions, la cour d'appel de Paris a reconnu la disproportion ; la chambre commerciale l'a admise également, mais cette seule erreur n'entraîna pas la nullité.

1648 Le domaine du contrôle est vaste et aboutit à des condamnations en l'absence de communication d'informations obligatoires.

1019 Pour que cette disposition soit applicable, il faut que le banquier ait pu avoir accès à des informations concernant le patrimoine de la personne physique.

1020 Dirigeants de sociétés.

1021 L'engagement doit se rattacher à la qualité de dirigeant de la personne qui se porte caution. Cette condition s'apprécie au moment de la souscription de l''engagement et il importe peu que le dirigeant n'exerce plus ses fonctions au moment où l'engagement est exécuté. L'engagement doit avoir été souscrit dans l'intérêt de la société.

1022 Conseil d'Etat statuant au contentieux, 22 décembre 1989, n° 56905, publié au recueil Lebon.

1023 Cassation Civ.1er, 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-1244.

Quelles sanctions en absence des informations obligatoires dans les contrats de crédit ?

1649 A l'occasion des financements et pour une meilleure information de l'emprunteur et des apporteurs de garanties, la banque est tenue obligatoirement de fournir certains renseignements et documents avant le contrat de crédit, dans le contrat puis postérieurement.

1650 C'est au moment de l'offre, puis du contrat de financement, devenu la loi des parties que l'on doit se placer pour déterminer la faute bancaire éventuelle.

1651 Depuis un revirement de la Cour de Cassation, il n'y a plus systématiquement nullité mais maintien du prêt avec déchéance pour tout ou partie du droit aux intérêts pour la banque qui ne respecte pas les exigences légales[1024], ne communique pas le tableau d'amortissement[1025], n'inclut pas tous les frais dans le calcul du taux effectif global[1026].

1652 Lorsque la banque exige une assurance décès invalidité, elle doit informer l'emprunteur qu'il peut demander la résolution du contrat s'il n'obtient pas l'accord de l'assureur. Le banquier engage sa responsabilité s'il ne fournit pas cette information[1027].

1653 La banque est tenue d'informer annuellement les cautions, au plus tard le 31 mars, du montant du principal, intérêts, frais et accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente ainsi que de la date de fin de l'engagement indéterminé de caution et la possibilité de la résilier. La sanction pour la banque est la perte des intérêts, frais et accessoires depuis la précédente information jusqu'à la date de la nouvelle information.

1654 La loi relative à la consommation dite loi Hamon du 17 mars 2014 a renforcé les sanctions en ayant recours à la répression administrative sous la forme d'amendes applicables en cas de manquement à l'obligation d'information précontractuelle.

L'immixtion et la gestion de fait sont-elles constitutives de fautes pour le banquier ?

1655 Le point de départ de cette responsabilité se trouve dans l'article L. 650-1 du Code de commerce.

1024 Cass. Civ. 1er, 23 mars 1999, Pourvoi n° 97-11525.

1025 Cass. Civ.1er, 9 mars 1999. Le tableau d'amortissement est un échéancier avec l'amortissement du capital et des frais financiers. Il doit être joint à l'offre préalable. Il n'est pas obligatoire pour les prêts à taux variable.

1026 Cass. Civ. 1er, 23 novembre 1999. Le taux effectif global (TEG) est le taux de rémunération du contrat de prêt, il doit être fixé par écrit en incluant notamment les frais d'assurance, de sûretés … exigés par la banque.

1027 Cass. Civ. 1er, 8 juin 1994.

Lors de l'octroi d'un crédit, il est tentant pour le banquier de chercher à limiter son risque en influençant son client. Entre son obligation de non ingérence et le devoir de conseil, une pression trop marquée du banquier peut constituer une immixtion coupable.

Le banquier ne doit pas s'immiscer dans les affaires de son client, il doit se borner à apporter son soutien financier sans diriger ni influencer les affaires de sa clientèle.

Il est une règle classique[1028] en matière de procédure collective selon laquelle, en cas d'insuffisance d'actifs et de faute de gestion, le tribunal peut mettre cette insuffisance à la charge des dirigeants de droit ou de fait. Cela devient particulièrement grave pour le banquier qui, suite à une liquidation, peut être condamné à combler le passif[1029].

1656 Il n'existe pas de graduation de la gravité des fautes bancaires ni d'échelle de sanction. Il ne suffit pas d'un préjudice pour se défendre contre la banque, il faut prouver sa faute[1030] et également établir un lien direct avec le préjudice.

1657 En matière de responsabilité, les juges posent en postulat la parfaite information des dirigeants d'entreprise, co-contractant de l'établissement de crédit, sur la situation de leur affaire et leur intérêt patrimonial.

[1028] Articles 180 à 182 de la loi du 25 janvier 1985. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises et le décret s'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 ont considérablement modifié les dispositions antérieures. L'action en comblement du passif est prévue par l'article L. 621-2 du Code de commerce. Ainsi, lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion, même unique, ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.

[1029] L'immixtion est caractérisée lorsqu'une personne a exercé en toute indépendance une activité positive de direction dans l'entreprise. Dans l'arrêt n° 922 du 27 juin 2006, la société SPAD 24 a été mise en redressement judiciaire. M. X agissant en qualité d'administrateur et de commissaire à l'exécution du plan a assigné la banque de la société et deux de ses administrateurs, l'un directeur général l'autre directeur des départements de participations de la banque, aux fins de les voir condamner à supporter l'insuffisance d'actif de la société partiellement ou en totalité. La cour d'appel a donné droit aux demandes de M. X. En effet, la société SPAD 24 qui entretenait un partenariat avec la banque lui avait demandé, pour garantir la confiance des tiers, la présence à son conseil d'administration de deux administrateurs désignés pour agir selon les directives de la banque. Preuve d'une réelle immixtion. La chambre commerciale de la cour de cassation rejette le pourvoi.

[1030] Dans certains cas, par exemple en matière de disproportion, c'est à la banque d'apporter la preuve de ses diligences.

Il appartient donc à ces derniers de se donner les moyens de prendre de bonnes décisions. Dès lors qu'il a pris les précautions nécessaires, on ne peut pas reprocher au banquier de s'être tromper de stratégie dans l'octroi du crédit, domaine d'excellence du banquier. Il s'agit du principe de l'obligation de moyen.

1658 Lorsque la victime est à la fois le débiteur[1031] et le tiers garant en la personne de son dirigeant, les juges recherchent la preuve de sa faute pour engager sa responsabilité civile dont l'objet ne peut être que la réparation.

2 – La nature des fautes contrôlées

1659 Jusqu'en 2006, la chambre commerciale va développer une conception stricte des **obligations du prêteur professionnel** envers l'emprunteur professionnel et renouvellera son refus de protéger systématiquement ce dernier contre sa propre imprudence ou le caractère exagérément optimiste de ses prévisions[1032].

De ce fait le dirigeant emprunteur ou caution qui dispose de toutes les informations lui permettant d'apprécier le risque de l'opération financée ou garantie, doit supporter les risques de son entreprise.

1660 C'était surtout **le devoir de non immixtion** du banquier dans les affaires de son client qui justifiait la prohibition du soutien abusif.

1661 Ainsi en 1999 la chambre civile a affirmé que « le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client qui vient réclamer un crédit dès lors que les débiteurs d'un prêt bancaire n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées »[1033].

[1031] Le banquier lui est redevable, comme à tout débiteur, d'obligations de conseil et de mise en garde.

[1032] Cas., Com. 26 mars 2002 Bull, n°57 p. 57 ; Com. 27 septembre 2005, pourvoi n° 04-17.113 ; Com. 28 février 2006 pourvois N° 04-16.326 et 04-16.342.

[1033] Com. 11 mai 1999, pourvoi n° 96-16.088 BNP c /les époux Menetaux Bull. n°95 rapp. C. cass 1999 p. 358 : « doit être cassée la décision d'une cour d'appel qui retient la responsabilité d'une banque dans l'octroi d'un découvert excessif en compte courant, sans rechercher si la banque savait que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise et, dans le cas où elle l'aurait été, si par suite de circonstances exceptionnelles, le dirigeant l'ignorait ; dès lors que les débiteurs d'un prêt bancaire n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, les juges du fond ont pu décider qu'ils étaient mal fondés à reprocher à cette banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en leur accordant un prêt sans considération de leurs capacités de remboursement déjà obérées par d'autres emprunts ».

Pour la Chambre commerciale, le banquier qui n'a pas de devoir de conseil envers son client professionnel engage seulement sa responsabilité lorsqu'il accorde un **prêt qui dépasse les capacités financières de l'emprunteur** alors qu'il avait sur la situation de ce dernier des informations que celui-ci ignorait.

1662 La responsabilité de la banque est retenue si elle a « joué » un rôle d'incitation à l'endettement[1034], si elle a été à l'origine d'un montage financier[1035] ou encore si elle a abusé de la faiblesse ou de l'ignorance de l'emprunteur[1036].

1663 L'information détenue par une des parties à un contrat de prêt peut être source de responsabilité. Le principe de symétrie de l'information dégagé en matière de crédit aux entreprises a été étendu en 2002 aux particuliers[1037].

La chambre commerciale, dans une affaire jugée le 26 mars 2002, a rejeté un pourvoi formé par deux emprunteurs non professionnels – un couple dans lequel le mari et la femme étaient employés de la banque qui leur avait consenti le prêt. Ils reprochaient à la cour d'appel d'avoir rejeté leur action en responsabilité contre la banque fondée sur l'absence de prise en compte par celle-ci de leurs capacités de remboursement.

La chambre commerciale affirme par cette jurisprudence que celui qui, même non professionnel ou non averti, sollicite un prêt est responsable de ses actes et est le mieux à même de connaître l'état de ses ressources et de son patrimoine et donc

---

[1034] Cas., Com.8 juin 1994, Bull. n° 206.

[1035] Cas., Com., 23 juin 1998, Bull., n° 208.

[1036] CA Bordeaux 3 août 1999, Bull. inf. C. cass. 1er chambre civile, 15 mai 2002, pourvoi n° 99-19958. En l'espèce la Caisse Régionale du Crédit Agricole Mutuel de la Gironde (CRCAM) avait consenti aux époux R, dont la fille avait mandat de gérer les comptes un prêt. Les mandants ont révoqué cette procuration et assigné leur fille et son époux en remboursement de sommes détournées par eux. Ils ont de surcroît demandé la condamnation in solidum de la CRCAM en restitution des prélèvements intervenus au titre du prêt souscrit et en paiement de dommages et intérêts. Pour donner droit à leur demandes les juges du fond « ont relevé l'état de faiblesse intellectuelle patente des époux R et l'inaptitude pratique de l'un comme l'autre à mesurer la portée de leur emprunt ; ils étaient fondés à en déduire une obligation d'information et de conseil renforcée au cas d'espèce (…) ayant observé la totale carence de la CRCAM et la spontanéité avec laquelle, dès la découverte d'un incident sur le compte de M. R elle avait admis le transfert des obligations (…) sur les cautions, la cour d'appel a pu retenir sa responsabilité contractuelle… ». La Cour de cassation rejette le pourvoi.

[1037] Cas., Com. 26 mars 2002 pourvoi n° 99-13.810, Bull. n° 57 « dès lors que les débiteurs d'un prêt bancaire n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, les juges du fond ont pu décider qu'il était mal fondé de reprocher à cette banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en leur accordant un prêt sans considération de leurs capacités de remboursement déjà obérées par d'autres emprunts. JCP E 2002 852 note A ; Gourio.

d'évaluer ses capacités de remboursement. Il ne peut, s'il a surestimé celles-ci volontairement ou non faire grief à l'établissement de crédit de lui avoir accordé ce qu'il avait demandé en pleine connaissance de cause.

1664 Dans un arrêt du 24 septembre 2003[1038] statuant sur un pourvoi formé par un emprunteur ayant souscrit plusieurs prêts destinés au financement de ses besoins personnels ou de son activité d'agriculteur, la chambre commerciale précisera que « le banquier n'a pas de devoir de conseil à l'égard de son client » et rejettera le pourvoi en décidant qu'une cour d'appel avait valablement écarté l'action en responsabilité formée par l'emprunteur à l'encontre de la banque pour l'octroi d'un prêt, après avoir constaté que l'emprunteur avait lui-même sollicité le prêt litigieux et était à « l'origine de son propre dommage ».

1665 Le principe de la symétrie de l'information est rappelé dans de nombreux arrêts[1039]. Par ces arrêts, la chambre commerciale casse les décisions de cours d'appel qui n'ont pas recherché si les emprunteurs établissaient ou même alléguaient que la banque aurait eu, sur leur situation financière des informations qu'eux-mêmes, par suite de circonstances exceptionnelles ignoraient.

1666 En 2005, la chambre commerciale étend le principe de la symétrie d'information sur la situation de l'emprunteur aux cautions.

1667 Dans cette affaire, elle retenait la responsabilité de l'établissement de crédit qui détenait dans le cadre d'un système de franchise plus d'information sur la situation de la société emprunteuse que les dirigeants cautions eux-mêmes. La banque qui ne transmet pas les informations ignorées de la caution manque à son devoir de **contracter de bonne foi**.

1668 En conclusion, la chambre commerciale ne retenait la responsabilité du prêteur au titre d'un manquement à ses obligations qu'en constatant que le banquier avait pris

---

1038 Cas., Com. 24 septembre 2003 pourvoi N° 02-11.362 M. H c/ Caisse régionale de Crédit Agricole Mutuel du Finistère Bull. n° 137, p. 157 « Qu'ayant relevé que M. H avait lui même sollicité les prêts litigieux, ce dont il se déduisant dès lors que l'intéressé ne prétendait pas que la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel du Finistère aurait eu, par suite de circonstances exceptionnelles non alléguées, des informations que lui même aurait ignorées sur la fragilité de sa situation financière, d'abord que la Caisse Régional de Crédit Agricole du Finistère qui n'avait pas de devoir de conseil envers son client, n'avait pas engagé sa responsabilité en lui octroyant le prêt, ensuite que M. H. était à l'origine de son propre dommage…. La décision se trouve justifiée par ce seul motif ».

1039 Cas., Com., 22 février 2005 pourvoi n° 03-16.825 et com., 8 février 2006 pourvoi n° 04-16.326

l'initiative du prêt, ou avait accordé le prêt sollicité alors qu'il connaissait la situation particulièrement obérée de l'emprunteur interdisant toute capacité de remboursement.

1669 Une partie de la doctrine, notamment M. A. GOURIO, approuve cette solution qui applique le même régime à l'emprunteur professionnel ou particulier. Selon cet auteur « ou bien le dispositif mis en place par les articles L. 311-1 et suivants et L. 312-1 et suivants du code de la consommation sur le crédit est efficace et l'emprunteur s'engage de manière libre et éclairée et dans ce cas, il n'y a pas lieu de le différencier du professionnel, ou bien le dispositif est inefficace et le juge doit s'y substituer ».

1670 Selon la jurisprudence de la chambre civile, le banquier doit répondre envers l'emprunteur d'une « **simple légèreté blâmable** [1040]». Dans un arrêt du 27 juin 1995, la chambre relève à la charge de l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur un **« devoir de conseil » qui consiste à « mettre en garde »** des emprunteurs sur l'importance de l'endettement lié au prêt souscrit. Dès lors le banquier est sanctionné pour faute s'il accorde un crédit excessif[1041].

1671 La frontière entre les notions d'information ou de renseignement, de conseil ou de mise en garde n'est pas facile à situer[1042].

L'obligation d'information consiste dans la transmission de données de nature à éclairer le consentement de l'emprunteur. Le conseil porte sur l'orientation d'une

---

[1040] Cas., 1ere chambre civile, Arrêt du 8 juin 1994, pourvoi n° 92-16.142 : une cour d'appel est fondée à réduire la créance d'un établissement financier qui avait agi avec une légèreté blâmable en consentant à un emprunteur un prêt dont la charge annuelle était supérieure à ses revenus alors que les renseignements que l'établissement financier avaient obtenus de la banque de l'emprunteur étaient de nature à confirmer la situation financière précaire et les risques d'insolvabilité.

[1041] Cas., 1ere chambre civile 27 juin 1995 pourvoi n° 92-19.212 Bull. n° 288 : « La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ». Manque à son devoir de conseil l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur sans avoir mis en garde ce dernier sur l'importance de l'endettement résultant de l'octroi du prêt. Defrénois 1995, n° 149 article 36210 obs. Mazeaud.

[1042] FABRE-MAGNAN V. M., de l'obligation d'information dans les contrats, Thèse Paris, LGDJ 1992, n° 369 – B. De saint Afrique, du devoir de conseil : Defrénois 1995, p. 913 n°369 – J. Boucard, les obligations d'information et de conseil du banquier : P.U. Marseille, 2002.

décision, sans aller jusqu'à contraindre le professionnel à se substituer au créancier dans la prise de décision.

L'information porte sur les conditions du service sollicité, tandis que le conseil concerne l'opportunité de celui-ci[1043]. Il s'agit « d'une opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il convient qu'il fasse ou ne fasse pas »[1044]. Elle suppose par conséquent « un choix entre plusieurs solutions, parmi lesquelles le banquier en indique une qui lui semble préférable »[1045].

1672 **L'obligation de mise en garde** a pour objectif d'attirer l'attention du client sur l'opération envisagée, sur les risques prévisibles. Le devoir de mise en garde peut être assimilé à un conseil négatif, un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou des inconvénients encourus si le conseil n'est pas suivi[1046].

1673 Ainsi, lorsque la responsabilité du banquier est recherchée par un emprunteur averti, la chambre civile adopte la jurisprudence de la chambre commerciale : l'emprunteur ne peut rechercher la responsabilité de la banque que si elle ne lui a pas transmis une information que lui-même ignorait. L'emprunteur profane peut quant à lui se prévaloir d'un manquement du banquier à son devoir de mise en garde[1047].

1674 Ces dernières années, la jurisprudence a beaucoup évolué sur le devoir de mise en garde. Les banques se font condamner même vis à vis des professionnels.

1675 La crise financière et ses conséquences sur les ménages ont conduit le juge à renforcer les protections de l'emprunteur en matière d'octroi de crédit que ces derniers soient consentis envers les professionnels ou envers les non professionnels.

1043 BONNEAU T., droit bancaire : Domat droit privé, Montchrétien, 7 édition, 2007 n° 419.

1044 GROUTEL H., le devoir de conseil in le devoir de conseil en assurance vie : Revue droit bancaire et bourse, janvier-février, 1999, supplément ingénierie patrimoniale, p. 4.

1045 Tricot (D.), in la rémunération du crédit en Europe : Revue droit bancaire et financier, 2007, p. 83.

1046 Arrêts Cour de cassation chambre mixte du 29 juin 2007 (Bull. 2007 ch. Mixte n°7 et 8 pourvois n°05-21.104 et 06-11.673) qui consacrent à cet égard la jurisprudence de la 1ère chambre civile et de la chambre commerciale (1ère chambre civile 12 juillet 2005, bull., 2005, I, n° 327 pourvoi n° 03-10.921 ; com., 20 juin 2006, n° 145, pourvoi n° 04-14.114) posent en principe que, lors de la conclusion du contrat, est due au débiteur, une mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt.

1047 Jurisprudence Cour de cassation chambre mixte ; rapport Mme le Conseiller BETCH, en ligne sur le site de la Cour de cassation.

1676 La qualité de professionnel n'entraine pas la qualification d'emprunteur averti comme le précise un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 décembre 2007[1048].

La qualité d'emprunteur averti doit être déduite à partir d'éléments factuels et non de la simple existence du statut de professionnel. Les juges du fond ont recours à des faisceaux d'indices comprenant par exemple la profession exercée, la fréquence des opérations et le montant du crédit demandé. Ils tiennent compte tant des qualités et du savoir de l'emprunteur que des caractéristiques du prêt lui-même.

1677 L'appréciation du juge se fait in concreto ce qui a pour avantage de protéger une plus grande catégorie de personnes dont les professionnels.

1678 L'existence de l'obligation de mise en garde dépend de la qualité de l'emprunteur. Elle n'est due qu'auprès de l'emprunteur non averti. C'est pourquoi, en vertu de la maxime actori incumbit probatio[1049], c'est au demandeur d'apporter la preuve de sa qualité de non averti. S'il y parvient, il lui faudra de plus démontrer que le crédit présentait des risques sur lesquels son attention aurait dû être attirée par la banque. La preuve du caractère averti ou non peut se faire par tout moyen[1050].

1679 Si l'emprunteur parvient à démontrer que le banquier était effectivement redevable d'une obligation de mise en garde, il faudra alors prouver que le devoir de mise en garde a bien été accompli. La preuve de la réalisation de l'obligation incombera au banquier. Cette preuve peut prendre la forme d'un document écrit à signer à condition qu'il soit adapté à la situation du client c'est à dire qu'il prenne en compte le montant emprunté, la capacité financière du client et les risques encourus.

1680 Si la responsabilité contractuelle des établissements de crédit est retenue en cas de non respect de leurs obligations à l'égard de leur co-contractant Qu'en est-il de leur responsabilité civile à l'égard de la collectivité ?

1681 Aujourd'hui les dommages causés par la crise économique et liés aux activités des établissements de crédit sont assumés par la collectivité, c'est à dire les

---

1048 Arrêt Cour de cassation, chambre commerciale 11 décembre 2007, pourvoi n° 03-20747, Banque Calédonienne, obligation de mise en garde et octroi inconsidéré de crédit.

1049 La charge de la preuve incombe au demandeur conformément à l'article 1353 du Code civil.

1050 Il s'agit d'un fait juridique.

contribuables alors que les dividendes ou bénéfices sont distribués aux actionnaires, propriétaires privés[1051].

1682 Comment rendre effective la responsabilité collective, sociétale des établissements de crédit ?

1683 Ces questions peuvent avoir pour réponse les notions de loyauté et d'impartialité dans la mesure où l'observation rigoureuse de leur devoir, l'honnêteté et l'intégrité de leurs dirigeants feraient prévaloir l'intérêt général sur celui de la profession.

1684 Une première solution est de rendre les actionnaires responsables du capital de établissements de crédit. Les autres solutions portent sur le renforcement de l'arsenal répressif et de la supervision en matière bancaire.

1685 L'amélioration du contrôle passe également par le respect d'une certaine éthique en matière financière c'est à dire la **mise en place d'un dispositif de règlementations qui vise à maintenir la confiance** des principaux acteurs concernés par les transactions bancaires et financières.

Ils s'agit pour les établissements de crédit, d'une part d'être au service des clients et de donner priorité aux intérêts de ces derniers en agissant avec discrétion, diligence, loyauté et neutralité, d'autre part de respecter l'intégrité des marchés en s'interdisant d'abuser de situations privilégiées ou de procéder à des manipulations pour leur propre compte ou pour le compte de certains de leurs clients.

1686 La neutralité impose une **organisation qui permet d'éviter les conflits d'intérêts** en particulier lorsque les intérêts des établissements de crédit divergent de ceux de leurs clients et nous amène à nous interroger sur la possibilité de situation de conflits d'intérêts à la fois dans la mise en place et dans l'application de la réglementation à respecter dans le domaine bancaire et la procédure de contrôle.

1687 L'analyse éthique consiste avant tout pour une entreprise à se préoccuper des conséquences de ses actes pour autrui.

[1051] Certains économistes : STIGLITZ J., KRUGMAN P., ATTALI J., estiment que les banques et autres institutions financières ont pour responsabilité de réparer les dommages causés par la crise économiques.

C – Les autres solutions

Elles recensent les dispositions prises tant au niveau national qu'européen pour renforcer le respect des règles qui s'imposent aux établissements.

1 – Au niveau national et européen

1.1 - Niveau national

Outre l'introduction de nouvelles sanctions administratives, la loi prévoit une aggravation des sanctions pénales actuellement encourues pour certaines infractions.

a) Renforcement de l'arsenal coercitif en matière de consommation

1688 La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative au crédit à la consommation, avec l'action de groupe, a aggravé les sanctions. Elle augmente d'une part les sanctions pénales mais crée de surcroît des sanctions administratives et rend effective l'action de groupe.

Ces dispositions vont conduire les établissements de crédit à reconsidérer les risques pris dans l'exercice de leur activité.

a.1) L'augmentation des amendes administratives

1689 Ainsi certaines infractions sanctionnées jusqu'alors de 30 000 euros seront désormais passibles d'une amende de 300 000 euros[1052] c'est le cas lorsqu'un établissements de crédit réclame au client d'un crédit à la consommation un paiement au cours des sept jours suivant l'acceptation du contrat.

1690 Le fait de consentir un prêt usuraire est sanctionnée aujourd'hui d'une amende de 300 000 euros au lieu des 45 000[1053] infligée jusqu'à maintenant, le montant de l'amende qui sanctionne l'absence de mention de taux effectif global dans un contrat de prêt est passé de 4 500 à 150 000 euros.

1691 Le législateur permet un déplafonnement des amendes dans certaines hypothèses, dès lors, toute personne se rendant coupable de pratiques commerciales trompeuses pourra se voir infliger une amende de 300 000 euros pouvant, dans

---

[1052] Article L. 311-50 du Code de la consommation pour le crédit à la consommation et L. 312-35 du Code de la consommation, pour le crédit immobilier.

[1053] Article L. 313-5 du Code de la consommation.

certains cas, être portée à 600 000[1054] euros, voire à 10 °/° du chiffre d'affaires annuel. Ces montants sont dus autant de fois que l'infraction est constatée.

1692 L'augmentation considérable du montant de la peine d'amende impliquera une réévaluation de la prise de risque[1055].

1693 Pour sanctionner rapidement et bien plus systématiquement que par le passé les manquements des professionnels et donc des établissements de crédit, le législateur prévoit la possibilité de prononcer des amendes administratives à l'égard des contrevenants.

A titre d'exemple l'article L. 121-21 et suivants du Code de la consommation prévoit une amende de 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale, pour tout manquement au dispositif légal relatif aux contrats conclus à distance et hors établissements.

1694 L'amende administrative, contrairement à l'amende pénale, n'a pas à être prononcée par un juge mais unilatéralement par l'administration elle-même. C'est l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation qui doit réprimer les manquements à la législation consumériste par l'intermédiaire des agents de la DGCCRF.

a.2) Spécificité de l'amende administrative

1695 Il ressort de la jurisprudence qu'une sanction administrative suppose la réunion de deux critères :

- Il s'agit d'une **décision unilatérale** prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogative de puissance publique[1056],
- Cette décision doit avoir pour objet **de réprimer une infraction** et non de prévenir de la commission de nouvelles infractions. En d'autres termes, la finalité de la sanction est répressive et non préventive. La sanction est un procédé de répression non pénale[1057].

1054 Article L. 121-6 du Code de la consommation.

1055 MATHEY Nicolas, WERNER Jérôme, « La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire », Revue de droit bancaire et financier, Mars-Avril 2014, p. 14.

1056 Conseil d'Etat, 7 avril 2006, Rodriguez n° 257624.

1057 Conseil d'État, 20 décembre 2000, Société A. Conseils Finances, Recueil Lebon p. 638.

1696 Les sanctions administratives entrent dans le champ du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droit de l'Homme et des libertés fondamentales (exigence de motivation[1058], impartialité, proportionnalité[1059], principe de la personnalité des peines[1060] et exclusion des peine privatives de liberté[1061]).

1697 Ce pouvoir de l'administration a fait l'objet d'un encadrement dans le respect du contradictoire par l'introduction de l'article L. 141-1-2 du Code de la consommation qui prévoit qu'avant toute décision, l'administration devra informer la personne mise en cause de la sanction envisagée, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par un conseil de son choix.

La personne mise en cause dispose d'un délai de soixante jours pour faire part de ses observations écrites ou orales à l'administration. L'amende administrative ne peut être prononcée qu'à l'issue de cette procédure si les éléments fournis par la personne mise en cause ne sont pas considérés comme suffisants.

1698 Le législateur a également voulu encadrer le risque de cumul entre l'amende administrative et l'amende pénale, dans ce cas, le montant total des amendes prononcées à l'égard d'une personne pour les mêmes faits ne pourra être supérieur au plus élevé des montants de l'amende administrative ou pénale encourue.

1699 Ces dispositions incitent également à une réévaluation des risques liés à l'activité au regard non seulement des sanctions nouvelles mais aussi de la volonté affichée d'une sanction plus rapide et plus systématique des manquements aux obligations légales en matière de consommation.

b) L'action de groupe

1700 La loi du 17 mars 2014 introduit l'action de groupe qui permet d'ouvrir une voie de recours aux consommateurs suite aux manquements des entreprises au Code de la consommation ainsi qu'aux pratiques anticoncurrentielles.

1701 Cette action permet l'introduction d'une **action judiciaire civile au nom d'un groupe de personnes.** L'objectif poursuivi est de permettre à des

---

1058 L'administration doit faire figurer dans la décision qui formalise la sanction, les éléments de droit et de fait qui ont conduit l'administration à l'adopter (Conseil d'État, 23 mars 2005, Stilinovic, Recueil Lebon p. 954.

1059 Conseil d'État, 6 décembre 2002, Marchand, Recueil Lebon, p. 449.

1060 Conseil d'État, 6 décembre 2002, Marchand, Recueil Lebon, p. 449.

1061 Conseil Constitutionnel 28 juillet 1989, décision n° 89260.

consommateurs floués d'accéder plus facilement à une réparation de leur préjudice, y compris pour des montants qui ne justifieraient pas l'introduction d'une action classique. Elle rééquilibre les pouvoirs entre consommateurs et professionnels.

1702 La procédure est prise en charge par des associations de consommateurs agréées qui avancent les frais de justice.

1703 La loi s'applique à toute obligation contractuelle, née « de la vente de biens ou de la fourniture de services », par conséquent, elle peut s'appliquer à la vente de tout type de biens, donc même des titres financiers, et à tout type de services, même les services bancaires[1062].

1704 Dans le domaine bancaire où les risques financiers transmis aux consommateurs se disséminent massivement, les enjeux de l'action de groupe apparaissent considérables du fait de la bancarisation de la société française. 94°/° des ménages disposent d'au moins un produit d'épargne[1063], bon nombre d'opérations relèvent des opérations de masse de sorte que les clients sont souvent placés « dans une situation similaire ou identique [1064]».

1705 Elle risque d'être importante car les risques financiers transmis par les banques aux particuliers sont eux-mêmes très élevés.

1706 En conséquence, c'est la consommation bancaire dans son intégralité qui pourrait être touchée à travers les produits et le services de banques, d'assurances et autres institutions financières.

1707 Une attention particulière sera donc portée sur la documentation liée aux produits bancaires et aux avantages présentés, source de conflit entre clients et établissements de crédit.

1708 L'action de groupe encadrera plus fortement le surendettement et les offres de crédits octroyés aux particuliers, notamment les prêts à la consommation.

1062 DAIGRE Jean Jacques, Banque et droit hors série « Quelques observations sur l'action de groupe dans le secteur bancaire », novembre 2014.

1063 INSEE, enquête de patrimoine 2013.

1064 Article L. 423-1 du Code de la consommation.

1.2 – Au niveau européen

1709 Au niveau européen, l'harmonisation des règles de protection se renforce et le domaine d'intervention de la banque centrale a été étendu pour assurer une unité du contrôle des banques systémiques.

a) Le renforcement de l'harmonisation des règles.

1710 La directive[1065] sur les services des paiements fournit le cadre juridique à la mise en place d'un marché européen unique des paiements. Elle vise à instaurer un ensemble de règles applicables à tous les services de paiement dans l'Union européenne pour rendre les paiements transfrontaliers aisés, efficaces et aussi sûrs que les paiements effectués à l'intérieur d'un Etat membre.

La directive vise à renforcer la concurrence en ouvrant les marchés de paiements aux nouveaux venus[1066], ce qui permet d'accroitre l'efficacité et de réduire les coûts.

1711 Les sociétés de financement[1067] qui sont prestataires de services de paiement sont désormais soumises aux mêmes normes de réglementation et de surveillance que tous les autres établissements de paiement. En France, elles sont agréées par l'ACPR.

1712 Cette directive pose également le **principe du remboursement inconditionnel des prélèvements automatiques**, excepté dans le cas où le bien ou le service payé a été consommé ou si les pertes sont dues à une négligence de la part de l'utilisateur.

De surcroît, elle abaisse le plafond que les utilisateurs pourront être tenus d'assurer en cas de paiement non autorisé à la suite d'une perte ou d'un vol de carte de paiement[1068].

[1065] Directive adoptée par la commission européenne le 24 juillet 2013 et définitivement par le Parlement et le Conseil le 25 novembre 2015. (Directive 2015/2366/UE).

[1066] Etablissements qui proposent des opérations de paiement associées à un compte (ex. Slimpay qui permet de gérer des mandats de prélèvement électronique), les transferts de fonds et les instruments de paiement (ex. Portefeuille électronique).

[1067] Les sociétés de financement sont des personnes morales autres que les établissements de crédit qui effectuent, à titre de profession habituelle et pour leur propre compte, des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément (article L. 511-1 du Code monétaire et financier).

[1068] 5o euros contre 150 euros.

1713 Les contrôles sont effectués par l'ACPR, la CNIL et la DGCCRF et les sanctions peuvent aller jusqu'au retrait de l'agrément de l'établissement de paiement.

1714 Depuis 2014 l'Union bancaire se met en place avec la création d'une supervision unique pour toutes les banques de la zone euro mais aussi un mécanisme de résolution des crises bancaires. Il s'agit de **renforcer la confiance des investisseurs dans la zone euro** et ses banques, de protéger les épargnants et de favoriser la croissance de l'économie européenne.

1715 Les projets européens de réforme structurelle des banques et de taxe sur les transactions financières risquent de pénaliser la compétitivité des banques françaises et menacent la place financière de Paris[1069].

1716 En ce qui concerne les projets de réforme structurelle, le ratio de fonds propres « durs »[1070] introduit par le Comité de Bâle en 2006 pour une proportion de 4°/° des risques à l'actif (risque de crédit, risque de marché et risques opérationnels) va, conformément aux prévisions de Bâle III[1071] connaître une hausse progressive à 7°/°. Bâle III prévoit également deux ratios de liquidité :

- ratio de liquidité à court terme (Liquidity coverage ratio), pour le respect duquel les banques doivent disposer d'actifs de qualité, facilement cessibles et suffisants pour renforcer leur trésorerie en cas d'assèchement du marché interbancaire ou de retraits massifs des dépôts par la clientèle sur une période de trente jours.
- Ratio de liquidité à moyen-long terme (NSFR : net stable funding ratio) qui représente la capacité de la banque à disposer de ressources à long terme pour financer ses emplois longs. Les banques devront émettre un montant de titres de dettes à long terme pour poursuivre leur activité de crédit, ce qui aura pour effet d'augmenter le coût des ressources ou de pousser les banques à titriser les financements accordés.

1069 « Les banques au cœur du financement de l'économie », le secteur bancaire en 2014, fédération bancaire française, p. 10.

1070 Les fonds propres durs sont la partie la plus stable des capitaux propres des banques. Ils sont composés du capital social, des résultats mis en réserve et des intérêts minoritaires. Ces derniers représentent des quotes-parts des capitaux ou des résultats nets des filiales consolidées par intégration globale qui revient aux actionnaires minoritaires de ces filiales et non à la société mère. Les comptes d'une filiale sont consolidés par intégration globale lorsque la société mère en détient le contrôle exclusif, c'est à dire la majorité du capital ou de droit de vote. L'intégration globale consiste à reprendre pour leur intégralité au bilan de la société mère, tous les éléments qui constituent l'actif et le passif de la filiale, et au compte de résultat toutes les charges et tous les produits qui en déterminent le résultat net. Lorsque la filiale n'est pas contrôlée à 100°/° par la société mère, il convient de faire apparaître au bilan et au compte de résultat, les droits des autres actionnaires, dits minoritaires, sur les capitaux propres et les résultats de la filiale.

1071 Supra chapitre 1, p. 77.

1717 Bâle III introduira à partir de 2018, le ratio d'effet de levier qui correspond au total du bilan de l'établissement bancaire par rapport à ses fonds propres. Il s'agit de limiter l'endettement des banques par rapport à leur capital avec pour conséquence la réduction de la rentabilité pour privilégier la baisse des risques.

1718 Les banques françaises ont un ratio de levier plus élevé que dans d'autres pays à cause de leur modèle universel[1072]. Elles devront restructurer leurs activités pour baisser leur effet levier, ce qui va représenter un coût important.

1719 Les nouvelles dispositions peuvent faire courir des risques importants en matières d'adéquation aux objectifs ou d'impacts sur l'économie réelle. En France l'industrie bancaire et financière représente uniquement 4,5°/° du PIB, l'intermédiation apporte environ 80°/° des capitaux nécessaires à l'économie, seuls 20°/° proviennent directement des marchés.

1720 La structure des banques françaises a bien résisté à la crise. Les nouvelles règles s'appuient sur une réponse unique : sécurité, c'est à dire renforcement des fonds propres, pourtant la crise peut s'expliquer de différentes manières : des négligences en matière de surveillance interne et externe, le manque de fonds propres ciblés sur certaines activités de marchés, une mauvaise structuration de produits trop complexes mal vendus mais aussi mal achetés[1073].

1721 Pour MESTRALLET G.[1074], la priorité devrait être à une meilleure supervision, surveillance. Les nouvelles exigences en fonds propres qui aboutissent à geler trop de capitaux peuvent avoir de graves conséquences telle que la pression sur le coût du capital, l'augmentation du coût des ressources bancaires, du coût de l'intermédiation et une diminution de l'offre en fonction de la rareté des capitaux disponibles.

1722 Ces mesures risquent de modifier le modèle de financement de l'économie Française en diminuant la part des financements bancaires au profit de celle des marchés qui eux sont moins régulés.

Il conviendrait donc de prendre en compte l'incidence sur l'économie réelle des nouveaux ratios de liquidité des banques, de renforcer le processus de surveillance moins couteux et plus efficace que la seule augmentation de capitaux.

1072 Les banques universelles ou globales sont des grands conglomérats financiers qui regroupent les différents métiers des banques de détail, des banques de financement et d'investissement et des banques de gestion d'actif.

1073 Paris Europlace livre blanc 2012-2015, « 20 propositions pour relancer le financement de l'économie et la croissance durable », p. 17.

1074 MESTRALLET Gérard, président de Paris Europlace.

1723 Le **projet de taxe européenne sur les transactions financières** (TTF) constitue un obstacle majeur à la mise en place et au développement d'une union des marchés de capitaux. Prévu dans les onze pays sur vingt huit uniquement, il crée une distorsion de concurrence et une fragmentation fiscale majeure au sein de l'Union européenne[1075].

1724 L'assiette de cette taxe est en cours de définition. Si elle intègre les actions et les obligations des entreprises ainsi que les produits dérivés, elle aura des conséquences graves pour les entreprises en termes de renchérissement de leurs coûts de financement et d'accès au marché. Elle aura aussi un aspect néfaste sur la place de Paris qui perdra en compétitivité et en emplois du fait de la délocalisation de pans entiers d'activités financières des banques et de leurs clients.[1076]

1725 La Banque centrale devient un acteur incontournable dans la surveillance des établissements de crédit. Son action complète celle de l'Autorité bancaire européenne.

b) La Banque Centrale Européenne nouvel acteur clé de la supervision bancaire

1726 Le contrôle bancaire, confiné dans les limites nationales se révèle inefficace. Les Autorités de surveillance doivent tirer des leçons de la crise financière et renforcer leur supervision sur des établissements de crédit complexes et interconnectés.

La solidité de ces derniers reste étroitement liée aux politiques menées dans l'État membre dans lequel ils sont établis. En conséquence, lorsqu'il existe un doute sur le caractère soutenable de la dette publique et les perspectives de croissance domestique, les menaces pesant sur le marché s'aggravent.

1727 Le renforcement mutuel des instabilités entraîne le fait que la détérioration de la situation d'un seul Etat membre peut mettre en péril le développement économique et la stabilité de l'ensemble de la zone.

1728 Depuis le 4 novembre 2014[1077], la BCE assure un rôle central dans la supervision et le contrôle des principales banques européennes. Il lui revient de

---

[1075] « Les banques au cœur du financement de l'économie », le secteur bancaire 2014, Fédération Bancaire française, p. 3.

[1076] « Les banques au cœur du financement de l'économie », le secteur bancaire en 2014, fédération bancaire française, p. 23.

[1077] Date d'entrée officielle du Mécanisme de Surveillance Unique qui avec la mise en place du Mécanisme Unique de Résolution contribue à la création d'une Union bancaire au sein du marché intérieur. L'objectif est de soumettre les grands groupes bancaires aux mêmes règles prudentielles afin de prévenir les défaillances et de les traiter dans l'intérêt de

conférer l'agrément préalable pour l'accès à l'activité d'établissement de crédit[1078], de manière à ce que, de façon uniforme, seuls les opérateurs dotés de solides bases économiques et d'une organisation puissent assurer les risques spécifiques inhérents à la prise de dépôts et à l'octroi de crédit sur tout le territoire de la zone.

En amont, une évaluation de la qualité de toute personne qui envisage de prendre une participation importante dans un établissement de crédit est indispensable pour garantir en permanence la solidité des établissements de crédit.

1729 C'est la BCE qui est la mieux placée pour conduire une telle évaluation sans risque d'impositions de restrictions indues qui ne seraient pas dictées par des considérations d'efficacité prudentielle.

1730 Les missions de la BCE s'étendent à un contrôle sur base consolidée des compagnies financières holding lorsqu'il s'agit de groupes bancaires ou de conglomérats.

En effet, la BCE exerce ses pouvoirs sur les établissements de crédit, représentant un risque systémique, autrement dit les grands groupes bancaires[1079], notion appréciée suivant des critères de taille, d'importance pour l'économie de l'Union ou d'un Etat membre participant, d'importance au regard des activités transfrontalières, d'une demande d'octroi d'une aide financière publique directe du Mécanisme Européen de Stabilité financière (MES)[1080]. Ils font l'objet d'une publicité permettant de les distinguer des établissements qui relèvent des autorités de surveillance nationales[1081].

1731 **La BCE est habilitée à infliger des amendes et des astreintes** en cas de manquement aux obligations au titre de ses règlements et décisions conformément au

---

l'ensemble des parties prenantes. SYNVET H., « L'Union bancaire européenne. Présentation », RDBF, juillet 2014, dossier 24.

1078 Entre le 4 novembre 2014 et le début 2015, 21 procédures communes d'agrément ont été notifiées à la BCE : 7 concernant l'octroi d'agrément, 9 des participations qualifiées, 3 des retraits d'agrément bancaire et 2 des agréments devenus caducs. De même que 149 autres procédures : 115 portant sur l'évaluation de la qualité des dirigeants et 34 sur l'octroi de passeports. P. 69 du rapport annuel de la BCE sur les activités prudentielles en 2014.

1079 Article 6 du règlement UE n° 1024/2013, confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE L. 287/63 du 29 octobre 2013.

1080 Le MES prévoit de garantir la mobilisation de fonds pour faire face à une éventuelle défaillance d'un de ses membres et d'éviter la propagation de la crise à toute la zone euro. En contrepartie, les Etats bénéficiaires devront s'engager à prendre des mesures précises qui conditionnent l'octroi du prêt.

1081 BCE, Guide relatif à la surveillance bancaire, novembre 2014, p. 10.

règlement U.E. n° 1024/2013[1082]. Ainsi certaines procédures relèvent de sa compétence, c'est le cas de celles qui portent sur les établissements les plus importants, le respect du droit de l'Union européenne et les questions prudentielles. Il existe toutefois une procédure disciplinaire engagée devant l'ACPR à la demande de la BCE, en particulier pour les procédures visant les personnes physiques.

1732 Ainsi, dans le cadre du MSU, l'ACPR pourra être amenée à exercer son pouvoir de sanction à la demande de la BCE. L'ordonnance du 6 novembre 2014 modifie l'article L. 612-38 du Code monétaire et financier pour définir les conditions dans lesquelles l'ACPR peut prononcer une sanction à l'encontre d'un établissement de crédit à la demande de la BCE.

1733 L'article 134 du règlement relatif au MSU dispose que l'autorité nationale compétente n'engage une procédure qu'à la demande de la BCE concernant les entités importantes relevant de la supervision directe de cette dernière. Les dispositions de ce texte sont sans préjudice de la possibilité pour l'autorité compétente nationale d'engager une procédure de sa propre initiative en ce qui concerne l'application du droit national pour les missions non confiées à la BCE. Dans ce cas, la commission des sanctions de l'ACPR ne peut prononcer que des sanctions prévues à l'article L. 612-40 du Code monétaire et financier. Ces sanctions sont : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, le retrait total ou partiel d'agrément, une sanction pécuniaire d'un montant maximum de 10°/° du chiffre d'affaires annuel net. Lorsque l'avantage retiré du manquement peut être déterminé, la commission des sanctions prononce une sanction d'un montant maximum de deux fois ce dernier. En cas d'infliction de l'une de ces sanctions à un établissement de crédit, l'ACPR informe la BCE[1083].

1734 La supervision unique est exercée de deux manières sous la responsabilité de la BCE : d'une part **la supervision directe par la BCE sur des établissements « significatifs »** avec l'aide des autorités nationales de supervision, d'autre part la

---

1082 Afin d'accomplir les missions qui lui sont confiées la BCE peut conformément à l'article 18 infliger des sanctions pécuniaires « lorsque les établissements de crédit, des compagnies financières holding ou des compagnies financières holding mixtes commettent intentionnellement ou par négligence, une infraction à une exigence découlant d'actes pertinents directement applicables du droit de l'Union pour laquelle les autorités compétentes sont habilitées à imposer des sanctions pécuniaires administratives en vertu des dispositions pertinentes du droit de l'Union » (article 18 paragraphe 1) et des sanctions « en cas d'infraction à des règlements ou à des décisions de la BCE » (article 18 paragraphe 7 du règlement UE n° 1024/2013).

1083 Article L. 612-38, dernier alinéa du Code monétaire et financier.

supervision par les autorités nationales des établissements moins significatifs sous le contrôle et dans le cadre défini par la BCE.

1735 Sont « significatifs » les établissements dont le total d'actif dépasse trente milliards d'euros ou dont le poids dans le PIB du pays est supérieur à 20%[1084] à moins que son total d'actif reste inférieur à cinq millions d'euros ou qui a reçu une aide financière du fonds européen de stabilité financière (FESF) ou du mécanisme européen de stabilité financière (MESF)[1085]

1736 Même si aucune de ces conditions ne s'applique aux établissements de crédit d'un Etat membre, au minimum trois d'entre eux pour chaque pays devront faire l'objet de la supervision directe par la BCE sauf circonstances particulières.

1737 Le rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles en 2014 mentionne que l'évaluation complète des banques soumises à son contrôle a révélé que le ratio de fonds propres de vingt cinq banques étaient inférieurs aux seuils exigés dans le scénario de référence. Il leur a été demandé dans les deux semaines suivant la publication des résultats une stratégie de fonds propres précisant les moyens envisagés pour combler ce déficit. Pour cela, elles doivent faire appel à des sources de financement privées : bénéfices non distribués, baisse des primes versées, nouvelle émission d'actions ordinaires, cession ou réduction d'actif.

1738 La BCE veille, dans le cadre d'un processus global, à ce que les banques disposent de niveau adéquat de fonds propres et de liquidité mais aussi à ce qu'elles soient dotées de mécanisme de gouvernance, de stratégie et de processus internes adaptés pour permettre la gestion et la couverture adéquates de leurs risques. Pour cela, elle utilise la SREP [1086]; instrument de contrôle bancaire permettant d'analyser l'éventail complet des risques sur la base de données recueillies dans le cadre de la

---

1084 ACPR rapport sur la mise en place du mécanisme de supervision unique 13 novembre 2013

1085 Mise en place en 2010 pour venir en aide au pays en difficulté financière, le FESF est un organisme qui lève de l'argent sur les marchés avec une garantie apportée par les Etats de la zone euro, proportionnellement à leur participation dans le capital de la Banque centrale européenne. Il bénéficie de la meilleure notation possible, « AAA », des agences spécialisées et peut donc emprunter à des taux très avantageux. Il reverse les sommes collectées aux pays en difficulté à des taux moindre que ceux qu'ils devraient payer sur les marchés. Le FESF est doté d'une capacité effective de prêts de 440 milliards d'euros. Il peut acheter de la dette publique d'Etats en difficulté sur le marché « secondaire » où s'échangent des titres déjà en circulation, ce qui va soutenir les banques qui détiennent ces titres à la valeur dépréciée. Le 27 septembre 2012, le MESF (mécanisme européen de stabilité financière) a remplacé le FESF et peut désormais accorder des lignes de crédit préventives aux Etat membres et leur prêter de l'argent pour recapitaliser leurs banques.

1086 SREP : Supervisiory Review and Evaluation Process.

supervision continue, des inspections sur place et d'autres activités de surveillance prudentielle.

1739 L'objectif est d'instaurer une égalité de traitement en matière de surveillance et de réglementation bancaire dans l'ensemble des Etats membres participants.

1740 Les divisions de la BCE sont chargées de favoriser l'harmonisation des méthodes de surveillance, de promouvoir une approche intrusive en matière de contrôle bancaire et d'intensifier la coopération et la communication à l'intérieur comme à l'extérieur du MSU[1087].

1741 L'article 5 du règlement MSU a attribué à la BCE des missions spécifiques liées aux instruments macro prudentiels prévus par la législation européenne (CRD IV et CRR). La responsabilité première de la mise en œuvre de mesures macro prudentielles incombe aux autorités compétentes ou désignées nationales. La BCE peut imposer des exigences plus élevées en ce qui concerne les coussins de fonds propres et des mesures plus strictes que celles appliquées par les autorités compétentes ou désignées nationales[1088].

1742 En vertu du règlement MSU et du règlement cadre MSU, la BCE est tenue de veiller à ce que des mécanismes efficaces soient mis en place en vue de permettre à toute personne de signaler des infractions à la législation applicable de l'U.E. commises dans le cadre des missions confiées à la BCE par une entité soumise à la surveillance prudentielle ou une autorité compétente.

1743 L'activité de supervision et de contrôle de la BCE est complétée par celle de l'Autorité Bancaire Européenne (ABE).

c) L'ABE acteur de la convergence des pratiques de surveillance au sein de l'Union

1744 L'ABE, créé le 1er janvier 2011, lors de la mise en place du système européen de surveillance financière assure la régulation et la coordination des pratiques de surveillance nationale[1089]

1087 MSU : Mécanisme de Supervision Unique in rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles en 2014, mars 2015 p. 59

1088 L'article 16 du règlement MSU confère à la BCE un certains nombre de pouvoirs lui permettant de demander aux établissements importants qu'ils prennent à un stade précoce les mesures nécessaires pour remédier aux problèmes constatés. Elle pourra à ce titre exiger la détention de fonds propres supplémentaires ; l'affectation des bénéfices au renforcement des fonds propres, l'interdiction de distribution de bénéfices, la démission des membre de l'organe de direction…

1089 Règlement UE n° 1024/2013, considérant 7

1745 Le rôle de l'ABE est d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur en garantissant une surveillance et une réglementation appropriées, efficaces et harmonisées au niveau européen.

1746 La principale tâche de cette l'Autorité est de contribuer, par **l'adoption de normes techniques contraignantes et d'orientations à la création d'un recueil règlementaire unique dans le secteur bancaire**. Le recueil de réglementation unique a pour but de fournir un ensemble unique de règles prudentielles harmonisées destinées aux établissements financiers dans toute l'Union européenne qui contribuera à **créer des conditions de concurrence équitables et offrira une protection élevée aux déposants, aux investisseurs et aux consommateurs.**

1747 L'ABE joue également un rôle important dans la promotion de la convergence des pratiques de surveillance, afin de garantir une application harmonisée des règles prudentielles. Elle est chargée d'évaluer les risques et vulnérabilités dans le secteur bancaire européen.

1748 Parmi les tâches définies dans le mandat de l'Autorité, figurent les enquêtes sur les cas d'application insuffisante de la législation de l'Union européenne par les Autorités nationales, la prise de décision dans les situations d'urgence. C'est l'organe consultatif indépendant auprès du Parlement européen, du Conseil et de la Commission[1090].

1749 Le mécanisme de surveillance unique institue une supervision centralisée sous l'autorité de la BCE. Il implique toujours des autorités de supervision nationales, qui en font partie intégrante à la fois comme assistants du superviseur central et comme autorités de surveillance en première ligne.

1750 Dans l'espace couvert par le nouveau mécanisme, la surveillance des banques s'accomplira non seulement sur la base de règles matérielles harmonisées, mais encore suivant des règles de mise en œuvre uniforme décidées par la BCE.

1751 À une coordination entre autorités autonomes à compétence nationale, se substitue un « mécanisme » dirigé et piloté par un organe central avec lequel les autorités nationales doivent coopérer[1091].

1752 L'harmonisation de la supervision effectuée par la BCE et l'ABE dans le cadre du mécanisme de surveillance unique est une avancée importante mais sera t-elle suffisante pour prémunir de la résurgence des crises bancaires ?

[1090] www.eba.europa.eu

[1091] Prüm A. « L'Union bancaire européenne et les autorités de surveillance nationales » Revue de droit bancaire et financier n° 4, dossier 28, juillet 2014.

Ses nouvelles prérogatives ne sont-elles pas exorbitantes ? Ne feront-elles pas l'objet de recours systématique ? Les recours ne risquent-ils pas d'affaiblir la BCE et le mécanisme tout entier ?

1753 Comment accroître la responsabilité des établissements de crédit pour les préjudices causés à la société ?

2 – Le respect des principes éthiques et la responsabilité sociétale des établissements de crédit

1754 Quelle problématique en matière d'éthique des établissements de crédit ? En d'autres termes, comment les établissements de crédit doivent-ils intervenir dans l'économie réelle ? Quelles sont les conséquences de leurs actions ?

1755 Un des pôles de l'éthique est de veiller au bien de la communauté ou bien commun.

1756 Le rôle des banques ne devrait-il pas être en priorité d'assurer le financement de l'économie réelle source de croissance économique et de création de richesse pour l'ensemble de la société ?

1757 Les spécialistes du langage disent que l'éthique vient de deux mots grecs : ethos qui signifie la recherche du juste, du comportement juste, et ithos qui est la tenue de l'âme[1092].

1758 Quelle recherche du juste ? Comment la traduire en entreprise ?

1759 Le premier élément est celui du professionnalisme, la première éthique est d'être un bon professionnel, faire passer des valeurs humaines dans la qualité technique. En matière bancaire, il s'agirait d'adapter les conseils et les propositions commerciales aux l'intérêts du client principalement.

1760 La deuxième recherche du juste est le respect des règles et du bien commun. C'est aussi une approche qualitative de l'entreprise à travers la culture, une haute conception du service et du respect des clients. En matière bancaire la réduction des

---

[1092] SALIN Pascal, Actes du Colloque d'Aix en Provence 4-5 Juillet 1996, Librairie de l'université d'Aix en Provence : « Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, « Quelle éthique pour les entrepreneurs » p. 148.

risques par un strict respect de la réglementation prudentielle s'inscrirait dans cette perspective.

1761 Selon l'Institut Français des Administrateurs[1093] un grand nombre de crises auxquelles sont confrontés les établissements de crédit trouve leur origine dans le non respect des principes éthiques (rémunérations excessives, fraudes…).

1762 L'éthique est définie comme étant le respect des valeurs affichées par l'entreprise. Elle regroupe un ensemble de principes et de croyances qui dirigent la conduite des individus. Elle a pour ambition de rechercher par une réflexion personnelle, la bonne et la mauvaise façon d'agir[1094].

1763 L'éthique est une compétence fondamentale pour les professionnels qui ont besoin de donner un sens à leur activité, de prendre les décisions les plus justes possibles et de pouvoir les justifier ou les argumenter[1095].

1764 Pour Jean-Jacques NILLES, « l'éthique est aujourd'hui une dimension clé du management pour les entreprises de plus en plus conscientes de la nécessité de répondre aux attentes de leurs parties prenantes : actionnaires qui souhaitent voire sécuriser la stratégie de l'entreprise, les clients qui veulent être rassurés sur les produits qu'ils achètent, les fournisseurs recherchant des relations de partenariat fondées sur la confiance, les salariés en quête d'un environnement de travail sain, et du sens à leur engagement ». L'éthique est une modalité du contrôle qui repose sur la prévisibilité des comportements, leur lisibilité[1096].

1765 Les programmes de conformité qu'établissent les entreprises doivent promouvoir et contrôler la mise en œuvre des valeurs[1097].

[1093] Institut Français des Administrateur (IFA) rapport octobre 2012 « Rôle de conseil d'administration en matière éthique »

[1094] ISAAC Henri et MERCIER. Samuel, IXe conférence internationale de management stratégique « Perspective en management stratégique » AIMS 2000.

[1095] Les critères de l'éthique en matière bancaire portent sur les questions suivantes : comment la banque investit-elle l'argent qui lui est confié ? prête t-elle attention à l'emprunte carbone de ses activités ? Est-elle respectueuse des conditions de vie des travailleurs ? Joue t-elle la transparence ? Evite t-elle d'investir dans le commerce des armes ?

[1096] NILLES Jean-Jacques « éthique et entreprise : réalité ou illusion ? Conférence à l'Institut des études politiques de Paris, Perspective en management., Février 2017.

[1097] L'engagement éthique des banques prend de nombreuses formes que celles-ci tentent de traduire de manière opérationnelle pour les mettre en valeur. C'est le cas par exemple de la gouvernance d'entreprise, du rôle de restructuration et de financement à long terme de l'économie, de l'empreinte écologique, de l'encrage social et sociétal, de la mobilisation des collaborateurs et de la prise en compte des parties prenantes externes telles que les ONG et les organismes publics.

1766 Cette responsabilité incombe à la direction générale sous la supervision du conseil d'administration.

1767 L'obligation qui impose de façon croissante aux conseils d'administration et de surveillance de se saisir des questions éthiques résulte indirectement de la loi et plus directement de l'autorégulation (soft law).

1768 En effet, le Code de commerce ne contient pas de dispositions précises dans ce domaine, mais il définit les compétences du conseil d'administration de manière très large : le conseil d'administration « se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société par ses délibérations les affaires qui la concernent[1098] ». Quant au conseil de surveillance, il exerce le contrôle permanent de la société par le directoire, qui est lui-même investi des pouvoirs les plus étendus[1099].

1769 D'autre part des réformes récentes ont accru le rôle du conseil en matière de contrôle des risques surtout en ce qui concerne les sociétés cotées : le non respect des règles éthiques est un facteur de risque important, tant juridique et financier qu'en termes d'images.

1770 Ainsi la loi NRE de 2001 et la loi « Grenelle II » de 2010[1100] ont élargi les obligations de communication, la loi de sécurité financière de 2003 a renforcé le contrôle interne et la loi du 3 juillet 2008 oblige les sociétés cotées à faire référence à un code de gouvernance d'entreprise. Ces codes définissent les principes d'indépendance et les règles de déontologie[1101] des administrateurs qui contribuent au meilleur respect de l'éthique pour la société surtout dans les relations avec le marché.

a) Quelle pratique de l'éthique dans la relation client des établissements de crédit ?

1771 Le rapport Deletré de janvier 2009 sur le « respect des obligations professionnelles à l'égard de la clientèle dans le secteur financier » cherche à rétablir la confiance entre les établissements et leur clientèle.

Pour rédiger ce rapport, Bruno Deletré, inspecteur général des finances, a rencontré des interlocuteurs issus d'établissements financiers, des différentes autorités de supervision du secteur et des associations de consommateurs. A l'issue de ces

---

1098 Article 225-35 du Code de commerce.

1099 Article L. 225-68 et 225-56 du Code de commerce.

1100 Dispositions applicables aux établissements de crédit, notamment l'article L225-102-1 du Code de commerce modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 article 37.

1101 Le terme déontologie a été forgé par Jeremy BENTHAM dans un ouvrage posthume publié en 1834 « déontology or the science of morality ». la déontologie est la science des devoirs. Comme le note COURET (1992) « La déontologie est nécessairement l'expression opérationnelle d'une éthique des affaires. L'éthique donne les principes directeurs : la règle déontologique leur donne un contenu concret ».

entretiens, il a fait le constat d'une « cassure » du lien de confiance entre les établissements financiers et leurs clients « or le retour de la confiance est un préalable au rétablissements de circuits normaux de financement de notre économie et donc à la relance de l'économie ».

Le rapport fait une proposition essentielle, **l'inscription dans la loi des principes d'honnêteté et de loyauté des entreprises financières à l'égard de leurs clients.** Disposition que le rapport propose de rajouter aux principaux codes législatifs et qui obligerait ces établissements à garantir « le contenu exact, clair et non trompeur de l'information et des communications à caractère promotionnel fournies à leurs clients » et à « la prévention des conflits d'intérêts ». Chaque établissement devant définir ses propres règles de bonne conduite et de procédures pour les appliquer.

1772 En réponse à la défiance des épargnants échaudés par les dérives des établissements de crédit, **les règles de bonne conduite prolifèrent.** Parmi ces normes éthiques, certaines ont en commun de décliner la vertu[1102] cardinale[1103] de la loyauté[1104] dans la démarche commerciale[1105].

1773 **La source des exigences de loyauté imposées aux établissements de crédits se trouve dans l'article L. 533-1 du Code monétaire et financier** qui précise que les prestataires de services d'investissement[1106] « agissent d'une manière

---

[1102] Selon Platon, les vertus sont des attitudes fermes, des dispositions stables, des perfections habituelles de l'intelligence et de la volonté qui règlent les actes, ordonnent les passions et guident la conduite. Elles procurent facilité, maîtrise et joie pour mener une vie moralement bonne. L'homme vertueux est celui qui librement pratique le bien. Dans « La République », Platon (427-348 avant Jésus-Christ).

[1103] Quatre vertus cardinales identifiées depuis Platon jouent un rôle charnière dans l'action humaine : la prudence ou sagesse dispose la raison pratique à discerner en toutes circonstances le véritable bien et à choisir les justes moyens de l'accomplir, la tempérance assure la maîtrise de la volonté sur les instincts et maintient les désirs dans les limites de l'honnêteté procurant l'équilibre dans l'usage des biens, la force de l'âme ou loyauté c'est à dire le courage, la force morale appelée fortitude qui permet dans les difficultés la fermeté et la constance dans la poursuite du bien affermissant la résolution de résister aux tentations et de surmonter les obstacles, la justice consiste dans la constance et ferme volonté de donner moralement à chacun ce qui lui est universellement dû.

[1104] Principe de droit civil qui existe dans toute relation contractuelle. La loyauté ou bonne foi est une notion développée par DEMONGUE en vertu de laquelle le contrat ne doit plus être apprécié comme le siège d'intérêts antagonistes mais comme le creuset de l'intérêt commun des cocontractants. L'exécution d'un contrat implique un devoir de loyauté et un minimum de coopération entre les cocontractants.

[1105] MARLY Pierre-Grégoire « La loyauté et ses déclinaisons dans la relation client », Banque et Droit, hors série décembre 2013,

[1106] Les établissements de crédit sont amenés à assurer des services d'investissements pour lesquels ils se doivent de respecter l'article L. 533-1 du Code de commerce.

honnête, loyale et professionnel qui favorise l'intégrité du marché » et est illustrée par les notions d'information, de transparence, de connaissance du client, de mise en garde et de conseil.

1774 **La transparence** s'illustre dans l'information délivrée à l'épargnant qui doit être exacte, précise et sincère[1107]. L'article 223-2-II du règlement général de l'AMF impose à « tout émetteur de porter à la connaissance du public toute information privilégiée …, qui le concerne directement ». De surcroît une obligation de transparence spécifique pèse sur le prestataire de services d'investissement qui doit communiquer à ses clients les modalités de la rémunération qu'il perçoit au titre de la prestation qu'il rend à son client[1108].

1775 **La connaissance du client** a pour objectif, d'une part, de cerner son niveau de connaissance pour lui expliquer, en utilisant un langage adapté, les caractéristiques du produit financier proposé par le prestataire et qu'il cherche à souscrire. D'autre part de définir les objectifs du client pour que les investissements proposés ou choisis répondent à ses besoins. Pour ce faire, les informations communiquées doivent être adaptées à la situation de ce dernier, claires, exactes et non trompeuses[1109], prendre en considération le degré de complexité du produit.

1776 Lorsqu'il apparaît une incohérence entre le produit souhaité par le client et les informations fournies, le professionnel se doit de le mettre en garde[1110] et de le conseiller[1111]. Selon J.P. BORNET, c'est le double volet diagnostic et proposition qui caractérise le conseil loyal[1112].

1777 En présence d'un investissement spéculatif, le droit de l'investisseur est de connaître les risques particuliers qu'il encourt. L'intermédiaire financier est tenu, quelque soit la nature des relations contractuelles qu'il entretient avec son client de mettre en garde celui-ci contre les risques encourus dans les opérations spéculatives hors les cas où il en a déjà connaissance. L'existence de cette obligation et donc du droit corrélatif suppose la réunion de deux conditions : la première, objective, réside

---

1107 Article 223-1 du RG de l'AMF.

1108 Article 314-76 du RG de l'AMF.

1109 Article 314-10 du RG de l'AMF.

1110 Cas. Com., 13 juillet 2010, n°09-69638. En l'espèce, il incombait à la Caisse d'Epargne d'apporter la preuve qu'elle avait informé Mme X de l'insuffisance de couverture et des risques encourus en réalisant les opérations boursières litigieuses.

1111 Cas. Com. 19 septembre 2006 n°05-15305. Dans cinq arrêts rendus le 19 septembre 2006, la Cour de cassation a déclaré que la Poste (Banque Postale) avait été explicite lors de la vente du fonds Bénéfic à ses clients. Dans les faits, il était reproché à la Poste de ne pas avoir tenu sa promesse, c'est à dire de ne pas avoir assuré un gain de 23% à l'échéance du fonds. La Cour de cassation a jugé que les documents d'information fournis par la Poste à ses clients étaient clairs et que cette dernière n'avait pas failli à son devoir de conseil.

1112 Banque et Droit hors-série, décembre 2011, p. 10.

dans le caractère spéculatif de l'opération envisagée ; la seconde subjective tient à l'absence de risques par l'investisseur c'est à dire à sa qualité d'opérateur non averti.

1778 **La loyauté dans la relation commerciale se poursuit dans le cadre de l'exécution du contrat** lorsque les performances du produit commercialisé ne correspondent pas aux attentes et exigences du client. Plutôt que de s'en remettre immédiatement à l'intervention du juge, la loyauté implique une relation particulière entre le professionnel et le client qui les conduit à privilégier la médiation.

Ainsi, les établissements de crédit doivent désigner un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges relatifs aux services fournis avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels.

1779 De surcroît, la loi exige désormais, dans le cadre de la promotion des assurances vie et des produits d'épargne financiers proposés par les établissements de crédit que tout support publicitaire soit identifié comme tel et que son contenu soit exact clair et non trompeur.

Ce dispositif permet aux autorités de contrôle compétentes de sanctionner directement la publicité mensongère, sans avoir à caractériser une pratique commerciale trompeuse au sens du Code de la consommation[1113]. La Cour de cassation affirme que la publicité doit être « cohérente avec l'investissement proposé » et « mentionner les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages annoncés[1114] ».

Le consommateur doit être averti des risques liés aux avantages décrits dans le document publicitaire. C'est pourquoi l'ACPR dans sa recommandation du 23 mars 2011 portant sur la publicité des contrats d'assurance-vie en unités de compte composés de titres obligataires, proposés par les établissements de crédit, préconise d'inclure dans les publicités des précisions destinées à clarifier la nature et les critères de performance des supports visés.

1780 Dans le domaine du conseil, l'article L. 533-13 du Code monétaire et financier oblige les prestataires de services à s'enquérir auprès de leurs clients « de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur

---

1113 Code de la consommation, article L. 121-1 et suivants.

1114 Cas. Com., avril 2010, n°08-2133, bull. Joly bourse, juillet Août 2010, p. 336 note P.G. Marly.

recommander des instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation ».

1781 D'une manière générale, l'article impose au professionnel de demander à leurs clients « des informations sur leurs connaissances et leur expérience en matière d'investissement pour être en mesure de déterminer si le service ou le produit proposé aux clients ou demandés par ceux-ci leur conviennent ».

1782 **La loyauté est incompatible avec le conflit d'intérêts**. Dans le cadre de la prévention et la gestion des conflits d'intérêts, un professionnel tenu de protéger l'intérêt d'autrui ne doit pas faire primer sur celui-ci son propre intérêt[1115]. L'article L. 533-10-3 du Code monétaire et financier impose aux prestataires de services d'investissement « de prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher les conflits d'intérêts de porter atteinte aux intérêts de leurs clients », la notion de conflits d'intérêts recouvrent « ceux qui se posent entre, d'une part, les prestataires eux-mêmes, les personnes placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte ou toute autre personne directement ou indirectement liée à eux par une relation de contrôle et, d'autre part, leurs clients, ou bien entre deux clients, lors de la fourniture de tout service d'investissement ou de tout service connexe ou d'une combinaison de ces services ».

1783 L'ACPR, dans sa recommandation 2011-R-01 du 6 mai 2011 traite des conflits d'intérêts dans l'hypothèse où les supports d'unités de compte d'un contrat d'assurance-vie sont des titres de créances émis par une entité financièrement liée à l'assureur[1116] et préconise de recourir à des titres dont la rémunération ou la valeur de réalisation peut être objectivement déterminée, en recourant à un évaluateur indépendant au plan technique et financier.

1784 Dans le domaine des contrats d'assurance liés aux prêts bancaires la loyauté se traduit également par une obligation d'information et de conseil personnalisée.

Lorsque l'emprunteur adhère à une assurance de groupe garantissant le remboursement d'un prêt en cas de décès, d'invalidité ou autre, le banquier souscripteur et prêteur est tenu d'un devoir d'information et de conseil. La seule remise par la banque d'une notice ne suffit pas à satisfaire cette obligation.

Le fait que les stipulations du contrat d'assurance soient claires et précises ne suffit pas et ne change rien à cette obligation d'information et de conseil de l'assureur. A défaut, l'assuré peut prétendre à des dommages et intérêts au titre d'un manquement de l'assureur à son devoir d'éclairer son client.

[1115] Cuif, P.-F., « Le conflit d'intérêts – Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com., 2005 p. 7.

[1116] Dans cette hypothèse, la production et la distribution du contrat d'assurance, autant que l'émission et la valorisation des supports financiers relèvent des sociétés d'un même groupe.

Le banquier souscripteur proposant à son client l'adhésion à un contrat groupe[1117], ou l'assureur, doit éclairer l'assuré sur l'adéquation des risques couverts par l'assurance proposée à sa situation personnelle[1118].

Si le banquier souscripteur ne justifie pas avoir éclairé son client sur l'adéquation des risques couverts à la situation personnelle sa responsabilité peut être engagée même en présence d'une clause claire et précise du contrat d'assurance auquel l'emprunteur assuré a adhéré[1119].

1785 L'éthique est une solution aux relations contractuelles individuelles entre les établissements de crédit et leurs clients mais qu'en est-il au niveau collectif ?

Quelles sont les conséquences de leurs actions ? Comment veillent-ils aux biens communs ?

b) Quelle éthique pour les relations collectives ?

1786 Il existe en France, en droit bancaire des formes d'alertes éthiques sous forme de déclaration de soupçon instaurée pour certains corps de métiers dont l'activité est liée au maniement de fonds dans la lutte contre le blanchiment d'argent[1120]. De surcroît, la loi du 13 novembre 2007[1121], sans désigner explicitement le dispositif d'alerte éthique a instauré une protection des salariés qui dénoncent une irrégularité à leur employeur ou à la justice[1122].

[1117] Accord passé entre banques et compagnies d'assurance pour garantir leurs emprunteurs contre le risque de décès, d'invalidité et perte d'emploi Offre collective à tarif unique.

Les emprunteurs ne sont pas obligés d'y souscrire et peuvent préférer traiter avec leur propre assurance.

[1118] Arrêt Cour de cas. Chambre commerciale 29 janvier 2009 n° 07-19867. Bull 2009 I n° 7.

« Le banquier qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation … La connaissance par Mme X des stipulations du contrat d'assurance de groupe auquel elle avait adhéré ne pouvait dispenser chacun des banquiers de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts par ces stipulations, fussent-elles claires et précises, à sa situation personnelle d'emprunteur».

[1119] Cour de cas. Assemblée plénière 2 mars 2007 n° 06-15267.

[1120] Articles L 561-1, L 562-1 à L 562-10 et L 564-1 à L 564-6 du Code monétaire et financier.

[1121] Loi n° 2007-1598 du 1 » novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

[1122] Article L 1161-1 du Code du travail.

1787 Plusieurs réponses peuvent être apportées mais la plus importantes est celle qui concerne l'alerte éthique qui a fait l'objet de dispositions légales.

b.1) L'alerte éthique : la protection des lanceurs d'alerte[1123]

1788 L'alerte éthique est le fait pour un membre d'une organisation de révéler l'existence de pratiques illégales, immorales ou illégitimes dont l'employeur a la maîtrise, à une personne ou à un organisme susceptible de remédier à la situation[1124].

L'objectif est de mettre un terme aux activités constituant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général. Les bénéfices attendus sont la détection de fraudes et l'engagement de la responsabilité des dirigeants.

Elle renforce la confiance dans l'organisation et illustre une logique de transparence.

Quel est le cadre juridique actuel de l'alerte professionnelle ?

1789 Sur fond des affaires des Panama Pepers[1125] ou des Luxleaks[1126], les députés ont doté les lanceurs d'alerte d'un cadre protecteur par la loi Sapin 2 relative à « la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique » publiée au journal officiel le 10 décembre 2016[1127].

La commission des lois de l'Assemblée nationale a adoptée le 20 mai 2016 une série d'amendements concernant les lanceurs d'alerte qui portent sur une définition du lanceur d'alerte, prévoit une confidentialité des données le concernant, une protection contre les représailles au plan professionnel ainsi qu'une avance des frais de procédure.

1123 Expression créée dans les années 1990 par les sociologues CHATEAURAYNAUD François et TERNY Didier.

1124 CHARREIRE-PETIT Sandra, SURPLY Joëlle, « Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise » Revue m@n@gement 2008/2 vol. II, éditeur AIMS p. 113.

1125 Les documents ont mis en autre en lumière le rôle trouble de la Société Générale malgré ses engagements à ne plus travailler avec les paradis fiscaux.

1126 Scandale financier révélant le contenu de certains accords fiscaux très avantageux conclus avec les services fiscaux luxembourgeois par les comités d'audit pour le compte de nombreux clients internationaux. Trois personnes ont été poursuivies par la justice pour avoir fait fuiter les documents qui ont permis ces révélations.

1127 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

1790 Le lanceur d'alerte est toute personne qui a connaissance et signale de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, des manquements graves à la loi ou au règlement ou de faits porteurs de risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur.

Il agit de bonne foi sans espoir d'avantage propre ni volonté de nuire à autrui.

L'alerte pourra être donnée au sein de l'entreprise ou de l'administration concernée ou auprès d'interlocuteurs externes[1128], voire être rendue publique en l'absence de réaction ou en cas d'urgence.

1791 Dans le domaine bancaire, la responsabilité pénale du lanceur d'alerte de bonne foi ne pourra être engagée s'il divulgue des informations couvertes par le secret professionnel.

1792 De surcroît, le texte de loi pose création d'une agence nationale de l'alerte qui est chargée de recueillir et traiter les alertes, conseiller, accompagner et protéger les lanceurs d'alerte et d'informer le public sur la législation en matière d'alerte.

L'Agence nationale de l'alerte peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant elle, procéder à toutes vérifications ou enquêtes, recueillir toute information qui lui paraît nécessaire sans que son caractère secret ou confidentiel puisse lui être opposé.

Elle peut recommander de procéder à des modifications règlementaires qui lui paraissent utiles et peut consulter le Conseil d'Etat ou la Cour des comptes et rendre public leurs avis. Elle peut même demander de procéder à toutes études.

1793 Elle dispose de sanctions pénales en cas d'entrave au signalement d'une alerte ou de mesures de rétorsion à l'encontre du lanceur d'alerte.

Pour devenir un canal accessible de contrôle, l'alerte professionnelle doit être juridiquement sécurisée.

Quelle procédure suivre pour déclencher l'alerte ?

1794 Avant d'alerter, l'agent public ou privé évalue la nécessité d'un signalement et détermine les moyens adéquats. Sa démarche doit être guidée par les principes de nécessité et de proportionnalité.

[1128] Justice, défenseur des droits, ordres professionnels, associations.

En premier lieu il vérifie que la nature et la gravité de l'atteinte ou du risque d'atteinte à l'intérêt général justifient son intervention.

Ce que recouvre l'intérêt général a été progressivement précisé par la loi : il peut s'agir entre autre de faits de corruption,[1129] de situations de conflits d'intérêts[1130] ou de tout fait constitutif d'un délit ou d'un crime[1131] dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

1795 Quelque soit le motif de l'alerte envisagée, l'agent opère une pesée attentive de l'exactitude et de la gravité de l'information qu'il détient d'une part et de la nécessité de la divulgation, d'autre part il doit agir de bonne foi.

Le principe de bonne foi[1132] lui permet d'évaluer le sérieux de la démarche au service de l'intérêt général, il est le principe protecteur qui lui garantit un droit à l'erreur raisonnable, l'information pouvant se révéler par la suite inexacte malgré des apparences solides de véracité[1133].

1796 Lorsque l'alerte apparaît nécessaire, l'agent détermine le canal de diffusion le plus adapté en suivant un ordre de priorité et en respectant une échelle de proportionnalité. Il ne cherche pas à déstabiliser l'organisation à laquelle il appartient, mais à corriger les défaillances qui l'affaiblissent. **La priorité doit être donnée à une alerte endogène**, auprès des supérieurs hiérarchiques, des corps d'inspection ou de l'entité spécialement dédiée au traitement des signalements. Ce n'est qu'après épuisement des voies internes d'alerte et le constat définitif de leur inefficacité, que l'agent se tournera vers les canaux externes de diffusion, en prenant soin d'alerter la personne la plus à même de faire cesser l'infraction constatée ou de prévenir le risque redouté.

1129 Article 9 de la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, créant l'article L. 1161-1 du Code du travail.

1130 Article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

1131 Article 35 de la loi n°2013-117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, créant l'article L 1132-3-3 du Code du travail.

1132 Ce critère est repris par la législation nationale mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. (CEDH 12 février 2008, Guja c/ Moldavie, n° 142277/04.

1133 SAUVE Jean-Marc, Vice-président du Conseil d'Etat, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et procédures », 4 février 2015, Colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyens et Transparency International France à l'Assemblée nationale le mercredi 4 février 2015.

1797 Dans la plupart des cas, le premier canal externe à privilégier est la communication des faits à l'institution judiciaire[1134]. Le deuxième canal externe consiste à saisir les autorités administratives compétentes pour mener de manière indépendante des investigations, ou encore les organismes spécialement chargés d'assister les lanceurs d'alerte par exemple le service central de prévention de la corruption sur le fondement de l'article L 40-6 du Code de procédure pénale[1135].

Le dernier canal consiste à révéler des éléments aux médias.

1798 **Une fois l'alerte lancée, l'auteur bénéficie d'un statut protecteur contre toutes mesures de rétorsion ou de discrimination[1136]** et, le cas échéant lorsqu'un litige est porté devant le juge, de règles contentieuses spéciales.

Ainsi, la charge de la preuve est aménagée au bénéfice du lanceur d'alerte ; il lui revient d'établir « des faits qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de bonne foi », alors que la partie défenderesse se doit « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de la personne intéressée »[1137].

1799 Le lancement d'alerte est une solution parmi d'autres. L'avantage est qu'elle est déjà en place du fait de la législation.

Il convient cependant de le rendre effectif en veillant concrètement à la prise en charge et au traitement internes des alertes éthiques dans les organismes privés et publics.

L'inconvénient est que la première étape de la procédure qui consiste à révéler les faits aux supérieurs hiérarchiques, peut s'avérer être un frein à l'efficacité de la mise en œuvre si ces derniers ont contribué directement ou indirectement à la réalisation du fait objet de l'alerte.

1800 De surcroît, une récente étude de l'université de Greenwich indique que 83°/° des salariés ont déjà lancé l'alerte au sein de leur entreprise et que 60°/° d'entre eux

---

1134 Cette communication est même une obligation pour toute personne lorsqu'elle permet de prévenir ou de limiter les effets d'un crime.

1135 L'article L. 40-6 du Code de procédure pénale dispose « La personne qui a signalé un délit ou un crime dans son entreprise ou dans son administration est mis en relation, à sa demande, avec le service central de prévention de la corruption lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service ».

1136 La loi précise de surcroît que toute disposition ou tout acte contraire à la prohibition des mesures de rétorsion est nulle de plein droit.

1137 Article 25 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013.

n'ont jamais reçu de réponse de la part de leurs managers qu'elle soit positive ou négative[1138].

b.2) Les autres solutions éthiques

1801 Certains auteurs préconisent de nouveaux rapports de propriétés dans les sociétés de capitaux[1139], d'autres utilisent le concept de banque durable[1140] en réponse à la crise qui met en exergue le besoin de sécurité et de stabilité des acteurs économiques.

1802 Le concept de banque durable revient sur le cœur de métier de l'activité financière « entreprise solide avec des services performants qui a conscience de ses responsabilités à l'égard de la société et qui inscrit son action dans le temps notamment par des financements à long terme ».

b.2.1) La modification des rapports de propriétés entre les acteurs

Quels rapports de propriétés dans les sociétés de capitaux ?

1803 D'après Simon JOHNSON[1141], la crise est surtout due à la concentration de la finance entre les mains de quelques établissements assez puissants pour imposer leurs vues aux régulateurs ; de surcroît, la crise a encore accru cette concentration.

Les grandes banques ont pris le contrôle de la plupart des sociétés qui gèrent les fonds d'investissement pour le compte de tiers. Or ce sont ces fonds qui sont à l'origine de la norme de rentabilité financière qui s'est affirmée dans le monde. La présence de ces fonds sur la gestion des firmes a eu pour conséquence une financiarisation croissante en faveur des fonds, nouveaux actionnaires.

[1138] DEVILLIER Nathalie, « The conversation », 2 novembre 2015.

[1139] MORIN F, « Un monde sans wall street ? », Economie humaine, Seuil 2011, p. 165.

[1140] PAUGET G. et SAÏDANE D., « la finance durable une nouvelle finance », R. B. éditions

[1141] JOHNSON S. « Sloan School of Management, MIT ». Il était le conseiller économique et le directeur du département des études du FMI de mars 2007 à août 2008. Il a été détaché de la Sloan School Management à MIT. Il est expert du secteur financier et des crises économiques. Il travaille depuis 20 ans sur la prévention et l'atténuation des crises ainsi que sur les questions de croissance économique dans les pays avancés, à marché émergent et en développement. Ses travaux sont axés sur la manière dont les décideurs peuvent minimiser les chocs négatifs et gérer les risques que courent leurs pays.

1804 Avant la libéralisation, les taux de change et les taux d'intérêt étaient régulés par les États. Avec la libéralisation, ces taux ont pu être, dans un premier temps, contrôlés par les grandes banques centrales mais avec la globalisation financière, ce sont les pouvoirs privés, ceux des plus grandes banques mondiales qui sont, en grande partie à l'origine de leur évolution, et ce en fonction de leurs propres intérêts.

En raison de leur petit nombre et de leurs profits considérables ces banques forment aujourd'hui un oligopole puissant à l'échelle internationale, véritable opérateur des marchés financiers mondiaux et susceptible de les dynamiser mais aussi de les déstabiliser en cas de prises de risques excessives.

Cet oligopole n'est soumis ni à un contrôle politique ni à un contrôle démocratique. Il est contraint uniquement par des règlements prudentiels de portée limitée et élaborés a postériori et par des normes issues d'une autorégulation professionnelle une fois seulement que les difficultés ou les catastrophes ont été constatées.

1805 La nécessité de modification des rapports de propriétés dans les sociétés de capitaux se justifie par les exigences insensées de la valeur actionnariale c'est à dire la création de valeur pour les actionnaires soit les grands investisseurs institutionnels encore appelés gestionnaires institutionnels ou gestionnaires collectifs.

1806 Dans les années 1980 on passe d'un système de fonds à « prestations définies » (Défined Benefit (DB) à un système de fonds à « cotisations définies » (Defined Cotisation DC).

1807 Dans le premier système DB, le futur retraité connaît à l'avance le montant de la retraite qu'il va percevoir, car celle-ci est directement fonction des cotisations qu'il a apportées durant sa carrière. Le gestionnaire de fonds qui perçoit les cotisations doit donc assurer par ses placements en Bourse le montant de la retraite attendue. Il doit, par conséquent, gérer « en bon père de famille [1142]» les placements car c'est lui qui doit assumer en définitive, les risques liés aux opérations boursières.

1808 Au contraire, dans le système des fonds DC, le risque lié aux placements boursiers n'est plus assumé par le gestionnaire de fonds mais par le futur retraité. Dans ce système, le futur retraité connaît bien le montant de ses apports mais il ne sait pas à l'avance quelle sera la fraction de ses revenus qui lui sera versée au moment de sa retraite.

1809 Aux Etats-Unis, les cotisations versées par les futurs retraités d'une entreprise sont centralisées dans un « trust » qui n'a pas le pouvoir de gérer les sommes ainsi collectées mais qui, en revanche, a la possibilité de choisir les différents gestionnaires qui auront le droit de présenter leurs produits aux cotisants.

[1142] Expression aujourd'hui supprimée du Code civil et remplacée par la gestion « de façon raisonnable ».

Ce choix s'effectue sur la base de critère de performance financière. Les gestionnaires vont donc se livrer à une concurrence pour récolter l'épargne retraite et mettre en place une gestion des fonds beaucoup plus agressive puisqu'axée sur la recherche d'une rentabilité financière la plus élevée possible.

Les portefeuilles de placement évoluent vers une dominante « action » afin de bénéficier de la prime de risque de marché[1143]. Cette donnée pousse les fonds à chercher les couples rentabilité-risque les plus élevés possibles.

1810 Désormais, ceux qui gèrent les fonds deviennent les véritables maîtres de la valorisation des capitaux investis en bourse. Ils vont progressivement afficher leur pouvoir dans le monde de l'entreprise. De quelle manière ?

1811 En exigeant l'introduction de nouvelles normes dans le fonctionnement des entreprises cotées en Bourse. La principale de ces normes est celle de « la création de la valeur pour l'actionnaire » (shareholder value). Il s'agit de l'extraction d'une valeur auprès des firmes qui va au-delà du profit considéré comme normal[1144].

1812 Par leur nombre et par la puissance de leurs participations dans le capital des firmes cotées, ces investisseurs sont en mesures d'imposer aux directions des firmes un certain nombre de normes en matière de gouvernance d'entreprise dont la plus importante est celle d'une rentabilité financière fixée à 15%. Le montant de ce ratio s'est imposé sans qu'aucun fondement réel ait pu lui être assigné. Cette norme est conçue par les investisseurs comme un gage d'efficacité de leurs placements.

1813 Les pratiques liées à la valeur actionnariale[1145] touchent l'ensemble des firmes qui sont cotées dans les différentes places financières du monde.

[1143] La prime de risque de marché désigne un supplément de rendement exigé par un investisseur afin de compenser un niveau de risque supérieur à la moyenne. Historiquement, l'existence de la prime de marché permet aux actions d'offrir un rendement plus élevé que l'ensemble des autres formes de placements financier, même si le taux réel dégagé sur quinze ans ne permet en moyenne d'obtenir qu'un rendement réel de 6%.

[1144] Un profit est dit « normal » lorsqu'il résulte d'une maximisation sous contrainte. Il est atteint lorsque les revenus totaux d'une entreprise sont égaux à leurs coûts totaux sur un marché parfaitement concurrentiel. Le profit normal est inclus dans les coûts de production parce que c'est le montant minimum qui justifie pourquoi l'entreprise est toujours en activité.

[1145] Les investisseurs institutionnels, plus précisément ceux qui gèrent des ressources pour le compte de tiers, par leur nombre et par la puissance de leur participation, sont en mesure d'imposer aux directions des firmes un certain nombre de normes en matière de gouvernance d'entreprise. Parmi ces normes la norme financière c'est à dire l'exigence d'une rentabilité financière sur fonds propres de 15°/°, surplombe toutes les autres et est devenue le standard international à atteindre pour toutes les firmes qui souhaitent voir dans leur capital la présence de ces grands investisseurs.

1814 L'exigence d'une rentabilité financière fixée a priori implique un transfert de risque sur la gestion de l'entreprise[1146] qui se voit contrainte dès lors d'une obligation de résultat. Elle bouleverse complètement la gestion des l'entreprises.

Quelles conséquences sur la gestion des entreprises ?

1815 Tout d'abord l'instauration du mécanisme de stock-options. En attribuant aux dirigeants un droit de pouvoir acheter des actions de l'entreprise à un prix fixé à l'avance, appelé prix d'exercice, avec une décote par rapport au cours de Bourse[1147]. Les dirigeants sont incités à tout faire pour augmenter le cours boursier de l'entreprise, source de valorisation supplémentaire du capital détenu par les actionnaires.

Ensuite il y a l'introduction, dans les méthodes de management, du critère de l'EVA (Economic Value Added) qui mesure l'effet sur la rentabilité financière du recours à l'endettement, à partir d'une rentabilité économique donnée. Cette technique peut aussi être source de création d'une valeur supplémentaire pour les actionnaires en jouant seulement sur la structure des financements de l'entreprise.

Il y a également une tendance à la réduction du nombre de domaines d'activités liées à la recherche de performance financière. Pour les investisseurs qui subissent une asymétrie d'information vis à vis des dirigeants, la transparence financière d'une entreprise va de pair avec la réduction du nombre de ses activités. Elle permet aux investisseurs de contrôler le financement de chaque activité et de mesurer les résultats en fonction de leurs propres critères sectoriels.

Concrètement les entreprises réalisent des opérations de cessions ou de scission. Ces techniques permettent d'isoler et de coter, dans des structures juridiques distinctes et spécialisées, les différentes activités des firmes. Elles facilitent l'identification des activités apporteuses de valeurs. Cette transparence donne aux investisseurs le pouvoir de gérer la circulation des flux de liquidités et de valeurs économiques entre les différentes entreprises et activités du monde entier.

1146 PLIHON Dominique, commentaire au rapport du CAE « Les normes comptables et le monde post-Enron », CAE, n°42, 2003, p. 116. Par ce type de comportement, les investisseurs institutionnels transforment la vision de l'entreprise en en faisant un pur patrimoine financier dont il s'agit de valoriser l'actif. On est loin d'une conception de l'entreprise où « l'intérêt social » serait une valeur essentielle et dont le but serait la création de richesse grâce à la collaboration des parties prenantes.

1147 Ce système comporte en général un délai déterminé de deux à cinq ans. Si le dirigeant décide de lever son option, il achète les actions au prix d'exercice ; il réalise alors une plus-value lorsqu'il les revend. Il n'y a pas de risque de perte car si le cours de l'action est plus bas que le prix d'exercice, il n'exerce pas son option.

1816 La généralisation des pratiques liées à la valeur actionnariale entraîne des effets considérables sur la relation de travail, le marché du travail et l'organisation du travail. La flexibilité du marché du travail qui suppose une adaptabilité rapide de la force de travail déstabilise la formation des compétences qui, elle, au contraire, exige un temps long pour être efficace.

La flexibilité de la masse salariale, en faisant de l'emploi une variable d'ajustement, multiplie la mise en œuvre de plans sociaux alors même que les firmes dégagent du profit.

La flexibilité de l'organisation du travail fondée sur la seule recherche de résultats produit une dégradation des conditions de travail.

1817 La pratique de cette gestion fait de l'entreprise un patrimoine financier à valoriser et non un objet social dont le but serait la création de richesse grâce à la collaboration des parties prenantes.

Comment en sortir ? Comment revenir aux valeurs éthiques et morales ?

1818 Des initiatives éparses comme les régies de quartier, l'échange équitable, l'entrepreneuriat social apparaissent et renvoient à la notion « d'économie solidaire ».

1819 Depuis la concrétisation de l'emprise de la finance globale et libéralisée sur la sphère des activités économiques, on observe dans le secteur coopératif un retour aux valeurs fondatrices. L'économie sociale et solidaire s'affiche comme « la capacité de prise en charge collective par une population sur un territoire donné des affaires qui la concerne[1148] »

1820 L'économie sociale et solidaire n'est pas une solution crédible à long terme, elle ne peut répondre à tous les projets productifs du fait de son implantation territoriale, sa taille humaine et ses pratiques salariales. Elle est en opposition avec la réalité économique actuelle où la grande majorité de la production des biens et de services se réalisent dans les entreprises de moyenne ou grande taille.

1821 Juridiquement ces entreprises sont des sociétés de capitaux. Concrètement, ce sont les actionnaires qui détiennent la réalité du pouvoir. Ils nomment les administrateurs et décident de l'affectation des résultats, par ce biais ils maîtrisent la rémunération de leurs apports et l'avenir de la société.

[1148] PRADES Jacques, « Compter sur ses propres forces – initiatives solidaires et entreprises sociales» », éd. De l'Aubes, 2006.

1822 Comment favoriser le partage des richesses, source de croissance économique, et éviter que les investisseurs institutionnels et les banques ne se l'approprient au détriment des autres parties prenantes à la création de valeur ?

1823 Une solution serait d'après F. MORIN[1149] de **partager les pouvoirs entre les acteurs** et concevoir des organes de gouvernance en rapport avec la mise en place de nouvelles règles de partage. Un modèle qui combine à la fois, une règle pour les apporteurs de capitaux (une action = une voix) et une règle pour les apporteurs de force de travail (une personne = une voix). L'objectif est de partager le pouvoir et la négociation du résultat entre les apporteurs de fonds, les dirigeants et les salariés et se justifie par la prise de risque de chaque partie prenante.

Dans cette structure, le conseil d'administration se présenterait selon quatre composantes à parts égales ; les représentants des apporteurs de fonds, désignés par les apporteurs de fonds en fonction du nombre de parts détenus, des représentants des salariés choisis par les salariés de la firme, des personnalités qualifiées désignées à parité par les représentants des apporteurs de fonds et des salariés et dont le rôle est d'anticiper l'avenir à moyen ou long terme par leurs choix stratégiques d'investissements et de financement, le directoire de la société, tripartite où chaque collège désigne l'un des membres qui le constituent.

Cette organisation modifie la place des actionnaires dans l'entreprise, ainsi, chaque partie prenante peut s'exprimer pleinement dans le domaine de compétence qui est le sien.

Elle permettrait d'orienter l'activité, le financement des établissements de crédit vers l'économie réelle, de financer l'activité des PME viviers de l'emploi, de favoriser la rentabilité sur le long terme et de contribuer ainsi à une croissance économique durable.

1824 Outre la modification des rapports de propriétés dans les sociétés de capitaux, une autre solution est proposée et porte sur le concept de banque durable

1825 **b.2.2) La création d'une banque durable**

Une banque durable peut-elle être une solution à la crise ?

[1149] MORIN François, « Un monde sans wall street », Economie humaine seuil 2011, p. 168.

1826 G. PAUGET, D. SAÏDANE proposent en réponse à la crise le concept de banque durable qui met en exergue le besoin de stabilité et de sécurité des acteurs économiques.

Elle fait référence aux fondamentaux des établissements de crédit dont l'intermédiation repose sur la satisfaction des clients, une performance à long terme qui assure sa pérennité et une contribution à la stabilité du système financier.

1827 Ils partent du principe que la banque a été considérée comme une entreprise de service classique. Ainsi l'usage des fonctions de production appliquées à des activités non homogènes a eu pour conséquence une approche par les coûts qui ne prend pas suffisamment en compte la dimension du risque.

L'intermédiation bancaire traditionnelle a été négligée de même que son rôle de réducteur de l'asymétrie d'information. Ce qui a valorisé au sein des établissements de crédit le potentiel de rentabilité au détriment des préoccupations prudentielles.

Définition

1828 La banque durable serait une entreprise solide avec des services performants qui a conscience de ses responsabilités à l'égard de la société et qui inscrit son action par des financements à long terme.

Pour ce faire, elle doit reposer sur une gouvernance permettant d'assurer la production de produits financiers traçables et compréhensibles de tous, au service de la croissance sans que cette intermédiation, fondée sur un risque mesuré, ne menace la stabilité systémique.

1829 Pour ces auteurs, les critères déterminants la banque durable doivent être recherchés dans une meilleure appréhension du « risque management », une meilleure gouvernance, une plus grande diversification et une maîtrise de la taille.

1830 Le caractère **durable de la banque** s'expliquerait par la **« recherche d'un nouveau mode de production, conforme avec la pérennité de l'écosystème et le respect des ressources non renouvelables, une bonne gouvernance, une meilleure maîtrise des risques dans un contexte de forte volatilité et de**

spéculation entretenue par une liquidité abondante ». Croissance, risque et gouvernance (C-R-G) serait le nouveau paradigme de la banque durable.[1150]

1831 La croissance durable repose sur la confiance que les clients ont à l'égard de la banque et se traduit par une relation forte qui s'inscrit dans le temps. La banque est avant tout soucieuse des intérêts de son client, relation conçue dans une grande proximité, une connaissance et une implication réelle dans le milieu local, une disponibilité et la capacité à répondre instantanément et de façon pertinente aux attentes de segments de clientèle d'âges et de culture différents[1151].

1832 La gestion de la banque durable

1833 La gouvernance est entendue comme la prise en compte permanente et explicite des conséquences des décisions, c'est à dire la prise de risque de la banque sur son environnement économique et social. La banque est gérée dans une perspective à moyen terme, elle cherche une croissance régulière et une rentabilité en rapport avec son profil de risque.

1834 La gestion des risques occupe une place centrale dans le dispositif, elle est au cœur de la définition de la stratégie. La banque conserve une part significative des actifs qu'elle a financés dans son bilan. Ses critères d'appréciation des crédits prennent en compte l'impact économique, social et environnemental des investissements financés.

1835 Dans le cadre général, la gouvernance occupe une position centrale, elle a pour obligation de **définir les objectifs et la stratégie de la banque, déterminer son profil de risque, fixer le cadre des activités, protéger les intérêts des déposants, considérer l'ensemble des intérêts des parties prenantes**, aligner les activités et les mettre en œuvre de telle sorte que la sécurité des opérations soit assurée de même que le respect des lois et des règlements[1152].

1836 La gouvernance, pour être efficace et remplir pleinement son rôle doit se faire dans le respect de certains principes : les membres du conseil d'administration doivent avoir des formations appropriées et mises à jour en permanence, la compétence en matière de risque est déterminante car elle est le cœur du métier de la banque.

1150 G. PAUGET et D. SAÎDANE, « Firme bancaire : quel nouveau paradigme après crise » ? Revue d'économie financière, n°100, 2010.

1151 Le risque est que cela peut sous entendre que la banque développe une connaissance client, une segmentation, qui peut aller jusqu'à une certaine intrusion dans la vie privée du client. Notamment avec le digital. Risque qui devra être maîtrisé.

1152 Selon le Comité de Bâle ; Base Commitee on Banking Supervision, 2010.

1837 La stratégie de risque commence par la définition du portefeuille d'activités qui doit mettre en exergue la cohérence entre celui-ci et l'appétence aux risques des actionnaires et des principales parties prenantes. C'est d'ailleurs l'objectif visé par les nouveaux textes[1153] sur l'organisation de la gouvernance bancaire.

L'identification des compétences clées, leur croisement avec les savoirs faire requis dans les métiers que la banque souhaite développer sont nécessaires pour mieux appréhender le caractère durable d'une organisation bancaire.

1838 On peut toutefois se demander si une structure de contrôle et de sanctions est nécessaire dans la mise en œuvre du concept la banque durable.

1839 Responsabilité et éthique constituent-ils les seuls moyens qui permettraient aux établissements d'atteindre leurs objectifs ?

1840 Le journaliste HALEY SWEETLAND Edouard[1154] met en évidence quatre conditions pour qu'une réforme d'importance puisse avoir lieu ; la première est que **les pouvoirs publics expriment une volonté de réforme réelle** afin de dégager les compromis nécessaires et de renforcer les moyens des régulateurs dont les tâches sont de contribuer à définir le contenu technique des réformes et de surveiller leur mise en œuvre. La loi du 26 juillet 2013 en renforçant le pouvoir de l'ACPR s'inscrit dans cette voie.

1841 La deuxième condition est de **mettre à disposition des régulateurs toutes les informations dont ils ont besoin**. La finance reste globalement un monde où règne l'opacité de la prise de risque plus précisément dans le domaine de la prise de la connaissance des risques et de leur répartition.

De nombreuses dispositions sont mises en place pour assurer la transmission d'informations aux régulateurs mais ces dernières peuvent être tronquées, c'est-à-dire ne pas refléter la réalité. Même si des sanctions sont prévues, il est parfois difficile de constater la nature des infractions avant que leurs conséquences ne soient avérées. Ce

---

1153 L'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur bancaire.

1154 « He who makes the rules », Washington Monthly, mars- avril 2013.

fut le cas lors du scandale des prêts toxiques consentis aux collectivités publiques[1155], du scandale d'UBS[1156] ou d'HSBC[1157].

1842 La troisième est **la lutte contre l'asymétrie d'information**. Les établissements de crédit disposent d'informations privilégiées sur leur secteur qu'ils mettent en avant pour défendre leurs intérêts et se faire entendre, il serait nécessaire de mettre en place des institutions représentatives des intérêts de la société, de la stabilité du système financier en opposition à la course aux profits, des intérêts privés.

1843 Enfin, une réflexion est menée sur la finalité de la finance par la mise en œuvre des rapports de force en jeu et l'explication des enjeux[1158] entre les différentes mesures à mettre en place et le coût de l'inaction et ses conséquences[1159].

1844 Le réseau « financité [1160]» a préconisé des actions pour un comportement bancaire socialement responsable parmi lesquelles figurent :

[1155] Scandale des prêts toxiques en France ; les banques avaient proposés aux collectivités publiques des produits plus rémunérateurs pour elles mais beaucoup plus risqués pour les emprunteurs.

[1156] Scandale qui a éclaté par une note anonyme adressée à l'ACPR. La méthode utilisée par la banque ne laissait aucune trace dans le système informatique officiel de la banque et était destiné à enregistrer des ouvertures de comptes non déclarées.

[1157] HSBC s'est rendue coupable d'évasion fiscale à grande échelle, pour le compte de fraudeurs au fisc mais aussi de groupes criminels fichés. Criminels dont la banque a aidé à dissimuler l'argent dans des paradis fiscaux les plus opaques. Comment de tels individus ont-ils pu passer le filtre de l'obligation faite aux banques du monde entier de connaître leurs clients et de surveiller leurs comptes ? Comment de telles pratiques ont-elles pu exister au sein d'un groupe soumis à une double surveillance interne et externe ? Groupe réputé en Europe en matière de contrôles anti blanchiment. Le monde, 8 février 2015.

[1158] Dans l'affaire HSBC, la faiblesse des sanctions infligées s'explique, par une impuissance des pouvoirs politiques face à des mastodontes bancaires qui se relèvent toujours indemnes des pires scandales au nom de leur place dans le financement de l'économie. Avec 270 000 salariés dans plus de 80 pays, HSBC est un poumon de l'économie mondiale. Qui osera compromettre son avenir en la privant de sa licence bancaire ? D'après Mme Anne Michel journaliste du Monde et auteur de l'article « SwissLeack » : HSBC, la banque de tous les scandales, Le monde, 08 février 2015.

[1159] Tant que les profits réalisés par les actes frauduleux seront plus importants que les sanctions infligées, il y aura une incitation à la triche. Il faut donc obliger les banques à réparer les préjudices causés par leurs actes dans leur intégralité. Philipponat. T., membre du Collège de l'AMF. Les scandales bancaires entraînent des pertes financières pour des milliers d'investisseurs et des pertes morales et matérielles pour des milliers d'employés.

[1160] Anciennement « réseau financement alternatif, réseau belge dont le but est de promouvoir, par un travail d'éducation permanente l'éthique et la solidarité dans les rapports à l'argent

- l'arrêt des investissements dans les activités socialement nuisibles, il serait nécessaire d'instaurer une norme éthique pour encadrer l'investissement bancaire et interdire des financements qui créent de graves dommages sociaux ;
- la tenue de l'épargne hors de portée des spéculateurs et son injection dans l'économie réelle ; le gouvernement pourrait labelliser les banques qui investissent dans l'économie réelle pour que les épargnants puissent choisir leur banque en connaissance de cause ;
- La transparence des investissements bancaires par la mise en place de leurs publications ;
- La fin du secret bancaire et des transactions dans les paradis fiscaux.

1845 Pour prévenir la prochaine crise, d'après François MORIN dans un de ses ouvrages,[1161] il serait souhaitable d'enrayer l'expansion des produits dérivés, ce qui permettrait aux Etats de retrouver une souveraineté monétaire qu'ils ont actuellement perdue, d'instituer une monnaie commune, avec au préalable, pour favoriser une émission et une gestion centralisée la mise en place d'un institut ad hoc possédant la légitimité nécessaire pour asseoir sa crédibilité. La réintroduction de taux de change fixes, la restriction de la liberté des mouvements de capitaux par un contrôle des changes qui favoriserait les investissements à long terme et une taxation des transactions financières à un niveau dissuasif pour les capitaux les plus spéculatifs.

1846 La sénatrice Corinne BOUCHOUX propose deux pistes pour établir une atmosphère de prudente confiance qui soit partagée par les acteurs du milieu bancaire et financier et par le public et qui pourraient prévenir la résurgence des crises ;

1847 La première concerne la place des lanceurs d'alertes[1162] et des « repentis », la seconde, la composition des organes chargés de prononcer les sanctions, où siègent essentiellement des professionnels.

La composition actuelle des organes de sanction peut, selon elle, laisser penser que les membres de ces organes font preuve d'indulgence à l'égard de leurs pairs. Par

---

afin de contribuer à une société plus juste et plus humaine ». Mémorandum juin 2010 « 13 actions pour un comportement bancaire socialement responsable » p. 1-3.

[1161] François MORIN « l'Hydre mondiale, l'oligopole bancaire », Lux éditeur, 2015, p. 142-143.

[1162] Le Conseil de l'Europe, dans sa recommandation du 30 avril 2014, définit le lanceur d'alerte comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans un contexte de sa relation de travail qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé ».

conséquent, il serait judicieux d'élargir la composition de ces organes à des personnalités qualifiées telles que des universitaires[1163].

1848 Dans un rapport remis à l'Organisation des Nations Unis, les auteurs Arthur COHEN et Emanuel ROCQUE proposent une éthique particulière dans le domaine de la banque et de la finance qu'ils définissent comme l'ensemble des pratiques bancaires er financières utilisées par des acteurs qui s'astreignent à se conformer à des principes et à des procédures qui garantissent que tous les autres acteurs concernés soient traités équitablement avec respect et responsabilité.

De surcroit, ils formulent des recommandations. L'objectif est de prévenir des dysfonctionnements éthiques dans le secteur bancaire afin de réduire les risques systémiques et opérationnels qui pourraient en découler.

A titre d'exemple, les auteurs proposent que les banquiers assurent aux consommateurs une éducation financière sur les emprunts que contractent leurs clients pour éviter qu'ils ne s'engagent aveuglément dans la spirale du surendettement. Cet enseignement se ferait soit par le biais de séminaires soit dans le cadre d'entretiens entre conseillers bancaires et clients[1164].

1849 Est-il possible aujourd'hui d'avoir recours à ces solutions ?

1850 Une réponse semble difficile à formuler du fait des prérogatives conférées aux détenteurs du pouvoir de créer de la monnaie.

1851 Ainsi, selon Thomas JEFFERSON[1165] « le pouvoir de créer l'argent devrait être retiré aux banques et confié au gouvernement ». Il précise également « je pense que les institutions bancaires sont plus dangereuses pour nos libertés que des armées entières prêtes au combat. Si le peuple américain permet un jour que les banques privées contrôlent leur monnaie, les banques et toutes les institutions qui fleuriront

---

[1163] Supra, p. 88.

[1164] Rapport « Éthique et finance – recherches de solutions pratiques pour l'assainissement des comportements financiers et la réalisation des objectifs du millénaire pour le développement », rapport remis à l'ONU en juin 2014 qui propose des recommandations concrètes et facilement applicables qui sont, d'après les auteurs, autant de solutions pratiques pour réduire les risques opérationnels et systémiques.

[1165] Thomas JEFFERSON (1743 – 1826) est l'un des pères fondateurs des Etats-Unis. Président des Etats-Unis de 1801 à 1809.

autour des banques priveront les gens de toute possession, d'abord par l'inflation, ensuite par la récession, jusqu'au jour où leurs enfants se réveilleront, sans maison et sans toit sur la terre que leurs parents ont conquis ».

La crise de 2008, sans l'intervention des gouvernements, auraient eu des conséquences plus importantes sur les économies et augmenté le niveau général de pauvreté de l'ensemble des populations.

1852 En France, Napoléon Bonaparte[1166] précisait « lorsqu'un gouvernement est dépendant des banquiers pour l'argent, ce sont ces derniers, et non les dirigeants du gouvernement qui contrôlent la situation, puisque la main qui donne est au dessus de la main qui reçoit (…). L'argent n'a pas de patrie ; les financiers n'ont pas de patriotisme et n'ont pas de décence ; leur unique objectif est le gain ». Aujourd'hui, le financement des déficits budgétaires colossaux des Etats dépend en grande partie des établissements de crédit.

1853 Ces remarques toujours d'actualité, partent du constat qu'aujourd'hui seuls 5°/° de la monnaie mise en circulation est fiduciaire et relève des institutions publiques, les 95°/° restant sont de la monnaie scripturale créée par des établissements de crédit, institutions privées, autorisées à créer une forme de monnaie qui n'a pas d'existence matérielle et pour laquelle, elles perçoivent des intérêts, intérêts qui normalement devraient être la rémunération du travail de l'établissement[1167].

1854 Mais la création de monnaie scripturale résulte d'un seul jeu d'écritures et d'une reconnaissance de dette alors que le remboursement des intérêts par les emprunteurs nécessite l'utilisation de ressources de plus en plus rares et épuisables. Les défauts de paiement entraînent des faillites d'entreprises, du chômage et de la pauvreté.

1855 Les entreprises de l'économie réelle pâtissent fortement des déboires de la finance mais ne sont pas mobilisées pour agir en faveur d'un meilleur contrôle.

1166 Napoléon BONAPARTE 1769 – 1821.

1167 L'intérêt est la rémunération d'un prêt, sous forme généralement d'un versement périodique de l'emprunteur au prêteur. Pour le prêteur, c'est le prix de la renonciation temporaire à la liquidité. Pour l'emprunteur, c'est un coût correspondant à une utilisation anticipée.

1856 Pourquoi ne pas limiter le pouvoir de création monétaire des banques au montant de leurs dépôts et transférer la création sans dépôts préalables à une institution représentative de la population, des citoyens, acteurs économiques ?

1857 La création de toute forme de monnaie ne devrait-elle pas relevée d'une prérogative nationale ?

1858 Les amélioration possibles sont nombreuses : la création d'un tribunal spécialisé qui permettrait de ne pas éclater les procédures et de prendre en compte l'ensemble des conséquences des actes répréhensibles des établissements de crédit, n'est pas envisagée dans un avenir proche.

Le législateur a renforcé les poursuites à l'encontre des établissements de crédit par la création du procureur de la République financière, la mise en place de nouvelles circonstances aggravantes et l'alourdissement le montant des amendes.

1859 Malgré les lourdes amendes, les pratiques bancaires ne changent pas[1168]. Ce qui conduit à se demander si l'amende est une sanction suffisamment dissuasive[1169]. Si les pratiques ne changent pas malgré le montant exorbitant des amendes, c'est parce qu'un sentiment d'impunité demeure[1170]. Il s'expliquerait par le faible risque de découverte de l'opération illicite et la difficulté d'en apporter la preuve.

C'est pourquoi, la protection du lanceur d'alerte instituée par le législateur est une bonne disposition qui facilitera la preuve des infractions. Le dispositif en place sera d'autant plus efficace qu'il sera attractif pour le salarié qui dénonce par l'attribution, à ce dernier, d'une forte récompense.

1860 De surcroît, en matière d'amende, l'entreprise peut être tentée de faire le bilan coût/avantage et l'opération illicite peut mériter d'être faite tant que le profit qui en résulte demeure supérieur à la perte subie du fait de l'amende.

1861 Ne serait-il pas possible d'opter pour d'autres sanctions telles que les interdictions d'exercice et les retraits d'agrément ? Ces sanctions font obstacle à la

---

1168 Ce que souligne le **Professeur** Bradon L. Garret dans son livre « too big to fail – how persecutors compromise with corporations », Harvard University press, novembre 2014.

1169 Bonneau T. interview, « Comment vraiment punir les banques qui trichent puisque les amendes ne les dissuadent en rien »

1170 Bonneau T. « L'amende une sanction efficace ? », Revue internationale des services financiers, Bruylant, mars 2015, p. 3.

poursuite d'activité et pénalisent l'ensemble des salariés alors que les opérations illicites sont généralement le fait de quelques salariés et de leurs dirigeants.

1862 Pourquoi ne pas centrer les sanctions sur les personnes physiques et non sur l'entreprise ?

C'est à leur égard que la sanction paraît la plus dissuasive. Si ces personnes se voient interdire temporairement ou définitivement, d'exercer leur activité, si elles encourent une amende dont le montant signifie leur ruine financière, et si le risque ultime est d'être incarcéré, pour une durée plus ou moins longue, alors la sanction devient efficace.

1863 Le risque d'une peine de prison est généralement dissuasif surtout lorsque ces personnes sont persuadées que les textes seront systématiquement appliqués et qu'elles ne pourront pas échapper à répression[1171].

[1171] Bonneau T., « L'amende, une sanction efficace ? », Revue internationale des services financiers, Bruylant, mars 2015, p 4.

CONCLUSION

1864 Le contrôle des établissements de crédit en France est une question d'actualité relancée depuis la crise de 2007 dont les conséquences sont encore très sensibles de nos jours.

Cette crise systémique est le résultat de crédits inconsidérés, incorporés dans des produits dérivés, distribués sur les marchés financiers aux USA et en France, comme à l'étranger. Elle a démontré l'insuffisance de l'encadrement et de la surveillance des activités bancaires et financières à l'échelon national, européen et international.

Cette crise a suscité de vives réactions, y compris en France pour renforcer les obligations bancaires et les sanctions applicables en cas de violation par les établissements de crédit.

1865 Les crises, dans leur ensemble mettent en lumière la nécessité de faire évoluer les organes de contrôle et la réglementation applicables aux établissements de crédit. En raison du rôle et de leur importance dans l'économie, l'activité des banques est soumise à des obligations spécifiques qui découlent notamment de règles dites « prudentielles ». Ces prescriptions sont issues de plusieurs sources normatives qui constituent ce que l'on appelle globalement la régulation bancaire. Cela inclut aussi bien les recommandations du G20 et du Comité de Bâle, les règles adoptées sous forme de directives et règlements européens qui complètent ou modifient même les obligations imposées aux établissements de crédit en France par le législateur, par le gouvernement et par les milieux professionnels.

Le respect de ses règles fait l'objet de contrôle dans le but d'assurer la stabilité bancaire et éviter le risque dit systémique, protéger les déposants et les emprunteurs. Il est nécessaire que les déposants des établissements de crédit soient assurés de recouvrer leurs dépôts à vue et à terme. De surcroît, les pouvoirs publics, pour des raisons économiques, cherchent à maîtriser la distribution de crédit pour en faciliter l'accès aux entreprises et aux particuliers.

1866 Les établissements de crédit interviennent également en tant qu'intermédiaires sur les marchés financiers en proposant des dérivés de leurs crédits (on a vu les dangers occasionnés par ce qu'on a appelé les « subprimes ».

1867 Les contrôles visent à limiter, voire éviter les dysfonctionnements des établissements de crédit qui peuvent constituer un frein à la circulation des capitaux et de ce fait au développement de l'activité économique et avoir des répercussions sur les autres établissements de crédit (effet domino). D'où des règles particulières imposer pour exiger un agrément bancaire afin d'exercer la profession bancaire et en avoir le monopole et des règles de fonctionnement spécifiques pour sauvegarder la stabilité économique et la confiance des acteurs.

Ces obligations sont soumises à des contrôles

1868 En France, le contrôle est principalement exercé par l'Autorité de contrôle prudentiel (ACPR), créée par l'ordonnance du 24 janvier 2010. Devenue Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) depuis la loi du 26 juillet 2013. Son statut et ses pouvoirs ont été intégrés dans les articles L. 612-1 et suivant du Code monétaire et financier.

1869 L'ACPR effectue :

- **Un contrôle interne** : les établissements de crédit ont pour obligation de se constituer sous la forme de personnes morales, le plus souvent à responsabilité limitée, mais avec des exigences spécifiques par rapport au droit commun des contrats notamment quant au montant important du capital social pour assurer leur solidité financière. Les règles de contrôle de droit commun des sociétés sont complétées par des règles particulières de contrôle interne dans les établissements de crédit (contrôle de conformité, ratios et exigence minimum de fonds propres, mise en place de procédure de surveillance quant à la couverture de l'ensemble des risques, principe de précaution pour accorder des crédits, publication d'informations quantitatives et qualitatives, etc. …)

- **un contrôle externe**, institutionnel qui est complété par celui d'autres autorités indépendantes :

  - L'Autorité des marchés financiers (AMF) susceptible d'intervenir lorsque les établissements de crédit proposent des produits financiers dérivés de leurs opérations de crédit et servent d'intermédiaires pour réaliser des services financiers, ce qui soulève la question du maintien ou non des banques dites universelles par opposition aux banques d'investissement ;

  - l'Autorité de la concurrence qui contrôle les concentrations et les ententes bancaires ;

  - la CNIL qui vise à la protection de l'usage des données personnelles dont les règles doivent être respectées par toutes les entreprises y compris les banques.

1870 Ces contrôles sont conjugués avec ceux des institutions administratives (DGCCRF) et judiciaires pour faire respecter l'encadrement législatif et règlementaire. Ils font peser de lourdes obligations sur les établissements de crédit.

1871 Des différences apparaissent pour la composition et la mission de ces autorités administratives et montrent que l'ACPR est moins sévère que les autres autorités de contrôle pour plusieurs raisons :

– La **composition de l'ACPR** : majoritairement avec les représentants de la profession, il en est de même pour l'Autorité des marchés financiers (AMF) et le Comité de Bâle. Ce dernier est composé exclusivement des représentants des banques centrales et inspire par ses recommandations les États pour l'adoption des règles prudentielles.

- La **complexité de certaines règles** imposées aux établissements de crédit : par exemple l'article 11-7 modifié du règlement CRBF n° 97-2, introduit par l'arrêté du 29 octobre 2010 impose aux établissements de crédit des procédures internes propres à assurer la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.
- L'**autocontrôle** qui concerne la procédure de surveillance et de gestion des fonds propres, car il appartient aux établissements de crédit de se doter de département d'audit internes chargés de vérifier la bonne application des procédures de prévention et de couverture contre les risques.

1872 Des réformes ont été mises en place pour améliorer le contrôle des établissements de crédit dans plusieurs domaines :

– **organisationnel** ; pour renforcer la responsabilité des établissements de crédit dans le cadre de leur gouvernance quotidienne et dans la prise en charge de leur capital en cas de difficulté ;

– **administratif** ; le renforcement des pouvoirs de l'ACPR

– **judiciaire** avec le renforcement des poursuites et la répression de certaines infractions économiques.

1873 Les réformes ont fait l'objet d'appréciations :

- Pour Catherine Lubochinsky[1172], les réformes vont dans le bon sens mais sont insuffisantes parce qu'elles n'empêchent ni les scandales financiers ni les gros mouvements financiers à tendance systémique. La complexité des règles incite les acteurs à les contourner. La

[1172] Lubochinsky Catherine, professeur à l'université Paris II Panthéon-Sorbonne, Centre de ressources en économie gestion, « La régulation de la finance et ses limites », 6 avril 2012.

supervision bancaire devrait avoir pour objectif de réduire la probabilité d'occurrence des crises et de limiter leur ampleur et leurs conséquences sur l'activité économique.

- Anton Brender[1173] suggère de remédier à la passivité de la régulation et d'exercer une surveillance dynamique pour faire face à l'innovation financière et adapter la supervision. Cette proposition vise à ce que la réglementation bancaire et financière s'adapte de manière continue aux évolutions des pratiques financières.

1874 Les établissements de crédit ont une mission de service public qui rend difficile leur contrôle. Acteurs clés de l'économie, il en assure le financement et participe à sa croissance, ils sont contributeurs d'emploi. Leur domaine d'intervention est très technique et toutes mesures d'entrave pourraient constituer un facteur de ralentissement de l'économie, c'est pourquoi l'Etat intervient pour limiter les risques et mettre en place une règlementation décidée en collaboration avec les professionnels.

1875 Les réflexions ont été menées suite à des recherches bibliographiques et des interviews avec des employés, des opérationnels de banques commerciales ou d'institutions de contrôle (ACPR). Ces derniers ont démontré une prise de conscience du rôle des institutions dans l'économie sans occulter le besoin de réalisation de profit que justifie la prise de risque.

1876 Il a été difficile de rencontrer des responsables, des décideurs d'institutions de contrôle.

1877 La présentation bien que descriptive met en lumière la structure des institutions financières de contrôle, leurs attributions en comparaison avec d'autres organismes qui supervisent cumulativement les établissements de crédit. Les sanctions infligées par ces dernières sont plus sévères que celles des premières même si le législateur cherche à les harmoniser.

1878 Plusieurs réponses sont apportées pour rendre les établissements de crédit responsables et limiter les risques qu'ils prennent : la séparation des activités bancaires, la mise en cause de la responsabilité des établissements, la création d'un tribunal des marchés financiers et surtout un cadre juridique en construction pour mettre en place une éthique professionnelle.

[1173] Brender Anton, directeur des études économiques chez Dexia Asset Management, Centre de ressources en économie et gestion, « La régulation de la finance et ses limites » 6 avril 2012.

1879 Comment accroître la responsabilité des établissements de crédit pour les préjudices causés à la société ?

1880 A l'heure où la technologie permet plus facilement aux clients de gérer eux-mêmes leur capital, la défiance des particuliers vis à vis de leurs banques expliquent le succès aujourd'hui de nouveaux acteurs issus de la Fintech[1174]. Elles attaquent les banques sur les moyens de paiement, point d'entrée de leur client, celui par lequel il accède ensuite aux autres services.

Cette offensive, dont le succès s'explique par la faiblesse du niveau des frais appliqués par rapport à celui des banques traditionnelles, la transparence, notamment en matière de rémunération assise uniquement sur les commissions pour garantir l'absence de conflit d'intérêts et la possession de big data sur leurs clients, est menée par les acteurs puissants comme Orange, Apple, Yahoo, Face book[1175].

1881 Cette concurrence exacerbée dans le domaine bancaire serait-elle une source de transformation du secteur en permettant notamment la modernisation des systèmes d'information pour remplir les nouvelles exigences d'analyse du risque ?

1882 De surcroît, les systèmes d'information traditionnels ne sont plus assez flexibles et évolutifs pour faire face aux nouvelles demandes, à l'augmentation des traitements.

1883 Les nouvelles technologie de l'information et de la communication peuvent favoriser davantage de transparence, une meilleure analyse des risques, une détection plus facile des fraudes internes par la mise en place entre autres d'outils de lutte contre la fraude.

1174 La Fintech est une start up qui maîtrise les technologies de l'information et de la communication et qui œuvre dans le domaine bancaire.

1175 ANDREU Guillaume, « La banque privée n'échappera pas à la digitalisation », Banque et stratégie n° 339, Novembre 2015.

1884 Certes les autorités de contrôle ne pourront pas vérifier toutes les informations mais il leur sera possible de s'assurer de la mise en place des technologies permettant le respect des règles exigées[1176].

1885 Le big data, atout technologique permettra t-il d'éviter la résurgence des crises bancaires ?

1886 Outre les dispositions européennes et nationales, certaines localités mettent en place des monnaies locales en complément de la monnaie nationale. L'objectif est de favoriser par la monnaie, une économie plus respectueuse de l'être humain et de son environnement naturel.

La monnaie locale est un moyen de consommer autrement en favorisant un surcroît de sens à l'activité des professionnels, et aux acheteurs d'une région, de réorienter leur consommation vers un réseau de producteurs, de commerçants, d'associations partageant les mêmes valeurs sociales, environnementales et humaines.

1887 L'utilisation de la monnaie locale favorise la création de richesse sur le territoire et renforce les liens sociaux et économiques en développant un système d'échange commun : la monnaie locale reste sur le territoire, chacun sait où va l'argent déboursé pour un produit ou un service. C'est un moyen efficace de transférer plus d'argent vers une économie réelle. C'est le territoire, avec ses propres besoins qui crée l'utilité de la monnaie. L'argent est orienté vers des banques éthiques sans alimenter le circuit financier spéculatif mondial.

1176 BONAZZI hervé, « Le régulateur financier mise sur les technologies du Big data pour surveiller les banques », interview AGEFI 31 décembre 2015.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

BASLE M., BENHAMOU F., CHAVANCE B., LEOBAL J., LIEPIETZ A., « *Histoire des pensées économiques : les fondateurs* », Editeur : Dalloz, 1997

BEIGNIER B., Déontologie, « *Dictionnaire de la culture juridique* », Lamy, PUF, coll. Quadrige, 2003.

BERGEL J. L. « *Méthodologie juridique, théorie générale du droit* », Dalloz coll. Méthodes du droit, 4e édition, 2004.

BONNEAU T., « *Droit bancaire* », Montchrestien 9eme éd. 2015

BOURREZ E., EMERY JL., « *Autorité des marchés financiers et commission bancaire – pouvoir de sanction et recours »* collection droit/fiscalité , revue banque édition 2008.

COHEN E., « *Penser la crise* », éditions Fayard avril 2010.

CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », Association H. Capitant, PUF, 8e éd. 2000

DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *Droit bancaire* », Dalloz, 8eme éd. 2004

GAVALDA C., STOUFFLET J., « *Droit bancaire* », Litec, 6eme éd.

GRANDIN P. et SAÏDANE D., « *La finance durable ; Une nouvelle fiance pour le XXIe siècle* » RB édition 2011.

LABARTHE D., RAGOT X., « *Monnaie, Banque et Marchés financiers* », 9eme édition Pearson.

LASSERRE CAPDEVILLE J., M. STORCK, C. CUTAJAR « *Ethique et finance* » Lamy axe droit 2013.

LOCKE J. (1632-1704) « *Traité de gouvernement civil* » publié en 1690. 2e édition 1999, éditeur Flammarion.

MAGNIER V., « *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?* » PUF, 2006.

MAINGUY D., RESPAUDJ. L., DEPINCE M., « *Droit de la concurrence* », Litec 2010.

MEKKI M. « *Introduction à la notion de conflit d'intérêts* », journées nationales de l'association Capitant H., Dalloz, thèmes et commentaires 2013.

MISHKIN F., BORDES C., HAUTCOEUR PC., LACOUET-LABARTHE D.,RAGOT X., « *Monnaie , banque et marchés financiers* », 10e éditions 2012. Edition Pearson collection éco gestion.

MONTESQUIEU (1689-1755) « *De l'esprit des lois* » publié en 1748, édition 1979. Flammarion éditions.

LELIEVRE V., « *Le système bancaire et financier français* », Editeur Bréal, septembre 2005.

LEROY BEAULIEU P. (1843-1916), « *Traité théorique et pratique d'économie politique* », Tome 1, édition 1914, éditeur Hachette (Bnf).

PIEDELIEVRE S., PUTMAN E., « *Droit bancaire* », éditions Economisa, 2011.

ROLLAND L., « Précis de droit administratif », Dalloz, 1953.

ROUBIER P. , « *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit* », Etudes offertes à G. RIPERT, LGDJ t 1, 1950.

SCHMIIDT D. « *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes* ». Editions Joly, 2004.

TEUBNER G., « *Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation* ». LGDJ. Stori-Scientia 1994

WALINE Jean, *« Droit administratif* », précis Dalloz 24e édition 2012.

OUVRAGES SPECIAUX

- ARCELIN-LECUYER L., « *L'entreprise et le droit de la concurrence français et communautaire* », édition Lexisnexis, 2003.

- AGLIETTA M. « *La crise : les voies de sortie* », Michalon édition. Mai 2010.

- ANQUETILA A., BON M., CARDOT F. CONNAN J. F., HIRECHE-BAÏADA L., HOMMEL T., NILLES J. J., ORRU S., SAINCY B., « Ethique de l'entreprise : réalité ou illusion ? », Editeur : l'Harmattan, collection Ethique et contextes, 2010.

- BENTHAM J. ouvrage posthume publié en 1834 « *Déontologie ou science de la morale* », Edition François Dagognet, Encre marine, 2006.

- BASLÉ M. BENHAMOU F. CHAVANCE B. GÉLÉDAN A, LÉOBAL J ; LIPIETZ A. « Histoire des pensées économiques les fondateurs », Sirey, 1997.

- BON M., ANQUETIL A., CARDOT F. CONNAN J.F., LOREA H.B., HOMMEL T., NILLES J.J., ORRU S.SAINCY B., « L' éthique de l'entreprise : réalité ou illusion ? ». Editeur, l'Harmattant, 2010.

.

- BONNEAU T. « Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR », Editions : Revue banque, 2000.

- BONNEAU T. DRUMMOND F. « Droit des marchés financiers », Économica collection, Corpus, droit privé, 2010.

- CONDOMINES A., « *Guide pratique du droit français de la concurrence* », Editeur Gualino, collection guide pro, 2013.

- De CHARRETTE H., avant propos marc DOMINGO, Pierre-Henri CONAC, Danielle LABETOULLE,, Jean jacques DAIGRE, Jacqueline RIFFAULT, « *Le contrôle démocratique des Autorités administratives indépendantes à caractère économique* », édition Economica, 2002.

- DEPRINCE M., MAINGUY D., « Le droit de la concurrence » 2eme édition, éditeur : Lexisnexis, collection Manuels, 2015.

- Document consultatif du Comité de Bâle du 27 octobre 2003 sur la fonction de conformité dans les banques « *Consultative Document on the compliance function in Banks* », publié par le Comité de Bâle, Horizons bancaires, 2004.

- GÉNÉREUX J. « L'économie politique » Editions Larousse Bordas, 1996.

- GREGOIRE Michèle, BUYLE Jean-Pierre, PROESMANS Pierre, RAES David « *Le droit bancaire et financier en mouvement* » BRUYLANT éditions ULB faculté droit et criminologie Barreau de Bruxelles.

- HAUTCOEUR P.C. « La crise de 1929 », édition La découverte, Collection repères, 2009.

- HIRSCH M. « Pour en finir avec les conflits d'intérêts », édition Stock, 2010.

- KEYNES J.M. (1883-1946), « La fin du laisser faire », 1924, essai traduit de l'anglais par Cotton F. Édition Agence Comeau& Nadeau Contre-feux, 1999.

- KOVAR J. Ph., LASSERRE CAPDEVILLE, J. « Droit de la régulation bancaire », RB édition, 2012.

- LE CERCLE TURGOT, Collectif EYROLLES, regards croisés de 45 économistes, « Grandeur et misère de la finance moderne », Edition Eyrolles, 2913

- LEVY-BRUHL H. « Droits de l'antiquité et sociologie juridique : mélanges Henry Levy Bruhl », Sirey, 1959.

- MAGNIER V. « Les conflits d'intérêt dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », PUF, 2006.

- MORET-BAILLY J. « Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner », LGDJ-Lextenso, collection forum, 2014.

- MORIN F. « *Un monde sans Wall-Street ?* », Economie humaine, seuil 2011.

- MORIN F. « *L'Hydre mondiale* », oligopole bancaire. LUX éditions, 2015 Collection « lettres libres ».

- NAUDEY Yves collection éthique et déontologie « *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires* », Actes du colloque d'Aix en Provence 4 et 5 juillet 1996. Editeur : Librairie de l'université d'Aix en Provence.

- Normes professionnelles de la Fédération bancaire française mars 2011 P. 8.

- PETIT N., « *Droit européen de la concurrence* », Éditeur Montchrestien, collection Domat droit privé, 2013.

- PLATON (427-348 avant Jésus-Christ). « La République ». Edition Flammarion, février 2002.

- Rapport du 26 janvier 2011 pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vkie publique, documentation française, collection rapports officiels, octobre 2010.

- PRADES J. « *Compter sur ses propres forces – initiatives solidaires et entreprises sociales* », édition De l'Aubes, 2006.

- RAMBAUD R. « L'institution juridique de régulation », l'Harmattant, Collection Logiques juridiques, 2012.

- ROLLAND L. « *Précis de droit administratif* », 2e édition, Paris, Dalloz 1928.

- SMITH A. (1723-1790) « *Théorie des sentiments moraux* » publié en 1759 PUF collection quadrige, mai 2014 et « *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* » publié en 1776, édition Économica 2000.

- TEUBNER D. « Droit et réflexivité : l'autoréférence en droit et dans l'organisation », LGDJ, Storia-Scientia 1994.

- VASSEUR M. (1921-1999) « *Droit et économie bancaire* », fascicule 1-A. Institutions bancaires. Les cours de droit 4e édition 1985-1986.

ARTICLES

Autorité bancaire européenne : Rapport annuel 2014

ACP : Rapport annuel 2011, 2012, 2013, 2015, 2015, Charte du contrôle de l'ACP juin 2010. Publication de l'IFACI (institut français de l'audit et du contrôle interne).

ACPR : rapport sur la mise en place du mécanisme de supervision unique 13 novembre 2013.

ACPR, « *Protection de la clientèle* », Revue n° 19, septembre-octobre 2014.

ACPR : rapport d'activité « *Les missions et le champ de compétence de l'ACPR* », 2015.

ACPR, recueil de jurisprudence ; 2012, 2013, 2014.

AJDA : n° 58, 2002.

AMF : Rapport annuel 2011, publié par l'AMF le 29 juin 2012.

AMF, « *Le guide du médiateur* », octobre 2012.

Autorité de la concurrence, rapport d'activité années : 2012, 2013, 2014, 2015.

AZI Abdelghani : « *Quelques questions juridiques soulevées par le statut de l'Autorité de Contrôle prudentiel* ». Gazette du Palais, 02 octobre 2010 N° 275 p. 28.

AWAD N. F., KRISHNAN M. S., » *The personalization privacy paradox* » MIS Quaterly (30.1), 2006.

BARRO R. « Journal of Publical Economie », 1974 « *Are governmant bonds net wealth* » p.1095-1117 et 1979 « *On the determination of public debt* », p. 940-971.

BCE rapport annuel sur les activités prudentielles en 2014, mars 2015.

BENDER Anton « La régulation de la finance et ses limites », Centre de ressources en économie gestion, avril 2012.

BOISSEAUX L., « *Les divergences de procédures entre l'ACPR et l'AMF font débat* », Les Echos, 30 janvier 2013.

BONAZZI H. *« Le régulateur financier mise sur les technologies du big data pour surveiller les banques* », AGEFI décembre 2015

BONNEAU T. « *Projet de réforme de la supervision financière européenne* », RTDF 2009, n°4.

BONNEAU T., « *L'ACP, un législateur occulte ?* », revue de droit bancaire et financier janvier février 2013, p. 1.

BONNEAU T., « L'amende, une sanction efficace ? », Revue internationale des services financiers, Bruylant, mars 2015, p. 4.

BORNET Jean-Pierre, Banque et Droit hors-série décembre 2011 « *Quelques propos sur la commercialisation loyale des instruments financiers* », p. 6-11.

BOUCHER R., « *Les pouvoirs de sanction des régulateurs financiers* », compte rendu de la commission des finances du Sénat du 28 janvier 2015.

BOUCHOUX C., « *Les pouvoirs de sanction des régulateurs financiers* », compte rendu de la commission des finances du Sénat du 28 janvier 2015.

BOUGERRA F., « Réforme du cadre législatif et règlementaire des agences de rating », Revue française de gestion, vol. 2, n°182, p. 63.

BOURREZ Emmanuelle, EMERY Jean –Louis, « *Autorité des marchés financiers et commission bancaire – pouvoir de sanction et recours collection droit/fiscalité* » revue banque édition 2008.

BRAIBANT G. « *Droit d'accès et droit à l'information* », in services publics et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert Edouard Charlier, 1981, PP. 703-710.

Bulletin Joly Bourse, 01 octobre 2011 n°10, p ; 528 « *Eclairage – L'arsenal normatif de l'Autorité de contrôle prudentiel* »

Bulletin officiel du CECEI et de la commission bancaire n° 24 février 2010.

CASSOU P. H. « *Les principales novations du CRD IV* », Revue Banque n° 741, 25 octobre 2011.

CLAESSENS S, POZSAR Z, RATONOVSKI L. et SINGH M. FMI research department "*Shadow banking: economics and policy*" 4 décembre 2012; G. GORDON et A. METRICK, Yale school of management National Bureau of Economic Research « *regulation the shadow banking system* », 18 octobre 2010

CNIL rapports années : 2011, 2013, 2013, 2014.

COUPPEY-SOUBEYRAN Jézabel, « Comment le secteur bancaire a t-il été réformé depuis 2008 », Ressources en sciences économiques et sociales, Dossiers thématiques, septembre 2016.

COURET Alain : « *Régulation financière sociétés cotées et société non cotées* », petites affiches, 03 juin 2002 N°110 p. 29.

CRAIG JAMES WILLY MSU « *La France perd le contrôle de ses banques* » Gouvernance économique européenne et démocratie française, 22 septembre 2013.

CUIF P.F., « *Les conflits d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé* », RTD Com 2005.

DAIGRE Jean-Jacques « *Le renforcement des pouvoirs généraux de l'ACPR* », Bulletin Joly Bourse, décembre 2013 p. 630-632.

DAIGRE Jean-Jacques « Pour la distinction des sanctions disciplinaires et des sanctions répressives », Revue Banque et droit n° 162 juillet-août 2015.

DAIGRE Jean-Jacques, « Quelques observations sur l'action de groupe dans le secteur bancaire », Banque et droit hors série, novembre 2014.

DEUMIER Pascale : « *Les qualités de la loi* », RTD civ. Janvier/mars 2005, p. 93-97.

DEBAETS Emilie : « *Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherche sur le concept d « indépendance »* » CRDC (centre de recherche en droit constitutionnel Paris 1), 2009.

DECOOPMAN Nicole : « *Le contrôle juridictionnelle des autorités administratives indépendantes* », Picardie CURAPP ESS éditions, 2002.

Déontofi – La lettre de la déontologie financière – n°1, 30 décembre 2011.

DE PEYCHPEYROU P., NICHOLSON P., « *Ne dites rien, je sais tout de vous, vente à distance et utilisation des données nominatives* », LSMRC research center, Université Lille 2 Nord de France, 2011.

DE TOCQUEVILLE J_G. « *Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien* », Revue de droit bancaire et financier, n° 1, 2012 p. 60.

DJERID S et PIGOT M., « *L'Autorité des marchés financiers : liaisons dangereuses entre sanction administrative et sanction pénale* », Revue Sorbonne OFIS – Avril 2014

DURKHEIM philosophy lectures (Anglais) : Notes from the lycee de Sens course 1883-1884 lecture 56. Traduit par Neil GROSS et Robert ALUN JONES, édition Cambridge university press, 2004.

ERNEST & YOUNG Etude « *Comprendre le comportement des clients dans la banque de détail en France* » février 2010.

FRENEAU L., « *L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations* », revue internationale de droit économique, 2007/1, T.1.

FRISON-ROCHE Marie Anne : « *Régulation et contrat : Présentation du thème et synthèse du 11eme forum de régulation* », Petites affiches, 03 mai 2005 N°87 p3.

FRISON-ROCHE Marie-Anne : Droit de la régulation bancaire et financière « *Régulation bancaire et juge* », 12-19 Mars 2014. Site mafr.fr/article/problématique-de-la-leçon-n3-concurrenceet-droit/

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « *Concurrence et droit de la régulation bancaire et financière* », février 2015. Site mafr.fr/article/problématique-de-la-leçon-n4-concurrenceet-droit/.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « *Banque et concurrence* », Droit de la régulation bancaire et financière, 5 janvier 2015.

GAIGRE J. J., « Pour la distinction des sanctions disciplinaires et des sanctions répressives », Banque et Droit n° 162, juillet-Août 2015.

GAROSCIO P. « *Frais de tenue de compte : l'Autorité de la concurrence saisie* », Journal de l'Economie, 29 décembre 2015, P. 10.

GAUVENT S. Revue banque septembre 2012 n° 751, *« Deux autorités côte à côte ACP-AMF : des différences malgré la coordination* », P 32.

GELARD M. P., « *Les AAI : Evaluation d'un objet juridique non identifié* » du 15 juin 2006 et « *Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler* », 4 novembre 2015, Rapports sur les autorités administratives indépendantes. Office parlementaire d'évaluation de la législation.

GHESTIN J. « *L'utile et le juste dans les contrats* » APD 1981, n° 26, l'utile et le juste p. 36.

GONZALES F. et autres, « L'incidence des notations sur les dynamiques de marché : une revue de la littérature », Revue de stabilité financière, n°4, juin 2004, p. 53.

GROUTEL H . « *Le devoir de conseil in le devoir de conseil en assurance vie* », Revue droit bancaire et bourse, janvier-février, 1999, suppl. Ingénierie patrimoniale p. 4.

HAMEL M.P., MARGUERITE D., « *Analyse des datas, quels usages ? Quels défis ?* », stratégie et prospective n° 8, novembre 2013.

HASS G., « *Protection des données : publication du règlement européen* », Livre blanc protection des données et marketing, 2016.

HIRIGOYEN Gérard petites affiches, 05octobre 1994 n°119 « *Quelques réflexions sur le lien entre l'éthique et la finance* ».

JOHNSON S. professeur « de la Sloan School of management », « 13 bankers : the wall street take over and the next financial meltdown », 2009.

JOUFFIN E., BONNEAU T., BARNET J.P., CREDOT F.J., DAIGRE J. J., MARLY P. G., PAILLER P., « La loyauté dans la commercialisation des produits financiers », Revue Banque et droit, hors série, décembre 2011, p. 6-43.

JOUINI E 3Produits dérivés, contrôle des risques et réglementation », Revue d'économie financière, volume 37 n°2, p. 203-220, 1996.

KOVAR Jean-Philippe : Revue de droit bancaire et financière, juillet 2011 dossier « *La régulation bancaire et financière* »

KOVAR Jean Philippe, LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme : « *La responsabilité des autorités de régulation* ». Revue de droit bancaire et financier mars-avril 2009 p. 15

KOVAR Jean Philippe et J. LASSERRE-CAPDEVILLE « *Droit de la régulation* » revue banque 2012 n°776.

LACOUE-LABARTHE D. « *La France a t-elle connu des paniques bancaires inefficientes ? Une analyse exploratoire des crises des années 1930* », Revue politique, Vol. 115, issue 5 p. 633-656, 2005.

LAPÈGUE V., J. C. BRIGOGNE, , O. MONSO *« La crise des subprimes* : *de la crise financière à la crise économique* ». INSEE, série des documents de travail de la direction des études et synthèses économiques, février 2011.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, RUMEAU-MAILLOT Hala, MARTICCI Francesco,

MAZUYER E. « *Dol du créancier ; réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information* », Dalloz 2004, p. 262.

LEBLANC-WOHRER M., « *Assises sur une montagne d'informations, les banques sont contraintes dans leur utilisation à des fins commerciales* », AGEFI hebdo, 5 juin 2014.

La documentation française, « *Les banques face à la crise de confiance* », Problèmes économiques n° 3035, 18 janvier 2012.

LE FUR A.V. et SCHMIDT D. « *Faut-il un tribunal des marchés financiers* », Recueil Dalloz 2014, p. 551

LE FUR A.V. et SCHMIDT D., « *Pour un tribunal des marchés financiers* », Bull. Joly, Bourse, Janvier 2015, p. 24-42.

Lettre du Centre de Recherche sur le droit des affaires (CREDA Sociétés) n° 2014-29 du 17 novembre 2014.

LUBOCHINSKY C. « *La régulation de la finance et ses limites* », Centre de ressources en économie gestion, Avril 2012.

MARLY Pierre-Grégoire, Banque et Droit hors-série Décembre 2011 « *La loyauté et ses déclinaisons dans la relation client* », p. 18-21.

MARLY P-G., « *La loyauté et ses déclinaisons dans la relation client* », Revue Banque et droit, hors série décembre 2013.

MATHEY N., « *La rémunération du dirigeant de banque* » Revue de droit bancaire et financier mars-avril 2015, p. 57 n° 15.

MATHEY N., WERNER J, *« La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire* », Revue de droit bancaire et financier, Avril Mars 2014.

MARTIN J. D., « *Réparation intégrale du préjudice boursier : sortons du brouillard* », Mélanges AEDRB-France VI, édition RB Paris, 2013.

MAZUYER E. « *Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information* », Recueil Dalloz n° 4 p. 262 Janvier 2004.

MILTGEN-LANCELOT C., PHELS, NOWAK, « *Données personnelles et vie privée* », Réseaux n° 167, étude de la décision de fournir des données personnelles dans le cadre commercial, dans les comptes rendus 2011, sous la direction de RALLET A et ROCHELANDET F., 2011, éditeur, La Découverte.

MORDAUNT-CROOK Nicolas : « *Procédures disciplinaires bancaires ; de l'arrêt Dubus à la création de l'ACP* ». Banque et droit N° 120 janvier-février 2010 p.8.

NILLES Jean-Jacques, « *Ethique et entreprise : réalité ou illusion ?* », Conférence à l'Institut des études politiques de Paris, Perspective et Management, Février 2017.

NOUY D. : « *Les risques du shadow banking : le point de vue du superviseur bancaire* ». Débats économiques et financiers n° 3, Secrétariat général de l'Autorité de contrôle prudentiel avril 2003.

ORDONNEAU P. « *La banque des règlements internationaux* », Les échos, 20 mai 2012.

OST F., GERARD P., VAN DE KERCHOVE M. « *Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites* », Droit négocié, droit imposé, p. 103. 04/2002.

OZDOBA J., « *Banques éthiques : l'intermédiation bancaire au service de l'économie sociale* », Revue banque et stratégie n° 312.

PAUGET G., SAÏDANE D., « Firme bancaire : quel nouveau paradigme après crise ? », Revue d'économie financière, n° 100, 2010.

PLESSIS A. « Histoire des banques en France », FBF, 30 janvier 2003.

PLIHON D., « *Superviser les banques* ». Revue économique et management N° 132 juin 2009 p. 33 ; Réformer les institutions défaillantes ? la réforme de la régulation financière. Cahiers français N° 359 p. 1

PLIHON D., Commentaire au rapport du CAE « *Les normes comptables et le monde post-Enron* », CAE, n°42, 2003, p. 116.

PLIHON D., JEFFERS E.,, « *Shadow banking système et la crise financière* », cahier français n°375, Août 2013.

PRICEWATERHOUSECOOPERS : « *Le contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* ». novembre 2014

PRÜM A. « *L'Union bancaire européenne et les Autorités de surveillance nationales* » Revue de droit bancaire et financier n°4, dossier 28, juillet 2014.

RAMEIX G., « *Les pouvoirs de sanction des régulateurs financiers* », compte rendu de la commission des finances du Sénat du 28 janvier 2015.

RICHARD J. rapporteur général du conseil d'Etat. Interview Dalloz actualité 24 décembre 2015.

RIVES-LANGES et CONTAMINE-RAYNAUD M. Droit bancaire, Dalloz n°168, Bac A. et LEGEAIS D., « *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit* » J.-CL droit des entreprises fasc. 446.

ROSENFELD E., VEIL J. « *Sanctions administratives, sanctions pénales* », Pouvoirs ; revue française d'études constitutionnelles et politiques n° 128, p. 61-73, 2009.

RUOL Vincent : « *Création de l'ACP l'ordonnance N° 2010-76 du 21 janvier 2010, révolution ou évolution* ? », Banque et droit N° 131 mai -juin 2010 p.3.

SALIN P. « *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires* », « *Quelle éthique pour les entrepreneurs* », Actes du colloque d'Aix en Provence, Juillet 1996.

SALORD A. et VAUPLANE H., « *Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ?* », Revue banque n° 765 p. 44-46.

SANSOT I., Revue de Courtage, mars 2016, n°821, p. 47.

SAUVE Jean-Marc., MIGAUD Didier, MAGENDI Jean-Claude « *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* », rapport de la commission de réflexion « *Pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique* », La documentation française, 26 janvier 2011.

SAUVE Jean-Marc, « *Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et procédures* », 4 février 2015, Colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyens et Transparency International France, à l'Assemblée Nationale le 4 février 2015.

SCHMIDT D. et LE FUR A-V. « *Pour un tribunal des marchés financiers* », Bull. Joly Bourse, janvier 2015.

SCHIMDT D. « *Les associés et les dirigeants sociaux* » ed. E, I, p. 361, JCP 1995.

SCHRICKE C. « *Rapport sur les cessions et acquisitions d'actifs par les société cotées* » AMF, 2015.

SYNVET H., « L'Union bancaire, européenne. Présentation », RDBF, juillet 2014, dossier n° 24.

SCHRICKE Christian : Rapport sur la cession et acquisitions d'actifs significatifs par des sociétés cotées. Commission AMF.

TEITGEN-COLLY C., « *Les instances de régulation et la constitution* », RDP, 1990, n°1 p.153-259.

THIVEAUD J. M. « *Les banques et l'État en France* », Revue d'économie financière, volume 28, n°1, 1994.

THORAVAL P.Y., « *Bâle III, les nouvelles règles passées au crible* », Banque et Stratégie n° 287, 15 décembre 2010.

TRICOT D, « *in la rémunération du crédit en Europe* », Revue de droit bancaire et financier, 2007, p. 83.

TRÖGE M., KOBRAK C., « *La réglementation décryptée par LABEX-REFI* », Revue banque n°767-768, janvier 2014.

VALLET Cédric, « *Les banques françaises sont loin d'être aussi vertes et éthiques qu'elles l'affirment* », Alter. Eco. Magazine, 22 mai 2015.

VALETTE Jean Paul : « *La régulation des marchés financiers* », revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 20 mai 2005 N°1 P. 183.

VAUPLANE H, « *Le monopole bancaire sert-il encore à quelque chose ?* », 26 février 2015. Revue Banque n° 782.

VUILLEMIN-GONZALEZ, « *La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi* », Recueil Dalloz 2001 n°41, p. 3338-3344.

WYMEERSCHE E. Journal of comparative corporate Law and Securities Regulation 1981.

Washington Monthly, mars-avril 2013 « *He who makes the roules* ».

THESES

CLAMOUR G. « *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* », 2006.

FABRE-MAGNAN V. M., « De l'obligation d'information dans les contrats », Thèse Paris 1992, Editeur LGDJ, collection : Anthologie du droit, 2014.

MANSON S., « *La notion d'indépendance en droit administratif français* », thèse paris II, 1995, P.30.

MAYMONT A. : « *La liberté contractuelle du banquier, réflexions sur la sécurité du système financier* », 2013

OGIER C. ; « *Le conflit d'intérêt* », thèse Saint-Etienne 2008, qui consacre l'ensemble de la première partie à la définition de la notion.

VABRE R. « Comitologie et services financiers : réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier », Edition Dalloz, collection : Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009.

JURISPRUDENCE

Cass., com. 13 janvier 1987, n° 85-13.997

Cass. Com. 23 octobre 1990, n°89-14.365

Cass., 1er Chambre civile, 8 juin 1994, n° 92-16142

Cass, 1er Chambre civile, 17 juin 1995, n° 92-19212

Cass. Com. 21 mai 1996 n° 94-18.022

Cass. Assemblée plénière, 5 février 1999, n°97-16440

Cass. Com. 26 mars 2002 n° 99-13810

Cass. 1er Chambre civile, 19 mai 2002 n° 99-19958

Cass. Com., 24 septembre 2003 n° 11362

Cass. Com., 24 juin 2003, n° 00-12566

Cass., Com., 22 février 2005 n° 03-16825

Cass. Com. 28 février 2006 n° 04-16326 et n° 04-16342.

Cass. Chambre commerciale, 27 septembre 2005 n° 04-16667

Cass., Com. 19 septembre 2006, n°05 -15305

Cass. Com. 27 juin 2006, n°04-15831

Cass. Com. 11 décembre 2007, N° 03-20747

Cass. Assemblée plénière, 2 mars 2007 n° 06-15267

Cass., Chambre mixte, 29 juin 2007 n° 05-21104 et 06-11673

Cass. Com. 29 janvier 2009, n° 07-19867

Cass., Com., avril 2010 n° 08-2133, Bull. Joly bourse, juillet août 2010, p. 336, note MARLY P.G.

Cass., Com, 13 juillet 2010, n° 09-69638.

Cass. Chambre criminelle, 20 juillet 2011 n° 10-81726

Cass. Com., 25 juin 2013 n° 12-17073

Cass. Chambre criminelle, 22 janvier 2014, n°12- 83579

Cass. Com 24 mars 2015, n° 13-16076

Cass. 1ere chambre civile 9 avril 2015, n° 14-50012.

Cass. Chambre criminelle, 30 mai 2015, n° 13-83489

Cass. Chambre criminelle, 25 octobre 2016, n° 15-84552

CEDH, affaire « Guja c/ Moldavie », n° 142277/04

CEDH, affaire « Lonnroth c/ Suède », 23 septembre 1982, requête n° 7153/75

CEDH, affaire « Dubus SA c/ France », 11 juin 2009, requête n°5242/04

CEDH, affaire « James et autres c/ Royaume Unis », 21 février 1986, requête n° 8793/79

CEDH, affaire « Grande Stevens c/ Italie » mars 2014, requêtes n° 18640/10, 18668/10 et 18698/10.

CEDH, Kapetanios et autres c/ Grèce, avril 2015, requête n°3453/12

Conseil Constitutionnel, décision du 23 janvier 1987 n° 86-224.

Conseil Constitutionnel, décision du 28 juillet 1989 n° 89-260

Conseil Constitutionnel, décision du 30 décembre 1997 n° 97-395

Conseil Constitutionnel, QPC, décision du 5 juillet 2013 n° 2013-331

Conseil Constitutionnel, QPC, décision du 6 février 2015 n° 2014-449

Conseil Constitutionnel, QPC, décision n° 2015-462 du 18 mars 2015.

Conseil d'État, avis du 9 mars 2009 n° 356331

Conseil d'État, avis du 8 avril 2009 n° 271782

Conseil d'État, arrêt 25 novembre 2011 n°329807

Conseil d'Etat, décision du 23 décembre 2011 n° 335511

CJCE, 14 juillet 1981, « Affaire Zuchner c/ Bayerische Vereinbank ».

CJUE, arrêt 26 février 2013, Aklagaren c/ M. HansAkerberg Fransson affaire C-617/10.

SITES INTERNET

http//www.banque-France.fr/acpr :

http//www.banque-France.fr/supervi/regle_bafi

http// www.autorité de la concurrence.fr.

http// www.cnil.fr

A

agréments. *Voir*
alerte endogène, 491
Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR). *Voir*

B

Banque centrale européenne. *Voir*
banque durable, 498
banques universelles, 445

C

CEDH, 321
clémence, 374
collège de résolution, 421
Comité consultatif du secteur financier (CCSF, 253
Comité de Bâle. *Voir*
comité des nominations, 430
Commission bancaire. *Voir*
Commission nationale informatique et libertés (CNIL), 340
Conseil d'État, 314
Conseil Constitutionnel, 318
Conseil de stabilité financière, 250
contagion des risques, 447
contrôle périodique, 271
CRDIV, 257
crédit à la consommation, 277
crédit immobilier, 278
crises. *Voir*

D

DGCCRF, 359
directive MIF, 263
directives bancaires de l'Union européenne., 250

E

éthique, 267

F

failles du contrôle du secteur bancaire, 242

G

G20. *Voir*

H

hard law, 246

I

innovations financières. *Voir*

L

L'action de groupe, 470
L'activité bancaire. *Voir*
L'alerte éthique, 489
l'amende administrative, 469
l'Autorité de la concurrence, 340
La comitologie, 264
La déontologie, 267
la responsabilisation, 417
Le, 422
Le bitcoin. *Voir*
Le contrôle permanent, 275
Le contrôle sur place, 269
Le financement participatif. *Voir*
Le monopole bancaire. *Voir*
Les agences de notation. *Voir*
Les banques d'investissement. *Voir*
limitation des risques, 417
living will, 421

M

marchés dérivés, 251
mécanisme de surveillance unique. *Voir*

N

non bis in idem, 328

P

plan de résolution, 422
plans de secours, 421
pouvoir règlementaire, 345
pouvoirs délégués, 297
principe d'égalité, 300
principe de mutabilité, 301
principe de neutralité, 376
procédure contradictoire, 394, 401
procédure disciplinaire, 305
Procureur de la République financier, 442
proportionnalité, 377
public du service, 299

R

réglementation prudentielle. *Voir*
risques. *Voir*

S

sanctions administratives, 354

Subprimes. *Voir*
Système Européen de Surveillance Financière. *Voir*
système monétaire européen. *Voir*

T

trafic d'influence, 442
tribunal des marchés financiers, 436

TABLE DES MATIERES [STYLE « TITRE 1 »]

Résumé et mots-clés 5
Summary and keywords 6
Principales abréviations 14

Introduction GÉNERALE 17

PARTIE I. LA NECESSITE DU CONTRÔLE POUR LA MAÎTRISE DES RISQUES BANCAIRES 35

TITRE : I ÉVOLUTION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE 37

CHAPITRE I : LA REFORME DU CONTRÔLE BANCAIRE ET LA CONJONCTURE ECONOMIQUE 39

Section 1 : La mise en place progressive des autorités de contrôle 41

§ 1 : Les premières structures de contrôle 43

A – Une organisation centralisée avec les acteurs économiques 44

1 – Constitution d'une association professionnelle des banques 44

2 – Obligation de regroupement par catégories 45

3 – Supervision 46

a) Attributions du Conseil 48

b) Centralisation des risques 49

4- Le contrôle par le décloisonnement des activités des établissements de crédit 51

5 - Une nouvelle organisation du contrôle des établissements de crédit 52

B - La professionnalisation du contrôle 53

§ 1 : Avant 2008 53

a) Composition : 53

b) Missions : 54

2 – Le Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement 54

a) Composition 55

b) Missions 55

3 – La Commission Bancaire 55

a) Composition 56

b) Missions 57

4 – Le Collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier 58

a) Composition 58

b) Missions 58

§ 2 : Après la crise de 2008 59

Section 2 : Les réactions face aux situations de crise 63

§ 1 : Les comportements à risques 65

A – Comportements à risque des banques 65

B – Comportement à risque des entreprises 66

§ 2 : L'évolution face aux crises 68

1 – La crise de 1929 69

2 – 1992-1992 : La crise du système monétaire européen 72

3 – La crise des années 1997-1998 75

4 - La crise des Subprimes 77

CHAPITRE II : L'EVOLUTION DE LA RÈGLEMENTATION ET DES MARCHÉS DE CAPITAUX 80

Section 1. L'évolution de la réglementation 82

§ 1 : Les accords du Comité de Bâle 83

A - Bâle 1 : Les recommandations prudentielles 83

B - Bâle II : Transparence et responsabilisation pour réduire les risques 89

C - Bâle III, les nouvelles exigences prudentielles 95

1 – Critiques des dispositions de Bâle II 95
2 – Renforcement de la solvabilité et réduction de la pro cyclicité 97
§ 2 : Les décisions prises par le G 20 100
1 – La régulation des marchés 100
2 – Contrôle et sanction des agences de notation. 101
§ 3 : La réglementation Européenne 102
Section 2 : L'évolution des marchés de capitaux et ses conséquences 106
§1 : Un nouveau mode de financement et ses limites 107
A – Le financement par titrisation 108
B – Les limites du financement par titrisation 109
§ 2 : Les conséquences sur l'économie réelle 111
A – La pénurie de capitaux 112
B – Contagion à l'économie réelle 113
TITRE II : L'ORGANISATION DES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT 117
CHAPITRE I : LE CONTRÔLE INTERNE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT 121
Section 1 : Constitution et fonctionnement des établissements de crédit : règles spécifiques 121
§ 1 : Pour la création de la société 122
A – Une condition de fond : l'obtention de l'agrément. 122
1 – Les modalités de l'agrément 122
2 – La portée de l'agrément 126
B – Les autres conditions : structure de contrôle interne, adéquation des fonds propres et règles de publicité 127
1 – Mise en place d'une structure de contrôle interne 127
2 – Adéquation des fonds propres 128
3 – Les règles de publicité 130
§ 2 : Au cours de la vie sociale 132
A – La singularité de la direction de l'établissement de crédit 133
1 – Dans la mise en place d'un contrôle interne permanent des risques 133
2 – Et d'un contrôle périodique de conformité 135
B – Les responsabilités spécifiques de la Direction générale 138
Section 2 : La surveillance par les commissaires aux comptes et le comité d'audit 140
A – Le commissaire aux comptes : un surveillant permanent du fonctionnement 140
1 – Une organisation hiérarchisée 142
2 – Qui justifie une mission de vérification et de certification des comptes 143
Pour effectuer les vérifications, les commissaires dispose de pouvoirs d'investigation.. 144
3 – Facilitée par des pouvoirs d'investigation 144
4 – exercée en totale indépendance 146
B – Le Comité d'audit : une surveillance des procédures mises en place dans le cadre du contrôle interne 148
1 – Des exigences quant à sa composition 149
2 - Pour atteindre les objectifs qui lui sont fixés 151
CHAPITRE II : LE CONTRÔLE INTERNE RENFORCÉ PAR LE CONTRÔLE EXTERNE DE L'ACPR 156
Section 1 : L'organisation de l'ACPR 158
§ 1 Une organisation représentative de la profession 160
A – Le Collège de supervision : organe d'investigation et de contrôle 160
B – La Commission des sanctions assure la discipline des établissements de crédit 164
1) Composition 164
2) Le fonctionnement 164

C – Le Secrétariat général : organe d'administration et de gestion des fonctions de l'ACPR 166
1 – La gestion des activités de supervision 166
2 – Les particularités de la résolution 167
§ 2 Un contrôle marqué par la séparation des pouvoirs au sein de l'ACPR. 168
A – Incidence de la séparation sur la composition de l'ACPR 168
B – Incidences en cas de procédure disciplinaire 170
1 – La mise en œuvre par le Code monétaire et financier 170
2 – Les limites du contrôle de l'ACPR 171
a) La place déterminante des banques dans l'économie nationale 171
b) Est-il possible d'infliger des sanctions efficaces à ses pairs en toute impartialité ? 172
c) La forte représentativité des professionnels au sein de l'ACPR 173
§ 3 : Un contrôle renforcé par le respect des principes fondamentaux contrôlé par le juge 173
A – La bonne foi dans les relations contractuelles civiles ou commerciales 174
B - La bonne foi dans les relations de la banque avec ses clients 177
Section 2 : Les missions de contrôle de l' ACPR 180
§ 1 Une mission de : service public ? 181
A – Service public et intérêt général 181
a) Service public, définition de la notion 181
b) Application aux établissements bancaires et précision de l'intérêt général 183
B – Préserver la stabilité du secteur financier 185
1 - Surveillance nationale 185
a) contrôle de la situation financière par l'ACPR 185
b) Le contrôle des missions de police à la charge des banques 187
2 - Surveillance européenne 189
a) Les instances de la surveillance européenne 189
b) Les autres missions des Autorités européennes pour assurer la stabilité financière 190
C - Assurer la protection des consommateurs 191
1 – Une protection des consommateurs assurée par l'ACPR 191
a) définition de la notion de protection des consommateurs ou de la clientèle 191
b) Mais qu'en est-il de l'étendue de ce contrôle ? 192
c) Un contrôle spécifique des engagements bancaires avec la clientèle 197
2 - La collaboration avec d'autres institutions européennes et internationales 200
a) Au niveau national : 200
b) Au sein de l'Espace Economique Européen (EEE) et hors Europe 203
§ 2 : Procédures de vérification et sanctions 207
A – Le contrôle sur place et sur pièces 207
1 - Le personnel 207
2 - Les missions de contrôle 209
3 - Les droits et obligations des établissements contrôlés 214
4 - Les poursuites décidées par le Collège de supervision de l'ACPR 215
B – Les sanctions 216
1 – La procédure devant la Commission des sanctions de l'ACPR 216
2 – Les sanctions ou mesures administratives prononcées par l'ACPR 217
a) Avertissement 218
b) Interdiction d'effectuer certaines opérations 218
c) Suspension d'un ou plusieurs dirigeants avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire 219
d) La radiation de la liste des personnes agréées 220

e) Sanction pécuniaire de plus d'un million d'euros 221
f) Mais qu'en est-il du retrait total d'agrément ? 223
3 – Les recours contre les décisions de l'ACPR 224
C – Les sanctions en étroite collaboration dans la surveillance avec la BCE 226
1 - Quels objectifs poursuit le MSU ? 227
2 - Mais qu'est-ce qu'un établissement de crédit important ? Comment est-il défini ? 227
3 - Qui sanctionne ? 228

PARTIE II : LES FAILLES ET LES PERPECTIVES D' AMELIORATION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE 235

TITRE 1 : LES FAILLES DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE 240

CHAPITRE I : LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DU CONTRÔLE DU SECTEUR BANCAIRE 241

Section 1 : Multiplicité des sources de la regulation sur le contrôle bancaire 243
§1 Des règles de plus en plus contraignantes et évolutives 244
A – Les sources internationales 248
B – Les sources européennes 250
C - Les sources nationales 251
1 – Le CCSF 251
a) Composition 251
b) Missions 252
2 – Les règles issues de la transposition du droit européen 255
§ 2 : Des règles inspirées par les professionnels du secteur bancaire 261
A – Les professionnels acteurs des organes de régulation et de contrôle 262
B – La participation des professionnels à l'aménagement des pratiques 264
Section 2 : Difficulté des moyens de contrôle de l'ACPR sur le secteur bancaire 266
§ 1 : Étendue du champ d'intervention de l'ACPR 266
A – Nombreux secteurs d'intervention 267
a) Pour vérifier la mise en œuvre des règles prudentielles 267
b) Pour vérifier les pratiques et bonnes conduites bancaires 272
1 – La protection des consommateurs. 272
2 - Les crédits destinés aux PME 277
c) Pour contribuer à la stabilité financière 278
B – Exclusion des contrôles pour le « shadow banking ». 283
a) Description 284
b) Les risques 286
c) Réactions limitées 288

CHAPITRE II. : LES OBSTACLES AUX CONTRÔLES PAR DES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE L'ACPR 292

Section 1 : Les pouvoirs délégués par l'État à l'ACPR 293
A – Les pouvoirs délégués à l'ACPR 295
1 - Le contrôle de l'intérêt général comme justification de la délégation 295
a) La notion d'intérêt général 295
b) L'application de la notion aux établissements de crédit 297
2 – L'étendue de la délégation 301
a) L'élaboration des règles applicables aux établissements de crédit et les sanctions 301
b) Les limites à l'exercice de pouvoirs délégués 304
B – Absence de contrôle hiérarchique sur l'ACPR 306
1 - Absence de contrôle du pouvoir exécutif 306

2 – Absence de contrôle par le pouvoir législatif ... 307
Section 2 : Les recours contre les décisions de l'ACPR ... 310
§ 1 : Recours administratifs devant une juridiction administrative ... 312
A - Fondement de la compétence d'attribution exclusive au Conseil d'Etat ... 312
B - Contrôle du respect des principes fondamentaux du droit administratif ... 314
a) Les recours devant le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel ... 316
b) Les recours devant la CEDH ... 319
§ 2 : Recours devant la juridiction judiciaire : la Cour d'appel de Paris ... 321
A - Compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris ... 321
B - Contrôle du respect des règles de procédure et des principes fondamentaux ... 323
§ 3 : Recours devant une juridiction pénale : non bis in idem ... 326
A - La position française ... 327
B - L'application du principe au sein de l'Union ... 332
CHAPITRE II : LES CUMUL DES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LE SECTEUR BANCAIRE ... 337
Section 1 : Le contrôle bancaire par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ... 340
1 – Un contrôle renforcé par le pouvoir règlementaire de l'AMF ... 343
2 – La transaction et la médiation pour éviter ou adapter les sanctions ... 346
a) Le principe de la procédure amiable ... 348
b) La médiation et la transaction dans la protection de la clientèle par l'ACPR ... 348
3 – La Commission des sanctions de l'AMF : une véritable juridiction ? ... 350
a) La procédure ... 351
b) Les sanctions administratives ... 352
Section 2 : l'Autorité de la concurrence : garante de la loyauté de la concurrence des établissements de crédit ... 357
A– Une composition représentative de l'autorité publique ... 359
B – Une compétence spécifique : la concurrence bancaire ... 361
1 - Les textes et leur interprétation ... 362
a) Les législations nationales ... 362
b) Le droit européen ... 364
2 - L'application des règles de concurrence ... 366
a) L'intervention de l'Autorité ... 366
c) Le contrôle des décisions prises par l'Autorité de la concurrence ... 378
d) La comparaison avec l'ACPR ... 380
Section 3 : La CNIL, organisme de contrôle de la licéité des traitements de données à caractère personnel ... 384
A – Quelles règlementations applicables dans le domaine de la protection des données ? ... 386
Les règles applicables relèvent soit des législations nationales soit des autorités européennes ... 386
1 - Au niveau national ... 386
2 – La protection des données en Europe et le problème posé par les « Big data » ... 389
a) La protection des données en Europe ... 389
b) La problématique des « big data » ... 391
B – Une composition, une procédure et des sanctions particulières au contrôle de la CNIL ... 392
1 – Une composition démocratique et une procédure contradictoire ... 392
a) Composition ... 392
b) Missions ... 393
2 – Procédure et sanctions ... 399
3 – Comparaison CNIL et ACPR ... 403

TITRE II. LES AMELIORATIONS..... 412
CHAPITRE I : LES SOLUTIONS DE NATURE ADMINISTRATIVE, ORGANISATIONNELLE ET JUDICIAIRE..... 416
A – Les solutions de nature administrative..... 417
1 - Modification de la composition et du budget de l'ACPR..... 417
2 - Elargissement des pouvoirs de l'ACPR en matière de résolution..... 418
a) Le contrôle du testament de la banque en difficulté par l'ACPR..... 419
b) L'élaboration du plan de résolution par la banque..... 420
B – Les solutions de nature organisationnelles..... 424
1 – Vers une réelle prise en charge du capital des établissements de crédit par les actionnaires ?..... 424
a) Actionnaires responsables ?..... 424
b) Le choix des dirigeants..... 425
2 – Une gouvernance des établissements de crédit plus responsable ?..... 426
a) Une information renforcée des dirigeants..... 427
b) L'interdiction du cumul des fonctions dans certains établissements..... 427
c) La gouvernance aidée par des comités spécialisés..... 428
d) L'encadrement de la rémunération des dirigeants..... 429
e) Le contrôle de l'ensemble du dispositif de gouvernance par l'ACPR..... 432
C – Les solutions de nature judiciaire..... 433
1 – Un tribunal des marchés financiers ?..... 434
2 – Le renforcement des poursuites judiciaires..... 440
CHAPITRE II : LA LIMITATION DES RISQUES ET LA RESPONSABILISATION DES ETABLISSEMENTS DE CRÉDIT..... 443
A – Une limitation des risques par la séparation des activités bancaires..... 444
B – Ethique et responsabilité des établissements de crédit..... 450
1 – Le contrôle judiciaire de la réparation des fautes bancaires commises à l'encontre du client..... 452
2 – La nature des fautes contrôlées..... 459
C – Les autres solutions..... 466
1 – Au niveau national et européen..... 466
1.1 - Niveau national..... 466
a) Renforcement de l'arsenal coercitif en matière de consommation..... 466
b) L'action de groupe..... 468
1.2 – Au niveau européen..... 470
a) Le renforcement de l'harmonisation des règles..... 470
b) La Banque Centrale Européenne nouvel acteur clé de la supervision bancaire..... 473
c) L'ABE acteur de la convergence des pratiques de surveillance au sein de l'Union..... 477
2 – Le respect des principes éthiques et la responsabilité sociétale des établissements de crédit..... 479
a) Quelle pratique de l'éthique dans la relation client des établissements de crédit ?..... 481
b) Quelle éthique pour les relations collectives ?..... 486
CONCLUSION..... 506
Bibliographie..... 514
Table des matières [Style « Titre 1 »]..... 536