

# Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

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

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

# Leçon n°5

**La juridictionnalisation  
de la régulation bancaire et  
financière**

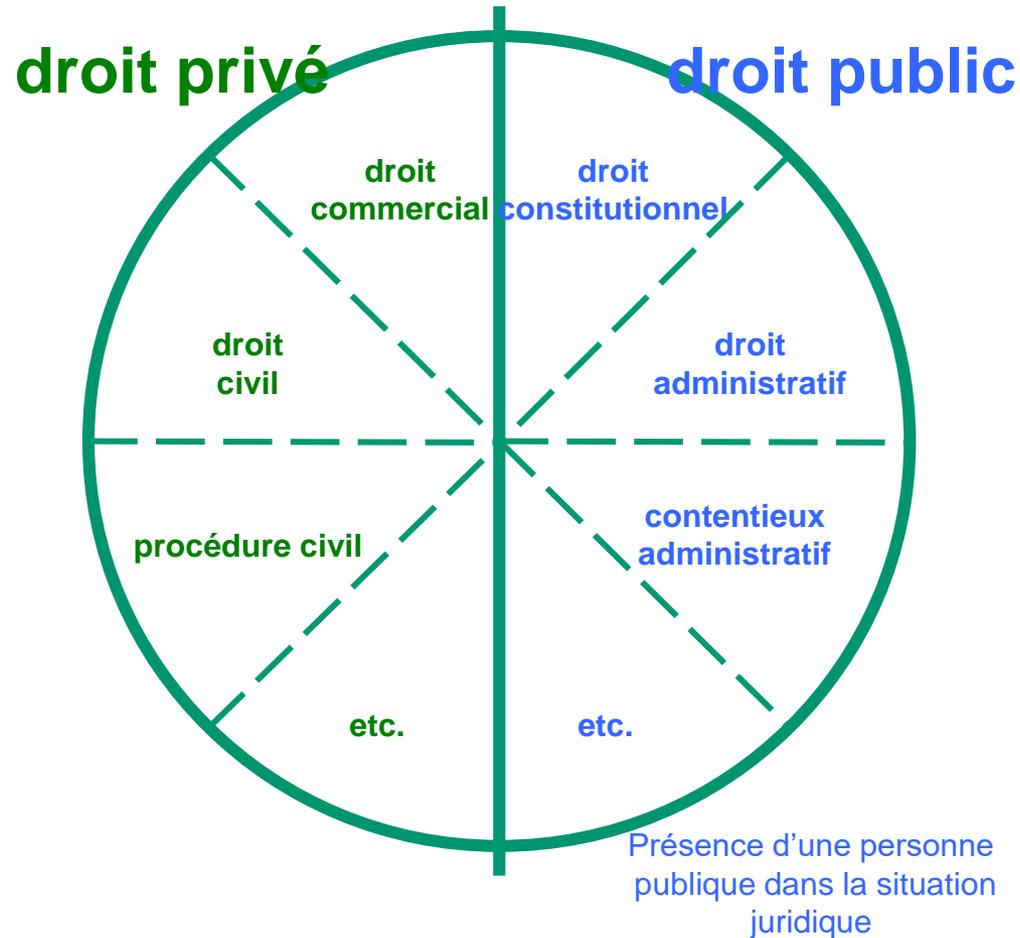
Mercredi 24 février 2016

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

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

1. La distance entre la conception française traditionnelle et le mouvement européen
  - Qualification juridique, définition et formalisme juridique
  - Le Droit est dans les mots

## Méthodologie française des qualifications



Méthodologie française  
des qualifications



Action en justice = droit  
substantiel en état de guerre

I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL  
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :  
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR  
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX  
GARANTIES FONDAMENTALES DE  
PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL AU  
SENS EUROPÉEN

1. La distance entre la **conception française traditionnelle** et le mouvement européen
- La duplication des branches procédurales par rapport aux branches de droit substantiel

Article 6, §1 CEDH :

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit **des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil**, soit du **bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle**.

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

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

1. La distance entre la conception française traditionnelle et le **mouvement européen**
  - Réveil de l’article 6 CEDH
  - La « matière civile » et la « matière pénale »
  - Impartialité

- Les idées mènent le monde
- La force des mots
- Le « droit au tribunal impartial
- Le « droit subjectif au tribunal
- Le droit au juge »
- Le droit à la justice »
- Le droit contre l'État »

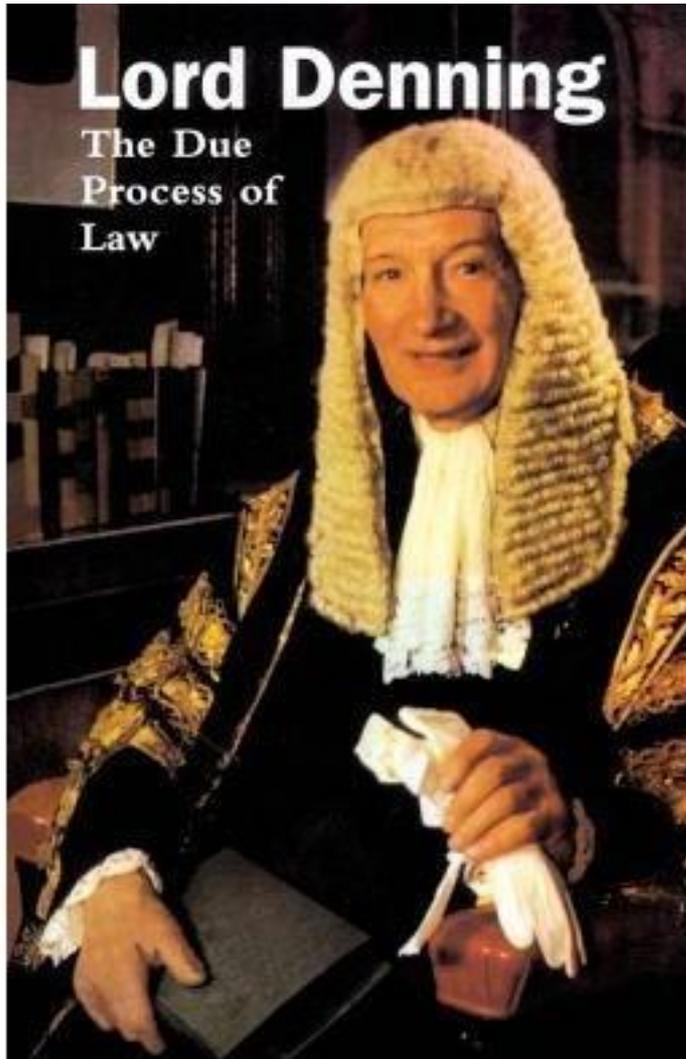
**LE MODÈLE JURIDICTIONNEL**  
**IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :**  
**L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR**  
**COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX**  
**GARANTIES FONDAMENTALES DE**  
**PROCÉDURE**

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

1. La distance entre le droit français traditionnel et le **mouvement européen**

- Le droit aux garanties fondamentales contre le pouvoir de répression par l'État légitime





**DÈLE**  
**CTIONNEL’AFFIRMATION**  
**GULATEUR COMME**  
**NAL SOUMIS AUX**  
**NTIES FONDAMENTALES DE**  
**ÉDURE**

... pénal et du droit pénal à la matière  
... la matière pénale

... intègre à « l’impartialité  
... »



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

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL  
IMPRÉGNANT LA  
RÉGULATION :  
L’AFFIRMATION DU  
RÉGULATEUR COMME  
TRIBUNAL SOUMIS AUX  
GARANTIES FONDAMENTALES  
DE PROCÉDURE**

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

2. L'évolution chaotique des qualifications
  - Le choc provoqué par le juge judiciaire à propos du régulateur financier



**LE MODÈLE JURIDICTIONNEL  
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :  
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR  
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX  
GARANTIES FONDAMENTALES DE  
PROCÉDURE**

C.E., 3  
décembre  
1999, *Didier*

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

2. L'évolution chaotique des qualifications
  - L'ajustement de la jurisprudence administrative à propos du régulateur financier



CEDH., 23 juin  
2009, *Dubus*

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL  
IMPRÉGNANT LA  
RÉGULATION : L’AFFIRMATION  
DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL  
SOUMIS AUX GARANTIES  
FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

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

2. L'évolution chaotique des qualifications
  - La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le superviseur bancaire



I. **LE MODÈLE JURIDICTIONNEL  
IMPRÉGNANT LA RÉGULATION :  
L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR  
COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX  
GARANTIES FONDAMENTALES DE  
PROCÉDURE**

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

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

2. L’évolution chaotique des qualifications
  - **La condamnation par le Conseil  
constitutionnel de l’impartialité objective de  
la Commission bancaire**



- C.E., 11 avril 2012, *Banque populaire Côte d'Azur*
- Maintien des actes d'instruction
- Utilité des positions de principe ?

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

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

2. L'évolution chaotique des qualifications
  - **La position du Conseil d'État à l'égard des pouvoirs de l'ACPR**

- L'esprit du principe *Non bis in idem* :
- les « droits de la défense » et non pas l'efficacité
  
- CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens*
- Cons. Const., 18 mars 2015, *EADS*
- Cons. Const., 14 janvier 2015, *Alain D. et autres*

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

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

**3. La saga *Non bis in idem***

- Saga, temps et insécurité juridique
- Civil Law et Common Law

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

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

**B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS**

1. Les trois déclinaisons du principe d'impartialité

- La question qui demeure : le pouvoir d'auto-saisine
- Argument de l'efficacité
- L'habillage juridique : C.E., 20 octobre 2000, *Habib Bank*

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

**B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS**

1. Les trois déclinaisons du principe d'impartialité

- Article 30 du Code de procédure civile
- A1.1 : *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.*
- A1.2 : *Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.*

**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

**B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS**

**2. Le droit de protester**

- **Contradictoire, droit de la défense, recours**

- Le clash *EADS*
- Effet pervers du qualificatif de « tribunal »



**I. LE MODÈLE JURIDICTIONNEL IMPRÉGNANT LA RÉGULATION : L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE**

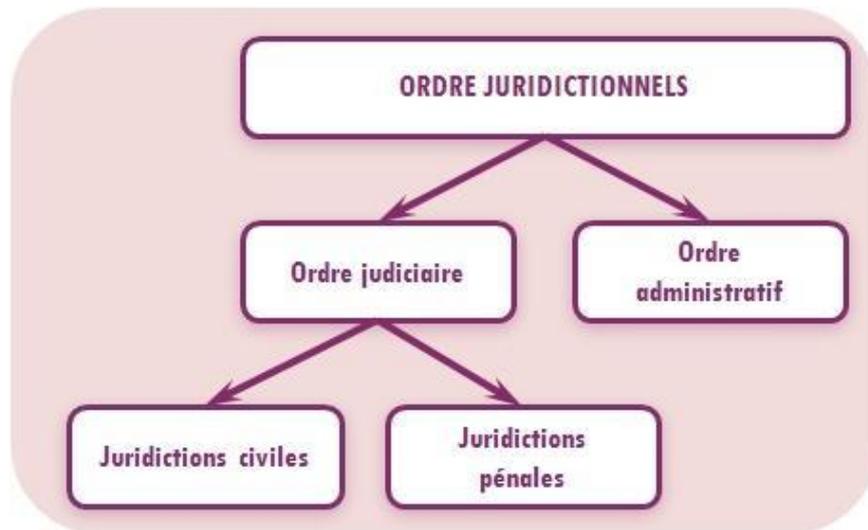
**B. LES GARANTIES PROCÉDURALES DUES AUX OPÉRATEURS**

3. Le droit de protester
- L'étrangeté du recours contre soi-même

- Poids des traditions
  - Lois des 16-24 août 1792
  - Consolidation dialectique par le Conseil constitutionnel
- Stratégies des opérateurs
- Stratégies institutionnelles

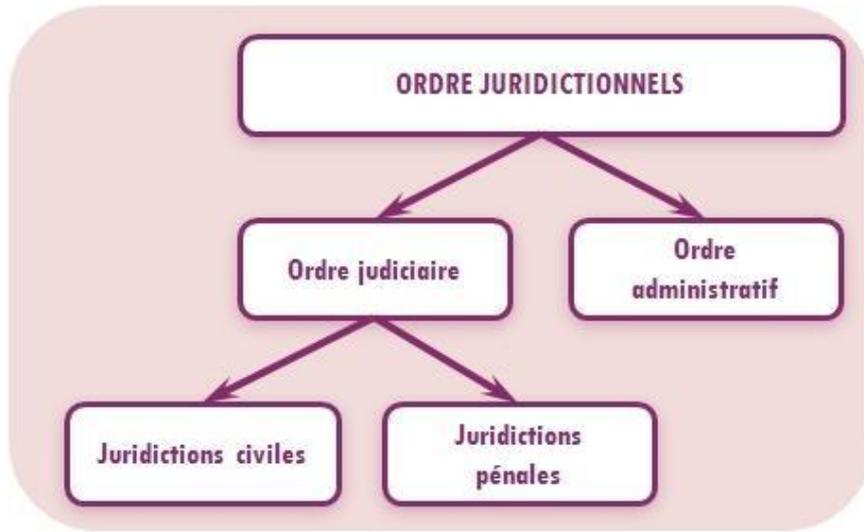
## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### A. LE JUGE DU RECOURS



1. Les difficultés liées à la spécificité française de la dualité des ordres de juridictions

- La dévolution des recours du contentieux des « abus de marché » au juge judiciaire
- La dévolution des recours du contentieux disciplinaires sur les professionnels au Conseil d'Etat



## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### A. LE JUGE DU RECOURS

1. Les difficultés liées à la spécificité française de la dualité des ordres de juridictions
  - La répartition progressive du contentieux

Est-ce tenable ?

- Trib. Conflits, 22 juin 1992, *Diamantaires d'Anvers*
- La Cour d'appel compétente en premier ressort...
- Dissociation droit processuel/Droit substantiel : nécessité d'une faute lourde

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### A. LE JUGE DU RECOURS

1. La mise en doute de sa nature de « juge du recours »
  - Le cas de la mise en cause de la responsabilité du régulateur
  - Élément essentiel du système général de régulation

Est-ce tenable ?

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LES JUGES « EN EMBUSCADE »**



1. La Cour européenne des droits de l'homme
2. La Cour de justice de l'Union européenne
3. Le Conseil constitutionnel
4. Le juge pénal
5. Les arbitres

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LES JUGES « EN EMBUSCADE »**

#### 5. Les arbitres

- Exemple de « l'affaire Tapie »



- 15 février 1993 : vente des titres de la société Adidas,
- Ass. Plén., 6 octobre 2006,
- Sentence arbitrale, 7 juillet 2008
  
- C.E., 11 juillet 2011,
- Ouverture de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière,
- Ouverture de la procédure administrative devant la Cour de justice de la République,
- Ouverture de la procédure pénale pour escroquerie en bande organisée,
- Cons. Const., 24 octobre 2014, *Stéphane R.*,
- Paris, 17 février 2015, *CDR et autres c/ Tapie et autres*,

Article 5 du Code civil :

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER ?**

1. La conception traditionnelle de l'autorité juridictionnelle en France : l'article 5 du Code civil



Jean-Claude Marin  
Procureur general  
près la Cour de cassation

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### 2. L'ambiguïté des « offices » du juge

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### 2. L'ambiguïté des « offices » du juge



Jean-Marc Sauvé  
Vice-Président  
Du Conseil d'Etat

- Ce pour quoi est fait un juge ...
- Cas particulier ou grands d'un équilibres
- Appliquer les règles ou “évoquer” les grands débats
- Etre “aveugle” aux conséquences de son jugement ou intégrer les conséquences de celui-ci, voire être “conséquentialiste” ?

## **II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER**

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### **2. L'ambiguïté des « offices » du juge**

- “Prendre en compte” ?
- Position de Posner
- Formation requise
- Prendre l'économie et la finance comme “norme internalisée”

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### 2. L'ambiguïté des « offices » du juge

La place de l'Analyse Economique du du Droit

- “Prendre en compte” ?
- Position de Posner
- Formation requise
- Prendre l'économie et la finance comme “norme internalisée”

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### 2. L'ambiguïté des « offices » du juge

La place de l'Analyse Economique du du Droit

- La juridiction parisienne comme juridiction économique et financière nationale
- Parquet financier national
- La “galerie financière”

## **II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER**

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### **2. L’ambiguïté des « offices » du juge**

**L’enjeu pratique : la spécialisation**

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### 2. L'ambiguïté des « offices » du juge



Eliane Houlette  
Procureur financier

- La déclaration de constitutionnalité difficile du Procureur financier par rapport à la compétence générale du Ministère public
- Le risque de derive du pouvoir de sanction des régulateurs et superviseurs vers le Procureur financier

## **II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER**

### **B. LE JUGE PEUT-IL SE CONSIDÉRER COMME UN RÉGULATEUR BANCAIRE OU FINANCIER**

#### **2. L'ambiguïté des « offices » du juge**

**L'enjeu pratique : la spécialisation**

## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **C. PEUT-ON CONSIDÉRER D'UNE MÊME FAÇON LES DIFFÉRENTS JUGES ?**

1. Le juge administratif, le juge commercial, le juge civil, le juge pénal

L'opinion publique ne voit que le juge pénal

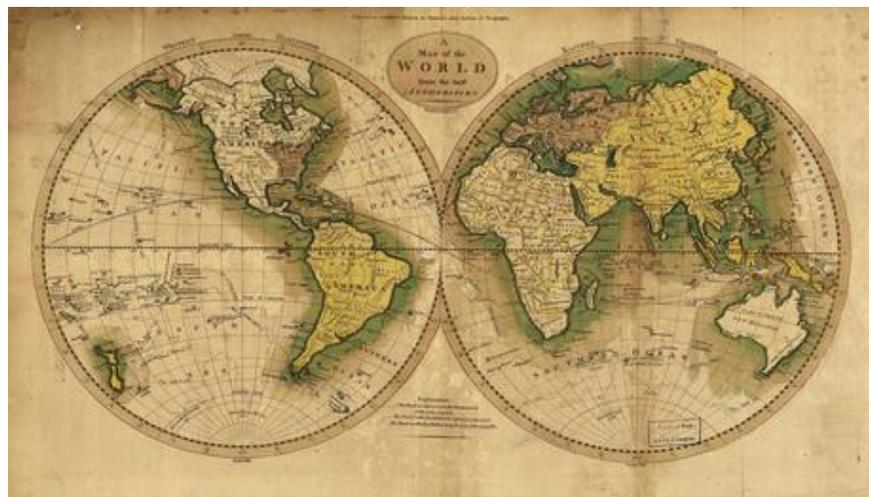
- Existe-t-il vraiment un « dialogue des juges » ?



## II. LE RÔLE DU JUGE EN TANT QUE TEL DANS LE SYSTÈME BANCAIRE ET FINANCIER

### **C. PEUT-ON CONSIDÉRER D'UNE MÊME FAÇON LES DIFFÉRENTS JUGES**

2. Le juge français, le juge européen, le juge américain



- Le juge est-il le signe du fonctionnement pathologique du droit bancaire et financier ?
- La juridictionnalisation est-elle le signe du fonctionnement pathologique du droit bancaire et financier ?