

Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2021

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 4

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

Mercredi 17 février 2021

I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

- A. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL, EXPRESSION DU PRINCIPE DE LIBERTÉ INDIVIDUELLE**
- B. LE DROIT PÉNAL, SANCTION D'UNE FAUTE PERSONNELLEMENT COMMISE**

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

- A. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL GOUVERNÉ PAR L'EFFICACITÉ**
- B. UNE RÉPRESSION « REDOUBLÉE » PAR LA DUPLICATION EN DROIT ADMINISTRATIF**

III. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR L'AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

- A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL « AU SENS EUROPÉEN »**
- B. LES GARANTIES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES DÛES AUX OPÉRATEURS**

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



classiquement = **Droit pénal**

Mais la « Régulation » va métamorphoser le **Droit pénal** =
internalisation de la répression dans la Régulation

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

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

Composition administrative

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

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

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

En droit positif : **pouvoirs du procureur**

Code Pénal (insertion en 2016, loi dite « Sapin 2 », *Compliance*) :

Convention judiciaire d'intérêt public

Article 41-1-2 : Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles de conclure une convention judiciaire d'intérêt public imposant une ou plusieurs des obligations suivantes :

« 1° Verser une **amende d'intérêt public** au Trésor public. Le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements.....

2° Se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un **programme de mise en conformité** destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du code pénal.

Compatibilité ?

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

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

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

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

Conception classique



I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PENAL

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

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

- Base (principe /exception) : la liberté est le principe ; l'entrave à la liberté est l'exception
- La libre entreprise est une expression de la liberté
- L'entrave à la liberté d'agir économiquement doit être une exception

- Les entraves s'expriment par des interdictions de comportements : des « prohibitions »
- Les interdictions sont « anormales » : « nécessité » de la répression
- Il n'existe pas de « prescriptions de comportement ». Sinon, économie dirigée. Encore moins, assorties par une disposition répressive

I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

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

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

Conception classique



Qu'en reste-t-il ?

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

I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

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

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



Qu'en reste-t-il ?

I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL



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

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

Les principes consubstantiels

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

I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

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

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

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

I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

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

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

Que reste-t-il du Droit pénal face aux principes d'effectivité et d'efficacité sur lesquels repose le Droit de la Régulation bancaire et financière?

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

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

Donc, l'inefficacité du droit pénal pose problème

Faut-il rejeter le droit pénal ?

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

Crim., 25 novembre 2020, *Société Iron mountain France SAS*

35. [...], **qu'en cas de fusion absorption** d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, **la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération.**

36. La personne morale absorbée étant continuée par la société absorbante, cette dernière, qui bénéficie des mêmes droits que la société absorbée, **peut se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer** [...].

38. Cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne s'appliquera qu'aux **opérations de fusion conclues postérieurement au 25 novembre 2020**, date de prononcé de l'arrêt, afin de ne pas porter atteinte au **principe de prévisibilité juridique** découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme [...].

41. A cet égard, il doit être considéré que l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante **lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale** [...].

Crim., 25 novembre 2020, *Société Iron mountain France SAS*

Un revirement qui s'insère dans un mouvement jurisprudentiel d'ensemble, en distance des textes classiques :

- **Article 121-1 du Code pénal** : *Nul n'est responsable que de son propre fait (principe de personnalité des peines)*
- **CE, 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux***: le Conseil d'Etat condamne la société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux pour un **manquement à ses obligations professionnelles** commis par un négociateur à la table d'arbitrage de la société Dynabourse, ultérieurement absorbée par la société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux.
- **Com., 28 févr. 2006, *Établissement français du sang***: la chambre commerciale de la Cour de cassation condamne l'Établissement français du sang (ESF) pour un **abus de position dominante** commis par la société Reims Bio dont l'ESF avait ultérieurement récupéré les activités après sa liquidation financière.
- **CEDH, 24 oct. 2019, *Carrefour France c/ France*** : la CEDH condamne la société Carrefour France à une **amende civile** à raison de pratiques restrictives de concurrence commises par la société Carrefour hypermarchés France, dissoute et absorbée par son unique actionnaire Carrefour France après les faits.

Crim., 25 novembre 2020, *Société Iron mountain France SAS*

Portée de cet arrêt au regard de ce qu'est le Droit pénal par rapport à la répression administrative systémique ?

- **Article 121-1 du Code pénal** : *Nul n'est responsable que de son propre fait (principe de personnalité des peines)*
- 35. [...], **qu'en cas de fusion absorption** d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, **la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération.**
- **Ne concerne que les « peines d'amende ou de confiscation »**
- **La « personne juridique morale » n'est pas la personne juridique physique**
- **Difficulté au sein du Droit des sociétés (leçon ultérieure sur les mandataires sociaux)**

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

A. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL GOUVERNÉ PAR L'EFFICACITÉ

1. Le blanchiment d'argent



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

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

Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende.

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

A. LE DROIT PÉNAL SPECIAL GOUVERNE PAR L'EFFICACITE

1. Le blanchiment d'argent

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

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

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

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

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

- Internalisation de la répression dans l'opérateur économique
- *Ratio legis* de la détermination de l'aptitude pénale :
 - Qui a l'information
 - Qui a les moyens d'agir
- = **Compliance**
- Renvoi vers la leçon n°6

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



A. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL GOUVERNÉ PAR L'EFFICACITÉ

2. Les abus de marchés (renvoi à la leçon n°3)

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

B. UNE RÉPRESSION « REDOUBLÉE » PAR LA DUPLICATION EN DROIT ADMINISTRATIF

2. Dédoublement entre le juge pénal et l’Autorité publique administrative

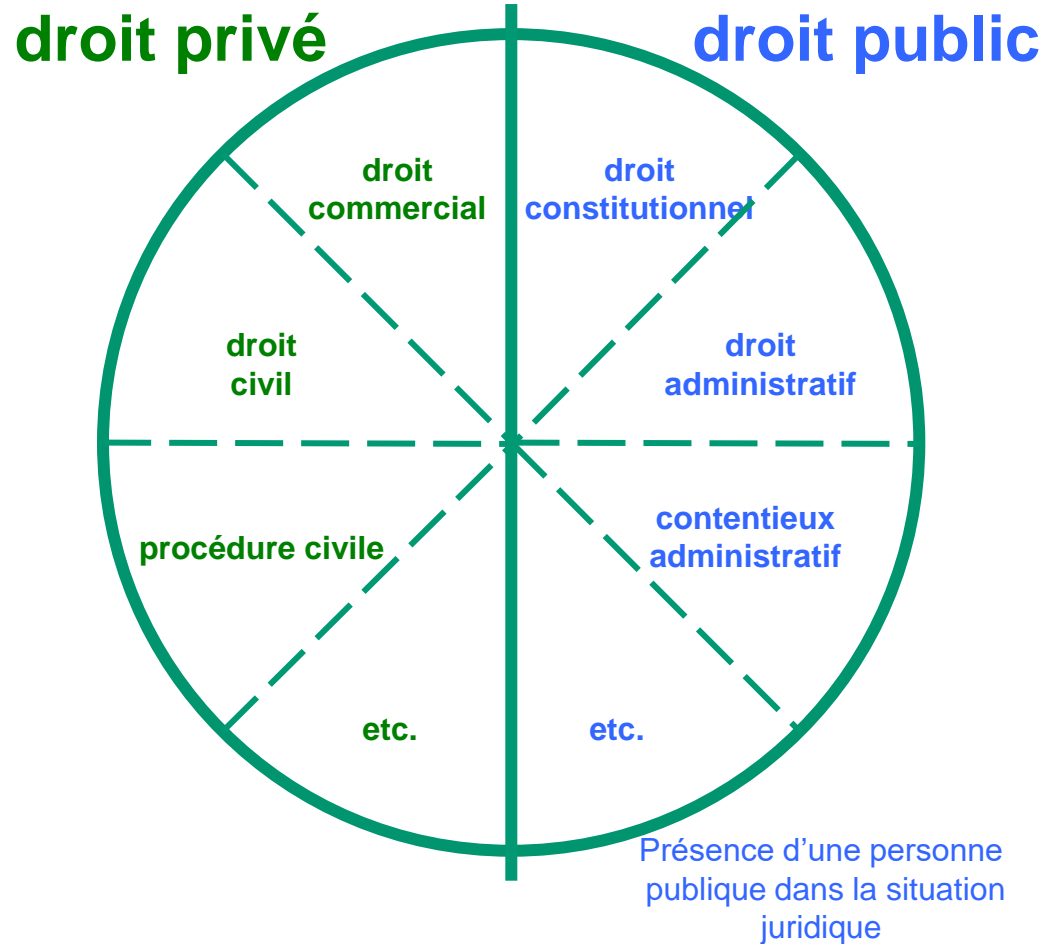


III. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL « AU SENS EUROPÉEN »

1. La distance entre la conception française traditionnelle et le mouvement européen
 - Rappel du mécanisme général de qualification juridique
 - définition et formalisme juridique
 - Le Droit est dans les mots

Méthodologie française des qualifications



Méthodologie française
des qualifications



Action en justice = droit
substantiel en état de guerre

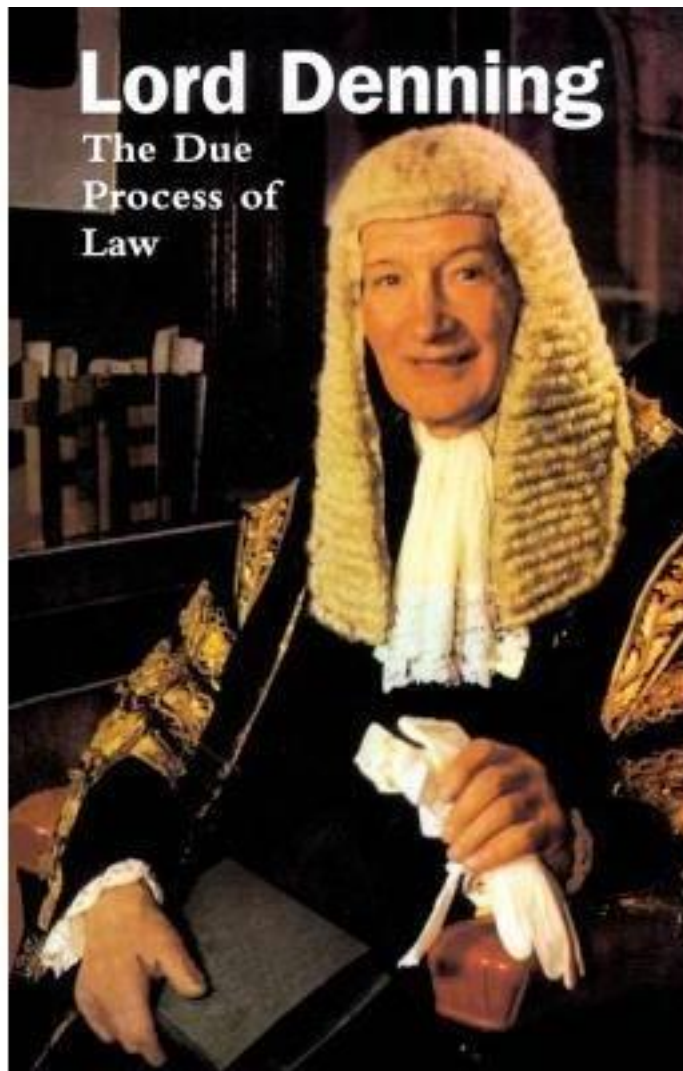
III. LA REVANCHE DU JURIDICTIONNEL PAR L’AFFIRMATION DU RÉGULATEUR COMME TRIBUNAL SOUMIS AUX GARANTIES FONDAMENTALES DE PROCÉDURE

A. LE RÉGULATEUR, TRIBUNAL « AU SENS EUROPÉEN

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

Le “réveil” de l’article 6, §1 CEDH :

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



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



Ass. Plén., 6
février 1999,
Oury

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

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

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



C.E., 3 décembre 1999,
Didier



CEDH., 23 juin 2009,
Dubus c/ France

- Suppression de la Commissions bancaire par la création de l'ACP (devenue depuis l'ACPR) par l'Ordonnance de 2010
- Démonstration de la puissance juridictionnelle dans l'ensemble du Droit de la Régulation bancaire et financière



Application de *Non bis in idem*

Cons. Const.,
18 mars 2015,
EADS

Loi prise en conséquence du 21 juin 2016

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

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

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES DÛES 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*

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

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES DÛES 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*

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

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES DÛES AUX OPÉRATEURS

2. Le droit de protester

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



- 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 ?