

Principes du droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2014

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Cours n°3



**Le régulateur
bancaire et financier**

Mercredi 5 février 2014

Plan de la séance

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité

- A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source
- B. L'admission d'un régulateur légitimé par son efficacité

II. Le régulateur apprécié à l'aune de ses résultats

- A. Les pouvoirs du régulateur
- B. Les limites de la course vers l'efficacité du régulateur

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat

a. L'affirmation traditionnelle du monopole de l'Etat de la violence légitime

- Le pouvoir de l'Etat de déléguer son pouvoir de sanction
- Le pouvoir de l'Etat de déléguer son pouvoir normatif
- La forme naturellement administrative du régulateur
- La nature indépendante du régulateur

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

a. L'affirmation traditionnelle du monopole de l'Etat de la violence légitime (suite)

- Le résultat : une Autorité Administrative Indépendante (A.A.I.) ou Autorité Publique indépendante

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

a. L'affirmation traditionnelle du monopole de l'Etat de la violence légitime (suite)

- L'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.)
 - ❖ Fusion de la COB et du CMF
 - ❖ Structure
 - Personnalité morale
 - président et secrétaire général
 - Collège
 - Commission des sanctions

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

a. L'affirmation traditionnelle du monopole de l'Etat de la violence légitime (suite)

- L'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.)
 - ❖ Pouvoirs
 - Pouvoir réglementaire, Règlement général, instructions et recommandations
 - Pouvoir de contrôle et d'enquête (exemple de la visite mystère)
 - Certification des opérateurs de marché (Prestataires de services d'investissements - PSI)
 - Pouvoir d'injonction (direct si atteinte au droit des épargnants, sur autorisation judiciaire si violation des textes)
 - Pouvoir de sanction
 - Pouvoir d'agir en justice

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

a. L'affirmation traditionnelle du monopole de l'Etat de la violence légitime (suite)

- L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (A.C.P.R.)
 - ❖ Remplacement de l'ACP par l'ACPR par la loi du 26 juillet 2013
 - ❖ Structure
 - Absence de personnalité morale propre
 - Président (Gouverneur de la Banque de France), vice-président (préside le sous-collège du secteur de l'assurance et secrétaires généraux)
 - Collège de supervision
 - Collège de résolution
 - Commission des sanctions

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

a. L'affirmation traditionnelle du monopole de l'Etat de la violence légitime (suite)

- L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (A.C.P.R.)
 - ❖ Pouvoirs
 - Pas de pouvoir réglementaire (mais lignes directrices et « positions »)
 - Pouvoirs de contrôle et d'enquête
 - Pouvoir de supervision
 - Pouvoir d'injonction
 - Pouvoir de sanction
 - Pouvoir de résolution des défaillances

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

b. La réticence française face aux régulateurs professionnels

- Les régulateurs « venus de nulle part »
- L'autocapture
- Le Haut Conseil au Commissariat aux Comptes (H3C)
- Le Comité de Bâle

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

b. La réticence française face aux régulateurs professionnels

- Le Haut Conseil au Commissariat aux Comptes (H3C)
 - ❖ Création par la loi de *sécurité financière* du 1^{er} août 2003
 - ❖ Institution professionnelle placée auprès du garde des Sceaux
 - ❖ Autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale
 - ❖ Co-régule la profession avec la CNCC
 - ❖ Emet un avis sur les normes techniques

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

b. La réticence française face aux régulateurs professionnels

- Le Haut Conseil au Commissariat aux Comptes (H3C)
 - ❖ Organe d'appel des décisions de sanction des commissions régionales des Commissaires aux Comptes
 - ❖ Définit, supervise et veille à l'exécution des contrôles sur les Commissaires aux Comptes
 - ❖ Contrôle déontologique

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

1. Le régulateur, légitime par la source du fait qu'il tient sa place et ses pouvoirs par délégation de l'Etat (suite)

b. La réticence française face aux régulateurs professionnels

- Le Comité de Bâle
 - ❖ Créé en 1974
 - ❖ Réunit les banquiers centraux et les autorités prudentielles de 27 pays
 - ❖ Forum informel
 - ❖ Etablit des standards prudents
 - ❖ Diffuse et promeut les meilleures pratiques bancaires et de surveillance
 - ❖ Promouvoir la coopération internationale prudentielle : accords de Bâle

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

2. Le régulateur, admissible par « nécessité »

a. L'autorégulation bancaire et financière

- La base théorique
- Le cas : les commissions interbancaires
- Le principe de l'interdiction du cumul de la qualité de régulateur et d'opérateur

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

2. Le régulateur, admissible par « nécessité » (suite)

b. Le mixte des deux légitimités dans le fonctionnement des marchés

- La pyramide des régulateurs de premier et de second degrés
- Régulateurs, autorités publiques et « entreprises de marchés »

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

2. Le régulateur, admissible par « nécessité » (suite)

b. Le mixte des deux légitimités dans le fonctionnement des marchés (suite)

- Régulateurs, autorités publiques et régulateurs professionnels
 - ❖ Exemple de la régulation des commissaires aux comptes
 - ❖ Régulation professionnelle de la déontologie
 - ❖ Régulation de marché via le contrôle de la diffusion de fausse information

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

A. L'admission d'un régulateur légitimé par sa source (suite)

2. Le régulateur, admissible par « nécessité » (suite)

b. Le mixte des deux légitimités dans le fonctionnement des marchés (suite)

- Régulation des professions non régulées par ailleurs
 - ❖ Les agences de notation
 - ❖ Les analystes financiers
 - ❖ Les journalistes financiers

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

B. L'admission d'un régulateur légitimé par son efficacité

1. Le régulateur efficace, centre d'un droit de la régulation téléologique

a. Un régulateur crédible en lui-même

- Qui est régulateur ?
- Le choix du régulateur
- La crédibilité du régulateur par celui qui le nomme
- La crédibilité du régulateur par lui-même
- La crédibilité du régulateur par la procédure de nomination, d'incompatibilité et de non-renouvellement

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

B. L'admission d'un régulateur légitimé par son efficacité (suite)

1. Le régulateur efficace, centre d'un droit de la régulation téléologique (suite)

a. Un régulateur crédible en lui-même (suite)

- Le statut particulier de Président d'Autorité de régulation et de supervision
- La crédibilité par l'indépendance
- La crédibilité par l'impartialité

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

B. L'admission d'un régulateur légitimé par son efficacité (suite)

1. Le régulateur efficace, centre d'un droit de la régulation téléologique (suite)

b. Un régulateur crédible par son action

- La crédibilité par l'efficacité
- La nécessité de fixer les finalités et la désignation de qui fixe les fins
- *L'Accountability*

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

B. L'admission d'un régulateur légitimé par son efficacité (suite)

2. La balance entre la légitimité et l'efficacité du régulateur

a. Droit et sociologie politique du « bon régulateur »

- Le régulateur charismatique
- Le régulateur de réseau
- Le régulateur bureaucratique
- Le régulateur économique
- Le régulateur rhétoricien
- Le régulateur fiduciaire
- Le cas d'école : Larry Summer *versus* Janet Yellen

I. Le régulateur apprécié à l'aune de sa légitimité (suite)

B. L'admission d'un régulateur légitimé par son efficacité (suite)

2. La balance entre la légitimité et l'efficacité du régulateur (suite)

b. Le juge, arbitre entre la légitimité et l'efficacité du régulateur

II. Le régulateur apprécié à l'aune de ses résultats

A. Les pouvoirs du régulateur

1. Les pouvoirs *ex ante* du régulateur

a. Le pouvoir de contrôler l'entrée des opérateurs sur le marché

- Le principe légal du monopole bancaire
- Le pouvoir du régulateur de contrôler le changement de contrôle
- C.E., 16 mai 2003, *Crédit Lyonnais – Crédit Agricole*

II. Le régulateur apprécié à l'aune de ses résultats (suite)

A. Les pouvoirs du régulateur (suite)

1. Les pouvoirs *ex ante* du régulateur (suite)

b. Le pouvoir de contrôler en permanence le comportement et le fonctionnement des opérateurs sur le marché

- Le pouvoir de « visite », de contrôle, de visite domiciliaire, de perquisition
- Le principe de transparence (cf. la leçon sur le droit des sociétés)

II. Le régulateur apprécié à l'aune de ses résultats (suite)

A. Les pouvoirs du régulateur (suite)

2. Les pouvoirs *ex post* du régulateur

- a. Le pouvoir de sanction (cf. leçon n°4)
- b. Le pouvoir de suspendre une cotation
- c. Le pouvoir de résoudre une crise
- d. Le pouvoir de saisir le juge judiciaire
- e. Le pouvoir de formuler des avis

II. Le régulateur apprécié à l'aune de ses résultats (suite)

B. Les limites de la course vers l'efficacité du régulateur

1. Les limites dans le choix des personnes nommées ou en charge de réguler

a. La tentation entre l'impartialité et la connaissance technique de l'objet, traduite en droit

- La prévalence de « l'apparence d'impartialité »
- Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury*
- La question du pouvoir d'auto-saisine

II. Le régulateur apprécié à l'aune de ses résultats (suite)

B. Les limites de la course vers l'efficacité du régulateur (suite)

2. Les limites dans les marges de décision du régulateur

- La règle de la collégialité
- L'obligation de motivation
- La motivation des décisions *ex post*
- La motivation des décisions *ex ante*
- L'incertitude quant à l'existence d'un droit à la sécurité juridique opposable au régulateur