

## 5 – RÉGULATION BANCAIRE & FINANCIÈRE ET ÉTAT DE DROIT – Thierry Bonneau, Revue de Droit bancaire et financier n° 1, January 2014, repère 1

Read 

L'État de droit qui désigne, dans un sens étroit, « l'ordre juridique dans lequel le respect du droit est réellement garanti aux sujets de droit, notamment contre l'arbitraire » [1] s'impose à tous, y compris aux autorités de supervision qui sont chargées d'appliquer et de faire respecter la réglementation telle qu'elle résulte des lois et des textes européens en particulier. La réglementation est, selon certains [2], souvent opposée à la régulation. Toutefois, en matière bancaire et financière [3], la régulation s'identifie à la réglementation, étant précisé que la spécificité de la régulation réside dans son contenu – elle englobe tant la *hard law* que la *soft law* – et dans le rôle des autorités de supervision qui est déterminant tant pour l'élaboration que le contrôle de la réglementation.

–

Dès lors que les textes associent ces autorités à l'élaboration de la réglementation ou les autorisent à produire des instruments de droit souple, l'État de droit est incontestablement respecté, du moins si les autorités demeurent dans les limites qui leur sont imposées par les textes. En revanche, l'État de droit nous semble menacé, pour ne pas dire bafoué, dès lors que les autorités de supervision s'écartent de ce que les textes les autorisent à faire. L'interdiction des ventes à découvert en 2008 par l'AMF, en dehors de tout texte l'y autorisant, en est une illustration [4]. En sont également une certains des instruments de doctrine de l'AMF [5], car si les instructions et les recommandations sont prévues par le Code monétaire et financier (C. monét. fin., art. L. 621-6, al. 2), tel n'est pas le cas des positions. Il est vrai que ces dernières constituent seulement « une interprétation des dispositions législatives et réglementaires entrant dans le champ de compétence de l'AMF » et répondent au souci de transparence et de prévisibilité [6]. Mais l'existence même des positions cadre mal avec l'État de droit puisque lesdites positions ne participent pas des instruments auxquels l'AMF peut légalement recourir.

–

Les autorités de supervision, y compris leurs commissions de sanction, doivent veiller à n'exercer que les pouvoirs dont elles ont été dotées par le législateur. C'est la raison pour laquelle, quelle que soit la pertinence des arguments invoqués [7], les commissions des sanctions ne peuvent pas s'auto-attribuer la qualité de juridiction aux fins de pouvoir formuler des questions prioritaires de constitutionnalité [8]. On pourrait, il est vrai, nous rétorquer qu'il s'agit là d'une question d'interprétation des textes et qu'il est tout à fait normal de reconnaître, auxdites commissions, le pouvoir d'interprétation : nous en convenons d'ailleurs, ce qui nous conduit à n'avancer aucune atteinte à l'État de droit – en tout cas pour l'instant – même lorsque les décisions peuvent faire naître un sentiment d'arbitraire, ce qui peut être le cas lorsque des textes font l'objet d'une interprétation « audacieuse » [9] ou lorsque les condamnations sont d'un montant exceptionnel [10], notamment eu égard au montant d'autres condamnations (comparer les affaires LVMH et Raad). Toutefois, lorsque l'interprétation conduit à s'auto-attribuer un pouvoir que le législateur n'a pas conféré, il nous semble qu'il ne s'agit plus seulement d'une question d'interprétation. L'État de droit nous paraît altéré, ce qui nous semble dommageable pour la Démocratie, étant observé que l'on peut se demander si l'État de droit peut être effectivement garanti lorsque c'est la même autorité qui produit les normes et en sanctionne la violation : se pose la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'émanciper les commissions des sanctions et d'en faire des juridictions indépendantes des autorités de supervision [11] ? Cette proposition semble justifiée en particulier lorsque les commissions des sanctions peuvent sanctionner toute personne, et pas seulement des professionnels assujettis au contrôle de l'Autorité dont elles dépendent. On sait toutefois qu'elle pose des difficultés au regard du droit de l'Union européenne [12] et qu'elle va à l'encontre d'une tendance de fond qui tend à éclipser le juge [13] et à multiplier les autorités de supervision en les dotant de pouvoirs de plus en plus importants. Ce qui est regrettable car le pouvoir de sanction s'accommode mal du pouvoir d'édicter des normes, même lorsque celles-ci relèvent du droit souple. Car non seulement la légitimité de ce droit ne

s'impose pas avec évidence [14] mais il masque mal des normes qui s'imposent en fait [15] et qui ne permettent pas en définitive de remédier à l'inflation législative. D'ailleurs soutenir que le droit souple permettra de juguler cette inflation [16] est une opinion étonnante : on ne fait en effet que remplacer une production de normes par une autre !

—

Le Conseil d'État, dans son étude publiée en 2013, est pourtant favorable au développement du droit souple, souligne les contrôles exercés par le juge [17] et formule des propositions pour encadrer le recours au droit souple [18]. Cet encadrement est à l'évidence d'autant plus important que le pouvoir de sanction des autorités de supervision plane sur le droit souple comme le reconnaît le Conseil d'État lui-même [19]. À cet égard, on peut ne pas être convaincu par la position de l'AMF [20] lorsqu'elle souligne à la fois que « le fait de se conformer à une recommandation contribue généralement à nourrir une présomption de conformité à la réglementation » et que, « d'une manière générale, le non-respect d'une recommandation ne peut, en lui-même, caractériser une violation de la réglementation ». Car bien sûr, on peut penser que le non-respect des recommandations laisse planer un soupçon de non-respect.

—

Le droit souple n'est donc pas aussi souple qu'il y paraît. D'ailleurs, les procédures de suivi des recommandations mises en place par les organismes internationaux [21] ainsi que les obligations de s'expliquer qui pèsent sur les autorités nationales qui ne souhaitent pas suivre les recommandations ou les lignes directrices européennes [22] l'illustrent parfaitement. Aussi même si le recours au droit souple peut être justifié, notamment sur le plan international, il ne faut pas, à notre sens, en abuser, que les destinataires du droit souple soient les autorités nationales dans leurs rapports avec les autorités européennes ou bien les acteurs privés dans leurs rapports avec les autorités, nationales ou européennes. Car le risque n'est pas seulement pour l'État de droit ; la Société « toute entière » pourrait en souffrir !

—

—

-

[1] G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant : PUF 1987, v° État, IV, - de droit.

-

-

-

[2] CE, Étude annuelle 2013, Le droit souple : Doc. fr., spéc. p. 35 : V. E. Nicolas et M. Robineau, Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 : JCP G 2013, 1116.

-

-

-

[3] V. Th. Bonneau, Régulation bancaire et financière européenne et internationale : Bruylant 2012, spéc. n° 8, p. 7 et n° 11, p. 9-10.

-  
-  
-  
[4] V. Th. Bonneau, Crise financière : l'AMF hors la loi... pour la bonne cause : RD bancaire et fin. 2008, repère 12.

-  
-  
-  
[5] Cf. Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF, 18 juin 2013.

-  
-  
-  
[6] Principes *préc.*

-  
-  
-  
[7] B. Martin Laprade, « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », Mélanges Philippe Bissara : ANSA, 2013, p. 241 ; La commission des sanctions de l'ACP : une juridiction qui ne dit pas (plus) son nom ! : Bull. Joly Bourse 2013, § 105 p. 319. – A. Couret et B. Dondero, La Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance : JCP E 2011, 1544.

-  
-  
-  
[8] Th. Bonneau, 13 mai 2011 : un nouveau 2 décembre 1804 ? : JCP G 2011, 949. – J.-Ph. Kovar, La commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? : LPA, 9 nov. 2012, n° 225, p. 29 et s.

[9] Notamment dans l'affaire LVMH : V. AMF, Commission des sanctions, 25 juin 2013 : RD bancaire et fin. 2013, comm. 176, note A. Gaudemet ; Bull. Joly Bourse 2013, p ; 471, note D. Schmidt.

-

-

-

[10] 14 millions d'euros infligés à une personne physique : AMF, Commission des sanctions, déc. 18 oct. 2013, Joseph Raad et Charles Rosier.

-

-

-

[11] V. A-V. Le Für, Faut-il faire de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers un tribunal des marchés financiers ?, Mélanges AEDBF-France VI : RB Edition 2013, spéc. p. 335 et s.

-

-

-

[12] V. not. PE et Cons. UE, dir. 2003/6/CE, 28 janv. 2003 sur les opérations d'initié et les manipulations de marché, art. 14

-

-

-

[13] V. Th. Bonneau, Modernité et abus de marché : Actes prat. ing. sociétaire 2012, n° 122, idée nouvelle 2.

-