

Etude sur la régulation bancaire : le passage d'une obscurité critiquable à la transparence ?

Grégory DAMY
Docteur en droit
CREDECO/ CNRS

INTRODUCTION

1.– La France est un pays latin de droit écrit. L'évolution du système bancaire est traditionnellement déterminée par les lois qui régissent la tutelle des banques, c'est à dire les rapports banques-Etat. Cette caractéristique induit à son tour des échanges fréquents entre les dirigeants des banques et ceux de l'Etat. Les rapports banques-économie se font eux aussi essentiellement sur les bases du droit commercial écrit. Il en résulte, de la part des banques, une attitude et un fonctionnement plus juridiques et administratifs¹ qu'économiques et financiers. Le droit dispose donc d'une place prépondérante au sein des banques².

2.– A l'origine, elles étaient assujetties au droit commun, mais à la suite de la crise retentissante des années 1930, une réglementation spécifique leur a été imposée. Celle-ci a réorganisé la profession bancaire et a créé un système public de contrôle. Ces dispositions ont été justifiées par une volonté de protection des déposants contre toute défaillance des établissements. Cependant, substantiellement, derrière les justifications étatiques, c'est le secteur tout entier que la loi a organisé dans l'objectif de contrôler ce rouage primordial de l'économie. Le système bancaire français a ainsi longtemps relevé pour l'essentiel de la puissance publique, aussi bien en termes de détention du capital, qu'en termes de fixation des règles de fonctionnement du marché.

3.– La tutelle des banques fut instituée par les lois des 13 et 14/06/1941³. Cette structure connut par la suite des aménagements⁴. L'Etat nationalisa par la loi du 02/12/1945⁵ les quatre établissements de crédit nationaux⁶. Enfin, au début des années 1980, il nationalisa

¹ Nous utilisons ce terme en référence aux contrôles étatiques qui ont longtemps fait du système bancaire un secteur « quasi administré ». En effet, les banques françaises ont été durablement « gérées en dehors d'un souci prédominant d'efficacité et de rentabilité, puisqu'elles étaient, et sont encore parfois, conçues comme un service public dans le cadre d'une économie longtemps administrée, dont le financement, lui-même administré, était soigneusement cloisonné par l'Etat...elles ont vécu avec cet Etat dans une sorte de contrat quasi-explicite d'échange de faveurs... » elles étaient une sorte d'annexe de l'administration. L. Lombard, *Impact sur l'emploi des changements structurels affectant les services financiers : analyse et réponses syndicales*, Bernard Brunhes consultants Tavistock Institute Sofi, Direction générale emploi, relations industrielles et affaires sociales, Volume 6 : Rapports nationaux avec études de cas, France, 05/1998, p. 9.

² Voir, pour une étude détaillée de cette question, G. Damy, *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes*, Litec, 2005.

³ Loi du 13/06/1941, JO du 06/07/1941, p. 2830 ; loi du 14/06/1941, JO du 06/07/1941, p. 2834

⁴ La législation de 1945-1946 subit quelques aménagements destinés à expurger la discrimination raciale et xénophobe introduite en 1941 dans l'exercice de la profession de banquier et « l'honorabilité » des personnes reconnues aptes à diriger les établissements bancaires et financiers.

⁵ Loi n° 45-015 du 02/12/1945, JO du 03/12/1945, p. 8001.

⁶ Crédit Lyonnais, Société Générale, Comptoir national d'escompte de Paris, Banque nationale pour le commerce et l'industrie. C'était implicitement l'annonce d'une profonde restructuration des banques françaises jugée nécessaire après 1945. Voir, C. Gavalda, « Les regroupements bancaires internes, européens et internationaux », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Presses universitaires de la faculté de droit de

également trente-six banques pour étendre sa mainmise sur 75 % des crédits distribués dans l'idée de maîtriser ce rouage essentiel de l'économie⁷. La technique utilisée a toujours été la même : les actions représentant le capital des sociétés nationalisées visées ont été transférées à l'Etat en pleine propriété, à l'exception des actions détenues par des personnes morales appartenant déjà au secteur public ou destinées à y entrer par l'effet de la loi⁸. Toutes les banques importantes sont ainsi passées sous le contrôle de l'Etat. Ces nationalisations ont donc été apparentées à un début de concentration.

Les interventions de l'Etat dans le système bancaire furent donc fréquentes. Des mesures touchant à l'environnement des banques furent adoptées, telle la réforme du droit des sociétés, la création de la Commission des opérations de bourse, la participation des salariés pour habituer les couches populaires à l'actionnariat et donc contribuer au développement du marché financier. S'ajoutèrent les règles directement destinées à remodeler le système bancaire et à le concentrer : signalons les décrets du 25/01/1966 et du 23/12/1966 décloisonnant les banques d'affaires et de dépôts⁹, le décret du 26/05/1966 fusionnant la Banque Nationale pour le Commerce et l'Industrie et le Comptoir National d'Escompte de Paris pour former la Banque Nationale de Paris¹⁰. Cette opération initiée par l'Etat a constitué la première concentration bancaire française de grande ampleur. Cet interventionnisme s'est cependant peu à peu révélé contraire aux objectifs de compétitivité.

4.- Dès le milieu des années 1980, le gouvernement a ainsi organisé une libéralisation laissant une place plus importante au libre jeu de la concurrence dans le cadre de la loi bancaire du 24/01/1984¹¹. Les dispositions de cette loi ont donc mis en place un environnement juridique favorable aux concentrations bancaires. C'est l'objectif implicite des « trois D : Désintermédiation, Déréglementation, Décloisonnement »¹².

Concernant l'intermédiation, la principale fonction bancaire consiste à créer de la monnaie en accordant des crédits, puis à collecter celle-ci auprès des déposants et épargnants. L'une des mutations essentielles des années soixante-dix et quatre-vingt a été le développement considérable de la désintermédiation par émission principalement d'actions et d'obligations souscrites soit directement soit indirectement par les épargnants ou les investisseurs. L'intermédiation bancaire traditionnelle, dans le cadre de la banque de détail, a décliné. En revanche, ce sont les opérations sur titres qui occupent dans le bilan des banques une place croissante. « La désintermédiation financière tend ainsi à accroître la concurrence entre les banques et les marchés. En raison de la concurrence accrue des marchés, les établissements ont été amenés à aligner les conditions débitrices et créditrices sur les prix de marché »¹³.

Concernant la déréglementation, deux mesures essentielles ont levé les contraintes qui pesaient sur les banques françaises. La première concerne la liberté d'ouverture des guichets qui a favorisé la croissance des banques. Le principe de l'autorisation préalable délivrée par le

Clermond-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ, 2001, p. 117.

⁷ Voir la loi n° 82-155 du 11/02/1982, *JO* du 13/02/1982, p. 566.

⁸ Voir les articles 13 et 30 de la loi du 11/02/1982.

⁹ Décret n° 66-81 du 25/01/1966 ; décret n° 66-1053 du 23/12/1966, *JO* du 31/12/1966, p. 11763.

¹⁰ Décret du 26/05/1966, *JO* du 28/05/1966, p. 4286.

¹¹ Loi n° 84-46 du 24/01/1984 « relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit », entrée en vigueur le 25/07/1984 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, « La loi bancaire du 24/01/1984 », *JCP G* 1985, I, 3176. La plupart des dispositions de cette loi sont aujourd'hui codifiées dans le Code monétaire et financier (voir l'ordonnance n° 2000-1223 du 14/12/2000 relative à la partie législative du Code monétaire et financier, spéc. article 4-I-73°, *JO* du 16/12/2000, p. 20003 et s.). Ce dernier est entré en vigueur le 01/01/2001. Il est devenu la référence à laquelle il convient de se reporter.

¹² Cette formulation est empruntée à Monsieur Henri Bourguinat.

¹³ *Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)* de 1998, p. 73.

Comité des établissements de crédit, instauré en 1982 a été abrogé en 1986. La deuxième concerne la suppression de l'encadrement du crédit qui a favorisé le développement de la concurrence et du processus de concentration.

Enfin, le décloisonnement a eu pour objectif de permettre l'intégration des marchés financiers ainsi que d'établir une saine concurrence entre les principaux protagonistes de la scène financière. Ce décloisonnement est incontestable, car jusqu'à l'arrivée de mesures libérales, le système français était caractérisé par une double mosaïque des crédits et des institutions qui préservait des monopoles¹⁴. Or, la loi bancaire a mis fin au cloisonnement important des réseaux laissant la porte ouverte au processus de concentration.

5.– La première novation de la loi du 24/01/1984 a concerné la mutation du cadre institutionnel. Ainsi, l'article 1 de la loi, inséré dans le Code monétaire et financier à l'article L. 311-1, définit non pas la notion de banque, mais d'établissement de crédit¹⁵.

Avant 1984, il existait plus de trente statuts différents d'établissements de crédit ouvrant souvent à leurs bénéficiaires le monopole de l'exercice de certaines activités, fréquemment assorti d'avantages fiscaux et financiers. La loi a unifié partiellement les statuts bancaires et a reconnu la vocation universelle des établissements de crédit. Cette mesure a favorisé le processus de concentration en limitant le nombre de statuts existants. Cette banalisation relative des statuts a eu une importance primordiale pour l'organisation de la profession. En effet, dès lors qu'ils n'ont plus été soumis à un régime juridique spécial, les établissements concernés ont retrouvé leur liberté d'organisation et ont pu envisager des rapprochements qui étaient jusque là difficilement réalisables.

Cependant, malgré cette unification, la loi n'a pas une vocation totalement universelle. C'est une loi de compromis qui respecte différents intérêts en présence. Même s'il est instauré une unicité du cadre juridique, cela ne signifie pas pour autant que les spécificités statutaires des banques coopératives ou mutualistes aient disparu¹⁶. Ceci a nécessairement une incidence sur la concentration du système bancaire¹⁷.

Par conséquent, il n'est pas interdit de s'interroger sur les justifications du maintien de plusieurs statuts. Leur suppression constituerait un facteur de concentration supplémentaire qui stimulerait les rapprochements nécessaires pour permettre la constitution de groupes d'une taille adaptée à la dimension du marché européen.

6.– L'article 18 de la loi bancaire, inséré à l'article L. 511-9 du Code monétaire et financier, définit cinq catégories d'établissements de crédit :

- Les banques : elles peuvent réaliser toutes les opérations.
- Les banques mutualistes ou coopératives : elles comprennent les Banques Populaires¹⁸, le Crédit Agricole, le Crédit Mutuel et les Caisses d'Epargne. Ces dernières ont constitué à l'origine une catégorie indépendante. En 1999, elles ont été intégrées dans le secteur

¹⁴ Les monopoles en matière de services financiers étaient segmentés mais tout aussi redoutables que les « monopoles naturels » dans les secteurs du gaz ou de l'électricité par exemple.

¹⁵ Concernant la définition de l'établissement de crédit, voir note n° 6.

¹⁶ Il convient de préciser que la loi bancaire vise à soumettre à un cadre juridique commun l'ensemble des établissements de crédit quel que soit leur statut, à raison de leur activité. Il faut donc surtout comprendre que celle-ci vise l'unification des pouvoirs de réglementation, de contrôle et de tutelle du secteur bancaire et financier et non pas l'unification totale des statuts des établissements de crédit.

¹⁷ En effet, le capital des banques coopératives ou mutualistes est juridiquement verrouillé ce qui constitue une situation très favorable pour celles-ci. Ainsi, elles peuvent être en position d'initiateur de concentration mais elles ne peuvent constituer une cible. Cependant, cette situation est défavorable aux banques commerciales qui n'ont pas le droit de prendre le contrôle de banques non commerciales alors que l'inverse est autorisé.

¹⁸ Il convient de préciser que le Crédit Coopératif a adopté la forme juridique de Société coopérative anonyme de banque populaire et a été affilié en qualité de société mère.

mutualiste¹⁹. Le législateur leur a donc conféré une situation hybride. En effet, cet ensemble est composé d'un actionnariat public et mutualiste. Par ailleurs, la perte du but non lucratif des caisses entraîne une conséquence importante. Ces dernières peuvent acquérir des banques commerciales ou d'autres établissements à but lucratif. Subséquemment, quelques semaines après la réforme législative, en août 1999, le groupe des caisses d'épargne a acquis le Crédit Foncier de France²⁰.

- Les caisses de crédit municipal : si elles ont aujourd'hui le monopole des prêts sur gages, cette activité est devenue marginale au profit d'autres formes de prêts à la consommation qu'elles réalisent.

Ces trois catégories d'établissements peuvent effectuer toutes les opérations de banque, mais « dans le respect des limitations qui résultent des textes législatifs et réglementaires qui les régissent ».

La loi est encore plus restrictive pour la quatrième et la cinquième catégorie. Elles ne peuvent pas recevoir du public des dépôts à vue ou à moins de deux ans de terme.

- Les sociétés financières ne peuvent effectuer que les opérations de banque résultant soit de la décision d'agrément qui les concerne, soit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont propres²¹. Elles rassemblent un vaste ensemble d'établissements au sein duquel figurent les sociétés de crédit immobilier et les sociétés de crédit-bail. Ces dernières accordent une forme particulière de crédit, appelée crédit-bail ou leasing, en achetant des biens « loués » ensuite aux clients pour une durée déterminée, ceux-ci ayant en fin de contrat la possibilité d'acheter les biens à leur valeur résiduelle.

- Les institutions financières spécialisées sont des organismes spécialisés auxquels l'Etat a confié une mission particulière d'intérêt public. Leurs opérations doivent être afférentes à cette mission²². Elles comprennent notamment le Crédit Foncier de France²³. Celles-ci englobent aussi la Société des Bourses Françaises²⁴ qui gère le marché français des valeurs mobilières²⁵. Elles ont accueilli la Banque du Développement des Petites et Moyennes Entreprises²⁶, issue du rapprochement entre le Crédit d'Equipeement des Petites et Moyennes Entreprises²⁷ et la Société française pour l'assurance du capital-risque des PME²⁸. Celle-ci a pour mission de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux financements bancaires et de les aider à renforcer leur structure financière. En outre, elles comptent les Sociétés de Développement Régional²⁹, qui ont vocation à favoriser, par des prises de participation, le développement des entreprises moyennes³⁰. Ces dernières sont entrées en crise dans les années 1990. Ainsi, elles n'ont pu conserver leur indépendance. Les Sociétés de

¹⁹ L'article 3 de la loi du 25/06/1999 soumet les Caisses d'Epargne aux dispositions de la loi n° 47-1775 du 10/09/1947 portant statut de la coopération et à celles de la loi n° 66-537 du 24/07/1966.

²⁰ L'opération s'est réalisée pour 4,6 milliards de francs soit 701,265 millions d'euros.

²¹ Article L. 515-1 du Code monétaire et financier ; ancien article 18 al. 6 de la loi n° 84-46 du 24/01/1984.

²² Article L. 516-1 du Code monétaire et financier ; ancien article 18 al. 8 de la loi n° 84-46 du 24/01/1984.

²³ Spécialisé dans l'aide à l'habitat.

²⁴ La SBF.

²⁵ Précisons que MATIF SA organisant le fonctionnement du marché à terme international de France a été absorbé par la SBF en 1999.

²⁶ La BDPME.

²⁷ Le CEPME. Il est issu d'une fusion intervenue en 1981 entre la Caisse de crédit hôtelier, industriel et commercial (CCHIC), la Caisse nationale des marchés de l'Etat (CNME), un établissement financier de la Confédération générale des PME et le Groupement d'intérêt économique des PME (GIPME).

²⁸ La SOFARIS.

²⁹ Les SDR.

³⁰ Sur le statut des SDR, voir le décret n° 55-876 du 30/06/1955, plusieurs fois modifié, notamment par l'article 78 de la loi de Finance n° 56-1357 du 29/12/1956 (*D.* 1957, 13), l'article 7 de la loi de Finance rectificative n° 60-859 du 13/08/1960 (*D.* 1960, 308), les décrets n° 81-140 et 81-141 du 13/02/1981, article 94 IX de la loi bancaire.

développement régional Champex³¹, Expanso³², Tofinso³³, Solder³⁴ et Sodero³⁵ ont donc fait l'objet de prises de contrôle par des Caisses d'épargne³⁶. Sodecco a été rachetée par la Banque régionale de l'Ouest³⁷. La Société de développement régional du Nord-Pas de Calais s'est rapprochée du Crédit Lyonnais. SADE a pris le contrôle de la Société de développement régional du Sud-est, puis a fait l'objet d'une offre publique d'achat par la Banque Générale du Luxembourg³⁸. Enfin, la Société de développement régional de Bretagne s'est rapprochée de la BDPME.

7.– Il convient de préciser que l'état actuel du droit bancaire n'est pas uniquement l'œuvre de la loi du 24/01/1984. Tout au long des années qui suivirent, divers textes ont été adoptés, contribuant à renforcer le phénomène de concentration.

Tout d'abord, plusieurs types de coefficients ont été prévus afin de garantir la liquidité, la solvabilité ainsi que l'équilibre de la structure financière des établissements de crédit.

La plupart des ratios ont pris pour base les capitaux propres des établissements de crédit. Pour assurer l'uniformité des solutions en Europe, une directive sur les fonds propres du 17/04/1989, modifiée le 03/12/1991 et le 16/03/1992, a entrepris de définir cette notion³⁹. Pour l'essentiel, elle s'est inspirée des règles édictées sous l'égide du Comité sur le contrôle bancaire qui siège à Bâle à la Banque des règlements internationaux. Son contenu a été introduit en France par le Règlement du Comité de la réglementation bancaire⁴⁰ n° 90-02 du 23/02/1990, plusieurs fois modifié⁴¹.

Cette directive communautaire a été complétée par une directive du 18/12/1989 relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit, qui a été transposé en France par le Règlement n° 91-05 du 15/02/1991⁴². Ensuite, la directive communautaire du 21/12/1992 sur la surveillance et le contrôle des grands risques des établissements de crédit a été transposée en France par le Règlement n° 93-05 du 21/12/1993. Enfin, la directive communautaire du 15/03/1993 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit a élaboré des règles communes concernant les risques de marché. Elle a été transposée par les Règlements du Comité de la réglementation bancaire n° 95-02 et n° 95-05 du 21/07/1995, qui ont modifié le Règlement n° 91-05⁴³.

³¹ En Champagne-Ardennes.

³² En Aquitaine.

³³ En Midi-Pyrénées.

³⁴ Dans le Languedoc-Roussillon.

³⁵ Dans les Pays de la Loire.

³⁶ Chaque caisse d'épargne peut détenir en propre des filiales régionales. C'est de cette façon que plusieurs caisses ont pu racheter des Sociétés de développement régional.

³⁷ Il s'agit d'une filiale du groupe CIC.

³⁸ La Banque Générale du Luxembourg est une filiale du groupe belge Fortis depuis la réalisation d'une offre publique d'achat en 06/2000.

³⁹ Voir, pour une définition générale de la notion de fonds propres, A. Couret, « Définition des fonds propres, *Petites Affiches*, 17/02/1992, pp. 4-6.

⁴⁰ Il convient de préciser que ce Comité est devenu le Comité de la réglementation bancaire et financière suite à la réforme de la loi de modernisation des activités financières n° 96-597 du 02/07/1996. Celui-ci, à l'origine de nombreux règlements, n'a plus qu'un pouvoir consultatif. En effet, l'article 26 de la loi de sécurité financière (loi n° 2003-706 du 01/08/2003, *JO* n° 177 du 02/08/2003, p. 13220) a transféré ses pouvoirs réglementaires au ministre et l'a baptisé Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières. Toutefois, l'article 47 de la loi précitée a précisé que ses règlements demeurent applicables.

⁴¹ Celui-ci a été modifié par les Règlements n° 91-05 du 15/02/1991, n° 92-02 du 27/01/1992, n° 93-07 du 21/12/1993, n° 94-03 du 08/12/1994, n° 98-03 du 07/12/1998.

⁴² Ce ratio a notamment prévu que les établissements de crédits devaient détenir 8 centimes de fonds propres pour un franc de crédit risqué.

⁴³ Ce dernier Règlement a enfin été modifié par les Règlements n° 96-06, n° 96-07 et n° 96-09 du 24/05/1996, n° 97-04 du 21/02/1997 et n° 98-03 du 07/12/1998.

Ces ratios contraignants ont engendré des rapprochements entre les assureurs et les banques. En effet, ces dernières ont eu besoin des liquidités considérables des assureurs. Ces ratios ont également engendré un adossement des établissements de crédit, ne disposant pas de fonds propres suffisants, à des groupes de taille plus importante⁴⁴.

Par ailleurs, la deuxième directive bancaire⁴⁵ a libéralisé les activités bancaires dans l'Union européenne, notamment par l'établissement d'une licence bancaire unique, dans l'ensemble des pays membres⁴⁶. Elle a également permis d'uniformiser les règles prudentielles entre Etats membres, notamment en termes de capital minimum.

En outre, la directive CEE n° 93/22 adoptée le 10/05/1993⁴⁷ a facilité la libre prestation de services et la liberté d'établissement sur les marchés financiers de l'Union européenne de tout prestataire de services d'investissement ayant son siège social ou sa direction effective dans un des Etats membres. A cette fin, a été instauré un système dit de « passeport européen ». Celui-ci n'implique pas une harmonisation complète des normes relatives aux conditions d'accès à l'activité de prestataire de service d'investissement. Il repose sur le principe de la reconnaissance des agréments accordés par les autorités de l'Etat membre d'origine. La directive énonce quelques conditions minimales d'harmonisation relatives à l'octroi du passeport européen, mais l'Etat membre d'origine demeure libre d'édicter des règles plus strictes.

Par conséquent, la loi de 1984 a été modifiée par la loi n° 92-665 du 16/07/1992⁴⁸ transposant la directive CEE 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 communauté, la reconnaissance mutuelle des agréments délivrés par ces derniers et le principe de la surveillance par le pays d'origine. La nouveauté la plus significative réside ainsi dans le système de la licence unique : l'agrément accordé par l'Etat du siège est valable une fois pour toutes dans l'ensemble de la Communauté. Cette création d'un marché bancaire unique a bien évidemment été la cause primordiale de la concentration puisque les établissements de crédit ont pu se faire concurrence librement sur l'ensemble du territoire européen.

Enfin, la directive CEE n° 93/22 du 10/05/1993 a été transposée en droit français par la loi n° 96-597 du 02/07/1996⁴⁹. Cette dernière adopte une nouvelle structure juridique fondée sur les métiers et non plus sur les marchés. Elle consacre l'unité du marché financier tout en maintenant la spécificité de l'intermédiation financière par rapport aux métiers du crédit.

⁴⁴ Le ratio Mac Donough, qui entrera en application en 2007, devrait également contribuer à amplifier le phénomène de concentration.

⁴⁵ Directive CEE n° 89/646 du 15/12/1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE*, n° L 386, 30/12/1989, pp. 1-13. Celle-ci a été codifiée par la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20/03/2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* n° L 126, 26/05/2000, p. 1 et s. Voir, L. Garcia Collados, « La codification des directives bancaires », *Eurédia*, 2000, n° 3, p. 313 et s. ; B. Sousi, « La codification des directives relatives aux établissements de crédit », *Banque et Droit*, n° 73, 2000, p. 13 et s.

⁴⁶ Le « passeport européen ».

⁴⁷ Directive CEE n° 93/22 du 10/05/1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, *JOCE*, n° L 141, 11/06/1993, pp. 27-46, Voir la présentation de la directive dans le *Rapport de la Commission bancaire et financière* belge, 1992-1993, spéc. p. 74.

⁴⁸ Loi n° 92-665 du 16/07/1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit, insérée dans le Code monétaire et financier.

⁴⁹ Loi n° 96-597 du 02/07/1996 de modernisation des activités financières (*JO* n° 154 du 04/07/1996, p. 10063) insérée dans le Code monétaire et financier.

8.– Dans ce contexte, l'Etat a été amené à privatiser les banques⁵⁰. Ce processus a aussi contribué à accroître la concentration du système bancaire. En effet, retournés au secteur privé, les principaux établissements retrouvèrent leur liberté d'initiative et purent s'engager dans des concentrations que leur appartenance au secteur public avait longtemps freiné. Le transfert des banques du secteur public au secteur privé s'est réalisé principalement en trois étapes. Les privatisations de 1986 à 1988 ont concerné 73 banques, essentiellement la banque des Bâtiments et des Travaux Publics, la Banque Industrielle et Immobilière Privée, la Caisse Nationale du Crédit Agricole, la Compagnie financière de Paribas, la Compagnie financière de Suez, la Compagnie financière du Crédit Commercial de France et la Société Générale. Après une interruption de cinq ans, correspondant à la période du « ni-ni »⁵¹, le programme de privatisation reprit en 1993. Les privatisations de 1993 et 1994 ont notamment porté sur la BNP et la Banque Marseillaise de Crédit. De nouveaux transferts du secteur public au secteur privé ont été réalisés depuis : ils ont concerné en 1995 la BFCE et le Crédit Local de France, en 1996 deux banques du groupe Renault et trois filiales du Crédit Lyonnais, en 1997 une filiale du groupe GAN, en 1998 les autres filiales du GAN, notamment le groupe du CIC ainsi que la Société Marseillaise de Crédit et ses filiales, en 1999 le Crédit Lyonnais et enfin en 2001 la banque Hervet.

9.– En définitive, la loi bancaire ainsi que les textes élaborés postérieurement ont permis une déréglementation, une harmonisation des règles prudentielles et logiquement une activation de la concurrence entre établissements de crédit.

10.. – Incontestablement, des contrôles bancaires ont été institués dans le but d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement du système bancaire. L'originalité de ces contrôles est liée au risque systémique⁵² accru engendré par ces concentrations qui renforcent la nécessité d'une régulation. En effet, l'importance des groupes créés peut éventuellement conduire à un accroissement du risque de saturation des systèmes de paiement et à une insuffisance de la couverture des dépôts. Mais l'argument central est celui du « too big to fail »⁵³. Au-delà d'une certaine taille, variable d'un pays à l'autre et, dans le même pays, d'une période à l'autre, un établissement de crédit ne peut être défaillant sans engendrer par des effets de contagion, un risque systémique majeur. Les autorités monétaires feront tout pour l'éviter⁵⁴. Dès lors, ces « méga-banques »⁵⁵ pourraient bénéficier d'une garantie publique de fait, ce qui renforcerait l'aléa moral. Ces dernières pourraient ainsi choisir de s'engager dans des activités plus risquées et volatiles, s'estimant assurées d'être sauvées en cas de difficultés. Les

⁵⁰ Le choix de l'Etat de se désengager du système bancaire en tant qu'actionnaire provient aussi de la logique budgétaire. La conjoncture des deux dernières décennies et l'endettement important de l'Etat ont fait de la cession d'actifs une nécessité économique.

⁵¹ Ni nationalisation, ni privatisation.

⁵² Le risque systémique correspond à la paralysie du système financier. Selon certains économistes comme les monétaristes, il provient de crises bancaires en chaîne provoquant une contraction de la liquidité. Il engendre des difficultés qui mettent en cause le fonctionnement de l'ensemble du système bancaire, voire qui affecte les conditions générales de financement de l'économie (P.-H. Cassou, *La réglementation bancaire, op. cit.* p. 176). Dans une chronique, l'auteur affirme que la régulation bancaire a un « caractère systémique » (P.-H. Cassou, « La réforme des autorités des secteurs de la banque et de l'assurance prévue par la loi n° 2003-706 du 01/08/2003 de sécurité financière », *Petites Affiches*, 14/11/2003, p. 19).

⁵³ Traduction de l'auteur : trop gros pour faire faillite.

⁵⁴ C. De Boissieu, « Attraites et périls de la concentration bancaire », *Sociétal*, n° 26, 2000, p. 70. Il convient de préciser que l'analyse de l'auteur est d'autant plus intéressante que celui-ci est membre du CECEI. Il s'exprime à titre strictement personnel mais il est pertinent de considérer que son opinion reflète au moins en partie celle du CECEI.

⁵⁵ Cette expression est empruntée à J. Metais et F.-L. Michaud dans leur article « Les méga-fusions bancaires et le dilemme efficacité-stabilité », Rapport de la Communication aux journées de l'AFSE, Orléans, 17 et 18/05/2001, p. 24.

concentrations bancaires peuvent donc fragiliser le système bancaire, c'est la raison pour laquelle un contrôle renforcé est à notre avis nécessaire⁵⁶.

11. – Comme nous l'avons déjà précisé, c'est dans le sens d'une déréglementation que le choix du gouvernement français s'est prononcé. La déréglementation ne signifie pas moins de règles, mais un redéploiement des normes. Elle nécessite une régulation. Ainsi, la loi bancaire, modifiée par la loi de modernisation des activités financières, a mis en place un processus de libéralisation contrôlé du système bancaire et financier. Ceci a abouti à la création d'autorités de contrôle originales qui exercent des contrôles bancaires étendus.

12. – La profession bancaire est donc régulée par un certain nombre d'institutions dont l'organisation et la compétence sont originales. La loi de modernisation des activités financières, quant à elle, a introduit la banque dans les métiers du titre. L'unité du marché financier est ainsi consacrée afin d'assurer une meilleure régulation. Il résulte de cette dualité de fonctions que les organes de tutelle des établissements de crédit contrôlent aussi les entreprises d'investissement. Ils voient donc leur compétence élargie et leur dénomination modifiée⁵⁷.

13. – Ces organes ont des structures juridiques diverses voire incertaines. Ainsi, par exemple, la question de savoir si le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement⁵⁸ peut être qualifié d'autorité administrative indépendante est juridiquement discutée. En effet, le CECEI n'est pas qualifié par la loi du 24/01/1984⁵⁹. Celle-ci dispose qu'« il est institué (...) un Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement dont les membres titulaires sont choisis au sein du Conseil national du crédit et du titre »⁶⁰. La doctrine majoritaire se fondant sur cet article, n'y voit qu'une émanation du Conseil national du crédit et du titre et non une véritable autorité indépendante⁶¹. Cependant, une partie de la doctrine a suggéré, dès la naissance de ce Comité, de le qualifier d'autorité administrative indépendante⁶². Cette qualification a rencontré par la suite un certain écho dans la doctrine⁶³. Aujourd'hui encore, une telle position est défendue par plusieurs spécialistes du droit bancaire tels que Monsieur Bonneau⁶⁴. Dans ce sens, le Rapport public du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes fait expressément référence au CECEI à plusieurs reprises⁶⁵. Enfin, le Comité a même été qualifié d'autorité administrative indépendante lors du débat parlementaire ayant précédé l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques⁶⁶. Pourtant, faute de certitude, il faut se contenter de la qualification *sui generis* proposée par le CECEI lui-même, qui se définit comme « une autorité administrative collégiale à laquelle un pouvoir de décision a été confié vis-à-vis de la

⁵⁶ Un contrôle de type systémique est donc mis en œuvre. Il s'agit d'un outil d'efficacité qui s'articule sur des principes objectifs et téléologiques, au besoin au détriment des principes classiques.

⁵⁷ Voir J.-L. Butsch, « Les autorités bancaires » in *La modernisation des activités financières* (sous la direction de T. Bonneau), 1996, p. 69.

⁵⁸ CECEI.

⁵⁹ Telle que modifiée par la loi du 02/07/1996.

⁶⁰ Article L. 612-3 du Code monétaire et financier ; ancien article 29 de la loi du 24/01/1984.

⁶¹ P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 1^{ière} éd., Dalloz, 1998, n° 367, p. 435.

⁶² F. Gazier et Y. Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », EDCE, n° 35, 1983-1984.

⁶³ Doctrine évoquée par M.-J. Guédon in *Les autorités administratives indépendantes*, 1^{ière} éd., coll. Système, 1991, p. 12. L'auteur cite le Comité parmi les organismes qualifiés d'AAI par les partisans de la conception large de la notion telle que celle défendue dans l'étude précitée.

⁶⁴ T. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 5^{ième} éd., 2003, n° 155.

⁶⁵ Conseil d'Etat, *Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes*, Etudes et Documents, n° 52, La Documentation Française, 2001, p. 351.

⁶⁶ Voir le débat parlementaire concernant l'amendement 415 au projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (www.assemblee-nationale.fr). Celui-ci concerne le contrôle des établissements de crédit. Dans le cadre du débat parlementaire, le secrétaire d'Etat a expressément qualifié le CECEI d'autorité administrative indépendante.

profession bancaire par la loi du 24/01/1984 (...) »⁶⁷. En ce qui concerne la Commission bancaire, les textes la qualifie de juridiction administrative. Certes, celle-ci ne participe pas à l'élaboration des règles de droit. Toutefois, son rôle de contrôle d'un secteur économique conduit à rapprocher cette Commission des autres autorités administratives indépendantes. En outre, la qualification de juridiction administrative est inutile puisque lesdits pouvoirs ne sont pas dépendants de cette qualification. Aussi, est-il possible d'estimer, sans s'en tenir à la qualification légale, que la Commission bancaire est une autorité administrative indépendante.

14. – Logiquement, l'absence de certitude quant à la qualification d'autorités administratives indépendantes nous amène à rechercher une qualification plus adéquate. Il nous semble que seule la notion d'autorité de régulation peut offrir une certaine unité. Cette qualification peut être retenue dans la mesure où elles ont chacune vocation à réguler le système bancaire à travers leurs contrôles prudentiels.

15. – Ces autorités de régulation que sont le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (I) et la Commission bancaire (II) seront présentées successivement dans un objectif pédagogique.

I: Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

16. – Le CECEI fait l'objet d'un fonctionnement spécifique (A). En outre, sa compétence est étendue et multidisciplinaire. Ceci lui permet d'effectuer un large contrôle des concentrations bancaires. En effet, les modifications apportées à des éléments essentiels de la situation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, qui ont d'abord été agréés par le Comité au début de leur existence, sont soumises à une autorisation préalable de sa part (B).

A/ La spécificité du fonctionnement du CECEI

17. – Son fonctionnement est régi par des règles générales et par des règles propres à certains types de décision.

18. – La loi relative aux nouvelles régulations économiques⁶⁸ a rendu son fonctionnement plus transparent en prévoyant notamment la publication au Journal Officiel d'un règlement intérieur⁶⁹. Mais, au jour du 01/09/2005, ce Règlement intérieur et le décret corrélatif n'ont toujours pas été adoptés. Ainsi, à l'heure actuelle, il n'existe pas de règles fixant un quorum régissant les délibérations de ce Comité. La porte est donc ouverte à l'arbitraire. De surcroît, le secrétariat de cette autorité fonctionne sans aucune base juridique ce qui est éminemment contestable. Le souhait du législateur était donc de rendre l'autorité plus transparente. Néanmoins, cette dernière a fait le choix de demeurer dans l'obscurité.

19. – Les membres y siègent pour beaucoup en qualité de dirigeant de telle ou telle institution administrative. Ceci tend à accroître la légitimité du fonctionnement de l'autorité de régulation car elle est le lieu où se rencontrent d'autres institutions. Ceci tend aussi à

⁶⁷ Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) de 1998, p. 215.

⁶⁸ Loi n° 2001-420 du 15/05/2001, JO du 16/05/2001, p. 7776.

⁶⁹ Article L. 612-4 du Code monétaire et financier.

encourager de fait l'« interrégulation »⁷⁰. Cependant, l'effectivité de l'indépendance de fonctionnement du CECEI en est fragilisée⁷¹.

20. – La loi relative aux nouvelles régulations économiques a élargi sa composition⁷². Elle y a inclus un conseiller à la Cour de cassation et a renforcé la présence des représentants des organisations syndicales représentatives du personnel⁷³. Ces dernières participent pleinement aux activités du Comité en y siégeant. L'enjeu est d'accroître la crédibilité de cet organisme, notamment dans son indépendance par rapport aux corps constitués et aux administrations classiques. D'une part, cet accroissement des représentants syndicaux des banques dans les organismes de contrôle est un moyen de prendre en considération les soucis des salariés dans les procédures de contrôle des mouvements financiers. D'autre part, il s'agit d'un moyen de renverser la relation de subordination qui pèse sur les salariés dans un objectif de meilleur équilibre des rapports de force. Il convient de préciser que le CECEI est la seule autorité de régulation française faisant participer les syndicats à son fonctionnement⁷⁴.

21. – En principe, le CECEI se réunit mensuellement. Toutefois, des urgences particulières, notamment en cas de concentration bancaire, peuvent nécessiter la tenue de réunions supplémentaires. Ainsi, en 2003, lors de l'examen de l'offre publique du Crédit Agricole sur le Crédit Lyonnais, le CECEI a organisé quatre réunions extraordinaires.

22. – La loi n° 92-665 du 16/07/1992 a soumis au secret professionnel toute personne qui participe ou a participé aux délibérations ou aux activités du Comité⁷⁵.

23. – Toutes les décisions du Comité sont prises à la majorité, doivent être motivées, et sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative⁷⁶.

24. – Enfin, les règles de procédure du CECEI émanent de diverses dispositions spécifiques de la loi du 24/01/1984 modifiée et insérée dans le Code monétaire et financier. Il n'y a pas de délai uniforme pour que le Comité statue sur les demandes qui lui sont présentées. Ainsi, pour délivrer un agrément bancaire, le Comité statue dans un délai de douze mois à compter de la demande⁷⁷. Or, pour l'agrément autorisant la fourniture d'un ou plusieurs services d'investissement à un établissement de crédit ou pour celui d'entreprise d'investissement⁷⁸, il dispose d'un délai de trois mois pour statuer à compter de la transmission de la requête. En ce qui concerne les autorisations de prises de participations prévues par la réglementation, le Comité dispose d'un délai de trois mois pour les établissements de crédit. Le silence gardé pendant ces trois mois vaut octroi de l'autorisation demandée⁷⁹.

⁷⁰ Cette expression est empruntée à M.-A. Frison-Roche, dans son article « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 615.

⁷¹ M.-A. Frison-Roche, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Rev. éco. fin.*, n° 60, 2001, p. 93.

⁷² *Rapport annuel du Comité de la réglementation bancaire et financière* de 2001, p. 19 ; *Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)* de 2001, p. 49.

⁷³ Il convient de préciser que le législateur a prévu la présence d'un deuxième membre au sein du Comité.

⁷⁴ M.-A. Frison-Roche, « La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques », *D.* 2001, interview p. 1931.

⁷⁵ Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, et ne fait pas obstacle, sous certaines conditions, à la transmission d'informations à des autorités étrangères ou à des systèmes de garantie des dépôts. Le Comité est également autorisé à transmettre des informations à la Commission européenne.

⁷⁶ Les recours doivent être dirigés contre l'Etat, le Comité n'ayant pas de personnalité juridique. S'il s'agit d'un recours en excès de pouvoir, il doit être porté devant le Conseil d'Etat, seul compétent pour connaître des décisions contre les organismes collégiaux à compétence nationale. En revanche, les recours en responsabilité pour les dommages résultant d'une décision du CECEI doivent être portés devant les tribunaux administratifs.

⁷⁷ Article L. 511-10 al. 5 du Code monétaire et financier, ancien article 15 al. 5 de la Loi n° 84-46 du 24/01/1984.

⁷⁸ Entreprise d'investissement autre que société de portefeuille.

⁷⁹ Article 16 du Règlement n° 96-16 du 20/12/1996 du Comité de la réglementation bancaire et financière, *JO* du 29/01/1997. Il convient de préciser qu'avec l'accélération des restructurations dans le système bancaire, le

25. – Ayant démontré que le CECEI dispose de règles de fonctionnement spécifiques, il convient également de prouver que le contrôle qu'il effectue est spécifique.

B/ La spécificité du contrôle du CECEI

26. – Le CECEI est chargé de missions de contrôle spécifiques à l'égard des établissements de crédit (1). L'exercice de ces missions engendre des critiques sur la légitimité de cette autorité de régulation (2).

1/ Les missions de contrôle spécifiques à l'égard des établissements de crédit

27. – Le CECEI est primordial dans le cadre du contrôle des concentrations bancaires. En effet, il est chargé de veiller au bon fonctionnement du système bancaire et à la protection des clients. Ainsi, il doit prendre toutes les décisions de caractère individuel prévues par les dispositions législatives ou réglementaires applicables aux établissements de crédit, sauf celles qui relèvent de la Commission bancaire⁸⁰. Concrètement, il est chargé d'accorder les agréments et les autorisations de prises de participation.

28. – Depuis l'affaire BNP/ Société Générale/ Paribas, il s'est imposé comme une véritable autorité de marché⁸¹. En effet, en prenant une série de décisions successives sur les conditions d'acceptabilité de la prise de contrôle de la Société Générale et Paribas par la BNP, il a élargi le domaine de son contrôle. Il s'est octroyé une véritable faculté d'appréciation de l'opportunité économique des opérations. Toutefois, il est louable de se demander si ce pouvoir est conforme à sa vocation légale.

29. – Il règne donc en maître quasi absolu sur la structure des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Concrètement, celui-ci exerce un contrôle technique spécifique aux concentrations bancaires afin de protéger l'équilibre du système bancaire et financier. Or, assurer la stabilité du système nécessite d'abord de garantir la stabilité de tous les établissements qui le composent et, notamment, de contrôler que ceux-ci fassent l'objet d'une « gestion saine et prudente »⁸².

30. – Ainsi, le Comité est compétent pour autoriser les prises de participation dans les établissements de crédit ainsi que les établissements financiers qui détiennent au moins un établissement de crédit⁸³.

31. – En outre, la loi de modernisation des activités financières du 02/07/1996 a élargi sa compétence aux agréments nécessaires pour exercer l'activité de prestataire de services d'investissement en France⁸⁴, ainsi que pour gérer le passeport européen dans ce domaine. La

Comité doit faire face à de nombreuses situations dans lesquelles les demandeurs souhaitent obtenir des décisions dans un bref délai. Par conséquent, celui-ci devrait procéder plus rapidement à l'examen des opérations.

⁸⁰ Article L. 612 du Code monétaire et financier ; ancien article 31 de la Loi n° 84-46 du 24/01/1984.

⁸¹ J.-J. Daigre, « Des offres publiques bancaires De quelques enseignements généraux tirés de l'affaire BNP – Société Générale – Paribas », *JCP G* 2000, I, 200, p. 135.

⁸² Expression tirée de l'article 11 § 1 de la deuxième directive de coordination bancaire du 15/12/1989 codifié à l'article 16 § 1 de la directive n° 2000/12 du 20/03/2000, *JOCE* n° L 126, 26/05/2000.

⁸³ C'est à dire une population proche des compagnies financières visées par les articles L. 517-1 et L. 613-32 du Code monétaire et financier (anciens articles 72 à 74 de la loi bancaire).

⁸⁴ Cette loi a fait œuvre d'unification, en créant un cadre spécifique à l'ensemble des entreprises qui fournissent à la clientèle des services d'investissement, désormais désignées sous l'appellation commune de prestataires de services d'investissement.

gestion de celui-ci, tant en ce qui concerne les établissements de droit français que les établissements communautaires, confirme la spécificité de sa mission.

32. – Jusqu'à l'adoption de la loi de sécurité financière⁸⁵, si le projet comportait des services d'investissements, le Comité devait coordonner étroitement son action avec le Conseil des marchés financiers⁸⁶ et la Commission des opérations de bourse dans le cas de gestion de portefeuille pour le compte de tiers. En effet, ces deux organismes devaient donner leur approbation ou leur refus sur le programme d'activité de services d'investissement. Cette approbation était nécessaire pour chaque service d'investissement fourni, au nombre desquels figuraient la réception et la transmission d'ordres pour compte de tiers⁸⁷. Enfin, le CECEI était tenu de refuser l'agrément à l'entreprise dont le programme d'activité n'avait pas été approuvé par le Conseil des marchés financiers. La loi de sécurité financière⁸⁸ a maintenu l'approbation du programme d'activité portant sur l'activité de gestion de portefeuille pour compte de tiers, mais a supprimé celle relative aux autres services d'investissement. L'autorité des marchés financiers, qui a remplacé le Conseil des marchés financiers et la Commission des opérations de bourse⁸⁹, n'a donc à intervenir lors de l'agrément qu'en matière de gestion de portefeuille pour approuver le programme d'activité portant sur cette activité. Elle n'a pas à approuver le programme d'activité portant sur les autres services d'investissement⁹⁰.

33. – Pour éviter que la juxtaposition de ces procédures n'allonge indûment la durée d'instruction des dossiers, voire fasse apparaître des différences d'interprétation, les secrétariats des autorités ont tenu des réunions régulières, celles-ci permettant un premier examen des dossiers. Ceci a pu être constaté dans des concentrations récentes telle que l'affaire BNP/ Société Générale/ Paribas⁹¹.

34. – Au début de l'année 1999, la Société Générale et Paribas ont abouti à un accord de rapprochement. Le 11/02/1999, le CECEI a autorisé la prise de contrôle majoritaire de Paribas par la Société Générale moyennant un certain nombre d'engagements de celle-ci pour renforcer l'organisation du contrôle du nouveau groupe. Ces engagements ont eu pour objectif de garantir la protection du système bancaire et financier.

35. – Cependant, le 09/03/1999, la BNP qui s'est trouvée marginalisée par cette offre publique, a réagi d'une manière très inattendue en contre-attaquant. Ainsi, elle a lancé une offre publique d'échange sur ces deux banques dans l'objectif de créer SBP, une puissante banque de réseau, qui réunirait la Société Générale, la BNP, et Paribas.

36. – Une telle initiative a pris de court non seulement les banques cibles mais également les pouvoirs publics et les marchés⁹². Devant l'ampleur de l'opération, le ministre de l'économie et des finances a publié, conjointement avec le président du CECEI, un communiqué par lequel il a affirmé « examiner avec attention les conséquences de cette opération... »⁹³. L'autorité de contrôle bancaire s'est alors trouvée dans l'obligation d'arbitrer entre deux visions de l'avenir de la banque française.

⁸⁵ Loi de sécurité financière, n° 2003-706 du 01/08/2003, JO n° 177 du 02/08/2003, p. 13220.

⁸⁶ Article L. 532-1 du Code monétaire et financier ; ancien article 11 de la loi n° 96-597 du 02/07/1996.

⁸⁷ Article L. 321-1 du Code monétaire et financier ; ancien article 4 de la loi n° 96-597 du 02/07/1996.

⁸⁸ Article 40 de la loi du 01/08/2003 qui a réécrit l'article L. 532-1 al. 2 du Code monétaire et financier.

⁸⁹ Voir *infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, l'étude consacrée à l'Autorité des marchés financiers.

⁹⁰ Voir, T. Bonneau, « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 », *JCP E* 2003, 1325, p. 1474.

⁹¹ *Fréquence Banque*, 09-10/1999, p. 12.

⁹² Le journal *Le Monde* titre, le 12/03/1999, « L'offensive de la BNP plonge le monde bancaire dans la confusion », p. 1.

⁹³ A ce propos, voir C. Touboul, *op. cit.*, p. 16.

37. – Le 29/03/1999, le Comité a autorisé la BNP à prendre le contrôle à 50,01 % au moins des droits de vote de Paribas ainsi que de la Société Générale⁹⁴. Dans sa décision, le Comité n'a donc envisagé que l'hypothèse d'un contrôle majoritaire. Il a considéré, notamment, que l'opération projetée paraissait apte à répondre au besoin de sécurité de la clientèle. Elle ne nécessitait pas que la BNP mobilise des moyens financiers supplémentaires. Ainsi, elle paraissait compatible avec le bon fonctionnement du système bancaire français. L'autorisation a concerné le changement de contrôle potentiel de plus de 100 établissements.

38. – Dans le communiqué publié à l'issue de la séance du 29/03/1999, le Comité a rappelé que chacune de ses autorisations ne vaut que pour le projet dont il a été saisi et dans les conditions sur lesquelles il a fondé sa décision. Il s'est donc réservé un droit d'examen, d'une part, des surenchères qui pourraient être ultérieurement lancées, d'autre part, des situations créées par l'existence éventuelle de participations minoritaires.

39. – Le 14/06/1999, la Société Générale a relevé son offre sur Paribas. Le Comité a autorisé, le 01/07/1999, la Société Générale à prendre le contrôle de Paribas à 50,01 % au moins, moyennant des engagements, destinés à tenir compte du versement d'une soulte et de l'annonce de la mise en œuvre d'un programme de rachat d'actions.

40. – A l'issue de sa réunion du 01/07/1999, le Comité a indiqué que, dans le cas où les actionnaires ne trancheraient pas nettement entre les deux initiateurs et où ces derniers souhaiteraient néanmoins acquérir des participations minoritaires, il examinerait les solutions industrielles claires et concertées proposées.

41. – Le Comité n'a envisagé l'hypothèse d'un contrôle minoritaire que dans un communiqué du 07/07/1999. Il a précisé qu'il se prononcerait au regard de l'existence d'un pouvoir effectif de contrôle des établissements concernés. Pour la première fois, il admettait une prise de contrôle minoritaire, mais exigeait qu'elle confère le contrôle à l'offrant.

42. – Après l'annonce par la BNP de nouvelles conditions de son offre sur la Société Générale et sur Paribas, le Comité l'a autorisé à réaliser son projet. Il a tenu compte des engagements pris par la BNP concernant le traitement comptable et prudentiel des certificats de valeur garantie⁹⁵ qu'elle avait proposés aux actionnaires de Paribas⁹⁶. Celui-ci a donc précisé les conditions d'utilisation des certificats de valeur garantie étant donné que rien n'avait encore été prévu pour leur maniement par une banque et qu'aucun contrôle prudentiel n'existait en la matière. Il a considéré *in fine* que l'opération de la BNP pouvait être acceptée « en raison des engagements souscrits par la banque »⁹⁷. Ils concernaient en particulier « le mode d'évaluation à leur valeur nominative, des certificats de valeur garantie, leur déduction immédiate du montant des fonds propres servant au calcul des ratios prudentiels et la constitution progressive d'une réserve spécifiquement dédiée, contribuant au maintien de la solvabilité de l'établissement, notamment lors du paiement éventuel des certificats de valeur

⁹⁴ Communiqué du CECEI du 29/03/1999.

⁹⁵ Précisons que le certificat de valeur garantie a pour vocation d'alléger le coût d'une offre. L'initiateur propose aux actionnaires de conserver des titres en contrepartie d'une garantie de cours. L'espoir de l'offrant est que, compte tenu de la garantie, certains conservent leurs titres, de sorte qu'il n'aura pas à acquérir la totalité, et que le cours du titre ne sera pas à l'échéance, inférieur au prix proposé. A défaut, les détenteurs des titres sont assurés de recevoir une indemnisation, par différence entre le cours réel et le cours garanti. Voir, sur la nature juridique des certificats de valeur garantie, G. Decocq, Une nouvelle forme de valeur mobilière : les certificats de valeur garantie », *JCP E*, 1997, 650, pp. 181-185 ; F.-G. Trébulle, « De la nature des certificats de valeur garantie », *JCP E* 1999, pp. 114-118.

⁹⁶ La BNP avait décidé de créer des certificats de valeur garantie car ils permettaient à ses actionnaires d'être moins dilués. En effet, l'initiateur émettait moins de titres. En outre, ceci donnait à l'actionnaire, qui apportait à l'échange un titre, une part de certitude sur l'offre de la BNP, cette dernière s'engageant, par le certificat de valeur garantie, sur les potentialités de développement de la future structure.

⁹⁷ Le risque engendré pour la banque en cas de chute du cours de bourse des titres est évident. Ceci justifie la vigilance du Comité.

garantie à leur échéance »⁹⁸. Le Comité a donc pris toutes les mesures permettant d'assurer la protection du système bancaire et financier. Par ailleurs, il a été prévu l'hypothèse dans laquelle interviendrait, par la suite, une opération ayant pour effet de conduire la BNP à perdre le contrôle mentionné ci-dessus. Celle-ci devrait solliciter une nouvelle autorisation du Comité, qui se prononcerait, notamment, au regard de l'existence d'un pouvoir effectif de contrôle des établissements concernés⁹⁹.

43. – Le 16/07/1999, dans une lettre explicative, Monsieur Jean-Claude Trichet, gouverneur de la Banque de France et président du CECEI, a répondu à des questions posées par la Société Générale¹⁰⁰. Il a indiqué, d'une part que le seuil de 50,01 % doit s'entendre en droits de vote, d'autre part que la demande d'une solution concertée en cas de prise de participation minoritaire était justifiée par le souci du bon fonctionnement du système bancaire¹⁰¹.

44. – Le 17/08/1999, le Comité a pris connaissance et procédé à un premier examen de la situation découlant des résultats provisoires des offres publiques publiés le 14/08/1999.

45. – Le 24/08/1999, le Comité s'est rassemblé à nouveau. Il a constaté l'acquisition de la majorité de Paribas et a entendu les explications complémentaires des présidents de la BNP et de la Société Générale sur la situation résultant de l'issue des offres publiques d'échange. Il n'avait jamais eu à rendre une décision dans une situation « hostile » où l'initiateur soutenait avoir acquis le contrôle effectif alors que la cible défendait la position contraire. Il a examiné les différentes options envisageables et les risques qu'elles comportaient, notamment au regard du bon fonctionnement du système bancaire. Il a fait savoir qu'il prendrait sa décision lors d'une séance qui se tiendrait le vendredi 27/08/1999.

46. – Le 27/08/1999, le Comité s'est réuni une dernière fois sur cette affaire et a entendu les présidents de la BNP et de la Société Générale. C'est le 28/08/1999 que le Comité a annoncé sa décision, la séance s'étant achevée à 4 heures du matin¹⁰². Il a constaté que, au vu des résultats de l'offre, la BNP ne détenait pas de façon manifeste le pouvoir effectif de contrôle de la Société Générale. Il a observé qu'en dépit des efforts déployés par la BNP, en liaison avec la Société Générale, il n'avait pas été possible de parvenir à la présentation d'une solution industrielle claire et concertée. En d'autres termes, les deux banques n'avaient pas réussi à conclure un accord stratégique. Dans ces conditions, le Comité a décidé de ne pas autoriser la BNP à détenir une participation représentant 31,8 % des droits de vote aux assemblées de la Société Générale¹⁰³. Celui-ci a considéré que, dans un cadre non concerté et compte tenu de la structure de l'actionnariat de cet établissement, la détention par la BNP d'une participation ne correspondant pas à une situation de pouvoir effectif de contrôle, était de nature à perturber la gestion de la Société Générale. Or, en raison de la place de celle-ci au sein du système bancaire français, le risque de perturbation de sa gestion était de nature à contrarier le fonctionnement d'ensemble du système bancaire.

⁹⁸ V. de Senneville, « OPE : une technique en vogue mais complexe », *M & F*, n° 110, 1999, p. 54.

⁹⁹ Conformément aux dispositions du règlement n° 96-16 du Comité de la réglementation bancaire et financière.

¹⁰⁰ Lettre reproduite dans la note d'information complémentaire présentée par la Société Générale publiée le 21/07/1999.

¹⁰¹ Il convient de s'interroger sur la valeur d'une lettre du Président du CECEI au regard des sources du droit. Généralement, toutes les décisions du CECEI ont fait l'objet d'un communiqué, or ici ce n'a pas été le cas. Cela est d'autant plus étrange que cette lettre comporte des précisions essentielles : calcul de la majorité en droits de vote et non en capital ; précision, pour la première fois, du fondement de l'exigence d'une solution concertée dans l'hypothèse d'une prise de participation minoritaire.

¹⁰² Communiqué du CECEI du 28/08/1999.

¹⁰³ *Fréquence Banque*, 09-10/1999, p. 13 ; voir aussi CMF, 30/08/1999, Société Générale, *Rev. CMF*, n° 22, 09/1999.45.

47. – Cela signifie que le Comité a entendu n’accepter de donner son autorisation que si les deux banques s’engageaient à agir de concert¹⁰⁴, exigence dont on peut se demander si elle est pleinement conforme au pouvoir de cet organisme. En effet, à la lecture du Règlement n° 96-16 du Comité de la réglementation bancaire et financière, il semble que l’acquisition d’une simple participation minoritaire non concertée ne soit pas par principe écartée.

48. – Ainsi, il est regrettable que cette décision n’ait pas fait l’objet d’un recours devant une juridiction. Il est intéressant de rechercher pourquoi le Conseil d’Etat n’a eu à connaître de litiges contre des décisions du Comité que de façon exceptionnelle. Selon la Banque de France, le fait que ces dernières « ne donnent que très rarement lieu à des recours et, en particulier, qu’aucune de celles concernant des affaires de grande importance n’ait été contestée devant une juridiction, atteste la bonne acceptation de ses décisions et donc la pertinence de ses appréciations comme plus généralement, celle de ses méthodes et de ses procédures »¹⁰⁵. A notre avis, cette argumentation est absolument inexacte. Les banques ne font pas de recours à cause du délai trop long de l’examen de l’affaire. Or, les opérateurs économiques ne peuvent pas rester plusieurs années dans l’incertitude juridique¹⁰⁶. En outre, une concentration bénéfique à un moment donné ne le sera plus quelques années après.

49. – Par conséquent, il semble que cette décision du CECEI soit critiquable. De manière plus générale, il semble que l’exercice des missions de cette autorité engendre des critiques sur sa légitimité.

2/ Les critiques sur la légitimité du contrôle du CECEI

50. – Les principales controverses concernent le déficit de transparence (a) ainsi que l’autonomie du contrôle (b).

a/ Une transparence insuffisante

51. – Une critique doit être formulée concernant la spécificité de la procédure de contrôle devant le CECEI. Celle-ci manque de transparence même si la loi relative aux nouvelles régulations économiques¹⁰⁷ l’a renforcée de manière générale en limitant la marge d’appréciation du Comité. L’article L. 612-4 alinéa 1 du Code monétaire et financier dispose qu’un décret en Conseil d’Etat précise les règles de majorité et de quorum qui régissent les délibérations du Comité. En outre, cet article prévoit que le Règlement intérieur fixe les modalités d’instruction et d’examen des dossiers présentés au contrôle du Comité et notamment les conditions dans lesquelles il peut entendre toute personne intéressée pouvant éclairer sa décision¹⁰⁸. Enfin, il est consacré une possibilité de consultation écrite du Comité.

52. – En réalité, le cœur du problème concerne la publication des décisions individuelles du CECEI. Ce dernier n’est pas tenu de les publier. En effet, l’article L. 511-10 du Code

¹⁰⁴ Selon les termes de Monsieur J.-C. Trichet, les banques devaient trouver une solution « claire et concertée ».

¹⁰⁵ Direction de la communication de la Banque de France, « Le rôle du Comité des établissements de crédit et des entreprises d’investissement », *Note d’information de la Banque de France*, n° 123, 12/2000, p. 12.

¹⁰⁶ Les déclarations du Président de la BNP suite à la décision du CECEI sont très claires. « Une procédure de référé bloquant les titres qui serait nécessaire pour qu’un tel recours ait un effet pratique les priverait de liquidité pour une durée indéterminée, c’est pourquoi je l’ai écartée », Entretien de M. Pébereau accordé au journal *Les Echos*, 30/08/1999, p. 24 et s.

¹⁰⁷ Loi n° 2001-420 du 15/05/2001, *JO* du 16/05/2001, p. 7776.

¹⁰⁸ Cette dernière disposition est la conséquence de la prise en considération des difficultés juridiques nées lors de l’affaire BNP/ Société Générale/ Paribas. En effet, le CECEI avait alors auditionné les présidents des trois banques en cause en l’absence de tout fondement juridique.

monétaire et financier¹⁰⁹ se borne à prévoir la publication de la liste des établissements de crédit. En outre, le rapport annuel du CECEI ne mentionne que le nombre des décisions du Comité, leur répartition dans les domaines de sa compétence ainsi que certains éléments participant à leur adoption. En particulier, dans ses rapports, le CECEI mentionne les éléments factuels qu'il prend en considération pour appliquer les conditions légales d'agrément¹¹⁰. Toutefois, ces informations ne permettent pas de connaître précisément la politique suivie par le Comité, ce qui n'est pas sans inconvénient. Elles peuvent éventuellement se révéler partielles¹¹¹ et interdisent, en tout cas, de se forger par soi-même une opinion des décisions prises et de la politique réellement suivie. Ce manque d'information interdit encore de se prévaloir d'un précédent pour obtenir, dans un dossier précis, une décision allant dans le même sens.

53. – Dès lors, les décisions n'étant pas publiées et accessibles au public, seuls les communiqués sont susceptibles d'en rendre compte. Or, la diffusion de simples communiqués, plus ou moins réducteurs des décisions, nous paraît à cet égard bien insuffisante. Le communiqué s'apparente plus à un bref aperçu de la décision qu'à un véritable compte-rendu. En d'autres termes, les communiqués du CECEI ne permettent pas véritablement de se faire une idée précise des motifs qui ont été retenus¹¹². Le dernier communiqué, dans l'affaire BNP/ Société Générale/ Paribas, se limite à rappeler, sans les préciser, les critères d'appréciation du CECEI. Celui-ci indique que le Comité « a d'abord constaté qu'au vu des résultats des offres, la BNP ne détient pas de façon manifeste le pouvoir effectif de contrôle de la Société Générale. Il a ensuite observé qu'en dépit des efforts déployés par la BNP en liaison avec la Société Générale, il n'a pas été possible de parvenir à la présentation d'une solution claire et concertée »¹¹³.

54. – Cette pratique n'est pas sans fondement. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, les actes administratifs individuels échappent en principe à toute publication. Ceci n'est guère étonnant puisque aucun texte, de portée générale, ne permet d'asseoir une obligation de publication. La loi du 17/07/1978¹¹⁴, qui envisage la publication de certains documents administratifs non nominatifs, ne prévoit pas celle des décisions individuelles et y fait même obstacle. Certes, l'article 6 bis reconnaît aux personnes le droit d'obtenir la communication des documents qui les concernent¹¹⁵. Cependant, l'article 10 alinéa 2, précise que « l'exercice du droit de communication institué par le présent titre exclut, pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués ».

Mais le principe n'est pas sans exception. Des textes organisent la publication de certains actes individuels. Il en est notamment ainsi du Code de commerce qui prévoit la

¹⁰⁹ Ancien article 15 dernier al. de la loi du 24/01/1984.

¹¹⁰ Voir le *Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* (CECEI) de 1998, p. 261 et s.

¹¹¹ En effet, en l'absence de décision publiée, il n'est pas certain que ne soient pas prises en considération d'autres raisons, par hypothèses non liées à ces conditions, pour justifier une décision de refus d'autorisation. Le refus opposé à la BNP dans l'affaire BNP/ Société Générale/ Paribas confirme d'ailleurs que de telles raisons peuvent exister.

¹¹² Si un communiqué peut reprendre fidèlement une décision, il n'en reste pas moins que seule cette dernière peut être analysée et commentée.

¹¹³ Communiqué du CECEI du 28/08/1999, 4 h 16, publié dans le journal *Le Monde* du 29/08/1999, p. 14. Notons que seul un communiqué a été diffusé au public.

¹¹⁴ Loi n° 78-753 du 17/07/1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

¹¹⁵ Cette obligation de communication pèse, en vertu de l'article 2, notamment sur les administrations de l'Etat et les organismes, fussent-ils de droit privé, chargés d'une mission de service public.

publication des décisions prises par le Conseil de la concurrence compétent en matière de concentration, d'ententes et d'abus de domination¹¹⁶.

Tel n'est toutefois pas le cas des décisions rendues par le CECEI. L'absence de texte imposant la publication de ses décisions nous conduit à nous interroger sur les causes de cette opacité. A-t-on voulu permettre au CECEI de ne pas formaliser ses décisions ? Il ne le semble pas. En effet, l'article 15 alinéa 1 du Règlement n° 96-16 du 20/12/1996¹¹⁷ décide, que « les décisions du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement prises en application du présent règlement sont notifiées aux demandeurs et aux entreprises concernées ». A-t-on alors voulu dispenser le Comité de motiver ses décisions ? Il ne le semble pas non plus puisque, selon l'article 1 de la loi du 11/07/1979¹¹⁸, les motifs des décisions administratives, qui notamment refusent une autorisation, doivent être communiqués aux intéressés¹¹⁹.

Ainsi, cette absence de publication s'explique peut-être moins par des raisons liées au Comité que par des raisons relatives aux parties¹²⁰. Cette absence d'accès au texte de la décision est donc fondée sur des considérations au premier rang desquelles l'exigence du secret des affaires¹²¹. On sait toutefois que dans certaines circonstances, l'information du public s'impose. La publication des pactes d'actionnaires en constitue une illustration¹²².

55. – En réalité, cette opacité soulève d'autant plus d'interrogations qu'elle est susceptible d'avoir des conséquences négatives au regard des droits des tiers. La publicité des décisions administratives est destinée à faire courir le délai de recours. Or, le communiqué peut être considéré comme une mesure de publicité. Pourtant, il ne permet pas, de fait, à un éventuel requérant de former un recours fondé sur des griefs précis faute d'avoir accès au contenu même de la décision. Une telle situation n'est pas unique, et on permet bien des recours contre des décisions implicites. Néanmoins, la complexité extrême de ces affaires de concentrations rend délicate la formation d'un recours efficace.

56. – L'absence de publicité rejaillit dès lors sur la motivation de la décision. Cette dernière ne peut pas être réellement appréciée ce qui constitue une source d'atteinte au principe d'impartialité. Notons avec Monsieur Daigre que « (...) [les] décisions du CECEI sont couvertes par la confidentialité des décisions individuelles, ce qui est regrettable et probablement contestable (comment un tiers pourrait-il exercer un recours contre une décision dont il ne connaît pas la motivation ?) (...) »¹²³. Une telle situation n'est pas sans susciter certaines questions en matière de droit à un procès équitable. Le profond courant jurisprudentiel en faveur de l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux autorités de régulation conduit en effet, à analyser cette question au regard de ce droit consacré par l'article 6 § 1 de cette convention.

¹¹⁶ Articles L. 464-1, L. 464-2, L. 464-3 et L. 464-8 du Code de commerce ; anciens articles 12, 13, 14 et 15 de l'ordonnance n° 86-1243 du 01/12/1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹¹⁷ Règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière n° 96-16 du 20/12/1996, *JO* du 29/01/1997.

¹¹⁸ Loi n° 79-587 du 11/07/1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public.

¹¹⁹ Cette communication est écartée notamment lorsqu'elle peut porter atteinte « à la monnaie et au crédit public (article 6 al. 4 de la loi du 17/07/1978, auquel renvoie l'article 1 de la loi du 11/07/1979). Mais un tel motif paraît inopérant en matière d'opérations portant sur le capital.

¹²⁰ Voir T. Bonneau, « De la nécessaire publication des décisions individuelles prises par le CECEI », *RD bancaire et financier* 2000, p. 5.

¹²¹ Notons que l'article 1 de la loi du 11/07/1979, qui permet d'exclure la communication de certaines décisions refusant une autorisation, ne renvoie pas à l'article 6 al. 7 de la loi du 17/07/1978 relatif au secret en matière industrielle et commerciale.

¹²² Article L. 233-11 du Code de commerce modifié par l'article 46, I, 4°, a, de la loi de sécurité financière, n° 2003-706 du 01/08/2003 (*JO* n° 177 du 02/08/2003, p. 13220).

¹²³ J.-J. Daigre, « Des offres publiques bancaires : de quelques enseignements généraux tirés de l'affaire BNP, Société Générale, Paribas », *JCP G* 2000, I, 200, p. 133.

Cet article dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Une décision de la Cour de cassation en matière de régulation de la concurrence¹²⁴ clarifie les critiques que pourrait encourir le CECEI. L'exigence de publicité des débats ne serait pas véritablement susceptible de menacer le processus décisionnel du CECEI. En effet, la Cour de cassation a considéré que la publicité des débats, et par extension, la publicité de la décision, pouvait être écartée pour des raisons de « souplesse et d'efficacité ». Le secret des affaires pourrait être allégué à l'appui de cette absence de publicité, et ce, en dépit de la faiblesse de cet argument.

57. – Les décisions de l'autorité bancaire pourraient au contraire être utilement contestées sur le fondement d'un autre principe : celui de l'égalité des armes. En effet, l'insuffisance de publicité est susceptible de contraindre les tiers désireux d'agir de former un recours « aveugle » peu compatible, sinon avec la lettre de la Convention, du moins avec son esprit. En effet, la décision de la Cour de cassation a révélé les potentialités de cette exigence. Aurait-elle, pour autant, été sanctionnable dans l'hypothèse d'un recours devant le Conseil d'Etat contre la décision du CECEI ? Rien n'est moins sûr. En effet, si les juridictions suprêmes appliquent toutes les deux l'article 6 § 1 aux autorités de régulation¹²⁵, elles ne le font, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, qu'en matière contentieuse. Aussi, les principes du droit à un procès équitable ne sont-ils appliqués, pour l'heure, qu'aux procédures de sanction de ces autorités. Dans le cadre des agréments et des autorisations de prise de contrôle des banques, aucune procédure de ce type n'est en cause. Les principes tirés de l'article 6 § 1 ont donc peu de chance d'être sanctionnés par le juge. Néanmoins, la dynamique de l'application de cet article ne permet pas de préjuger de la solution qui pourrait être retenue et le risque de censure ne peut être exclu, notamment dans une acception large de la notion de procédure de sanction.

58. – Le CECEI devrait donc adopter une position plus ouverte et communiquer ses décisions afin que le public en connaisse sa motivation, tout en respectant le secret des affaires. Monsieur Philippe Richard, directeur adjoint de la Direction des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, ne s'est d'ailleurs pas montré hostile à cette proposition lors de notre entretien précité. La Commission européenne pourrait être prise comme modèle, car elle publie ses décisions, tout en respectant le secret des affaires. Ainsi, par exemple, les parts de marchés détenues par les entreprises contrôlées ne sont pas dévoilées. Il est simplement révélé la fourchette dans laquelle se situe la part de marché de l'entité en cause sur les différents segments.

Par ailleurs, une publication en différé, et non pas immédiate serait également susceptible de résoudre la difficulté.

Enfin, une sélection pourrait être effectuée par le CECEI pour assurer la publication des décisions les plus intéressantes. D'ailleurs, la Cour de cassation en effectue une relativement sévère puisque son bulletin ne comprend que 20 % des arrêts rendus¹²⁶. Les autres décisions, sans être officiellement publiées, sont diffusées. Seules les décisions sans intérêt sont écartées de toute publication ou diffusion.

59. – Il semble possible de considérer que le CECEI a été sensible aux critiques et aux propositions émises par la doctrine. En effet, en 2003, ce dernier a publié sa décision

¹²⁴ Cass. com. 05/10/1999, SNC Campenon Bernard SG.E c/ Ministre de l'économie, *JCP G* 2000, I, p. 307 et s ; *D.* 1999, act. jurispr. p. 44.

¹²⁵ Pour la Cour de cassation, Cass. ass. plén., 05/02/1999, Oury c/ COB, conclusions Lafortune, *D. affaires* 1999, p. 410 et p. 746 ; pour le Conseil d'Etat, CE, 03/12/1999, Didier c/ CMF, conclusion Seban, *D.* 2000, act. jurispr. p. 63 et s.

¹²⁶ J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 27^{ième} éd., 2003, n° 1556, p. 1099.

d'autorisation de la concentration entre le Crédit Agricole et le Crédit Lyonnais¹²⁷. Nous espérons que cette pratique de l'autorité va être pérennisée¹²⁸. Néanmoins, rien n'est moins sûr. Seule une intervention législative serait susceptible de faire disparaître toute incertitude.

60. – Le législateur devrait effectivement intervenir pour résoudre le problème. Il aurait pu le faire dans le cadre de la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15/05/2001. Pourtant, les incertitudes soulevées par l'insuffisance de publicité de certaines décisions n'ont pas trouvé de réponse.

61. – Aucune disposition n'a confirmé la pratique des décisions à la publicité minimaliste, et pour cause. Une telle validation pour l'avenir aurait été inutile. En effet, les pratiques en cause touchent directement aux droits des régulés et tout particulièrement leur droit à un recours efficace. Or, si ce dysfonctionnement venait à être qualifié de violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le juge interne ou européen, la loi validant cette pratique n'aurait pas mis à l'abri les décisions des autorités de régulation d'une censure juridictionnelle. S'agissant d'une convention internationale, le juge serait en effet amené à écarter l'argument tiré du respect de la loi.

62. – Dès lors, la seule possibilité ouverte au législateur était de permettre la publicité des décisions elles-mêmes et de déroger à la confidentialité des décisions individuelles. Le gouvernement ne l'a pas souhaité. Un seul inflexionnement est opéré en matière de communication des documents et procède de l'article 21 de la loi relative aux nouvelles régulations économiques. L'article L. 612-6 du Code monétaire et financier est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Par dérogation aux dispositions législatives et réglementaires régissant le secret professionnel, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement peut, avec l'accord préalable de la personne physique ou morale lui ayant transmis des documents en vue de l'instruction du dossier la concernant, communiquer certains desdits documents à toute personne physique ou morale qui le demande »¹²⁹. Cette disposition est insuffisante et n'a pas répondu à ce besoin de publication qui persiste.

63. – Nous ne pouvons que regretter cette absence de transparence, alors qu'il s'agit d'une décision, tout autant que les jugements et arrêts rendus par les juridictions, qui sont pour leur part publics. Le CECEI est une autorité de régulation et à ce titre, il devrait respecter le principe de transparence qui donnerait une légitimité et une efficacité incontestable à ses pouvoirs de régulation. Le manque de transparence est en l'occurrence patent et entraîne inéluctablement la suspicion.

b/ La controverse sur l'autonomie du contrôle

64. – Les décisions du CECEI seraient influencées par le pouvoir politique traditionnellement très présent dans le secteur bancaire¹³⁰. Cependant, cette affirmation doit être relativisée. Le contrôle spécifique effectué par le CECEI semble progressivement acquérir de la maturité et de l'autonomie. Un parallèle peut être effectué avec d'autres secteurs de l'économie dans lesquels l'Etat a été très présent et où la déréglementation est

¹²⁷ Voir la décision du 14/03/2003 concernant la prise de contrôle du Crédit Lyonnais par le groupe Crédit Agricole, *JO* n° 72 du 26/03/2003, p. 5383.

¹²⁸ Voir, pour une opinion similaire, E. Didier et F. Ninane, « Le contrôle des concentrations applicable au secteur bancaire », *Banque magazine*, n° 647, 2003, p. 45.

¹²⁹ Cette disposition résulte des difficultés apparues au cours de l'affaire BNP/ Société Générale/ Paribas lorsque le CECEI a été confronté à des demandes de transmission de documents d'une banque par l'autre banque, soucieuse de pouvoir répondre point par point aux affirmations de la première.

¹³⁰ P. Sa, « Le Comité des Etablissements de Crédit s'accorde un délai pour trancher », *Le Monde*, 18/08/1999, p. 14.

intervenue. Le contrôle spécifique a dans un premier temps des difficultés à se légitimer, mais progressivement, il acquiert son autonomie. Ainsi, dans le cadre de la déréglementation du secteur des télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunications a été créée. Elle a d'abord été accusée de partialité mais peu à peu, elle a réussi à justifier son contrôle. Dans l'affaire BNP/ Société Générale/ Paribas, le CECEI a aussi prouvé qu'il pouvait trancher des litiges de façon impartiale et autonome. Il a ainsi démontré que la conformité à la règle juridique devait l'emporter sur les inclinaisons politiques.

65– Force est de constater que l'autorité de régulation bancaire s'est trouvée dans une situation très complexe. Elle a fait l'objet de critiques qui ont été amplifiées notamment à cause de la politisation et de la médiatisation de cette affaire.

66 – En effet, les partisans d'une économie libérale se sont félicités de l'initiative prise par la BNP, dont l'audace est apparue comme un signe d'émancipation envers l'Etat. Les tenants de cette vision de l'économie ont donc mal réagi aux tentatives de conciliation de la Banque de France et à la volonté du CECEI d'imposer une solution concertée.

67 – A l'opposé, les tenants d'une économie de marché tempérée par l'action de l'Etat ont craint une lutte exclusivement arbitrée par les marchés. Ainsi, certains hommes politiques ont exprimé leur souhait de voir le gouvernement intervenir de manière plus ou moins forte, quitte à influencer l'autorité de régulation.

68 – Par ailleurs, les responsables politiques de droite et de gauche furent unanimes à considérer que la France devait se doter d'un groupe bancaire de taille mondiale. Ainsi, Monsieur Chevènement, ministre de l'Intérieur, qualifia de véritable « attentat contre l'intérêt national », la décision du CECEI de ne pas autoriser la BNP à prendre le contrôle de la Société Générale¹³¹. Selon lui, cet intérêt « commandait évidemment le regroupement le plus large possible, exigé par la promotion et la défense de nos intérêts économiques dans la mondialisation »¹³². En outre, celui-ci a qualifié le CECEI de « comité de banquiers irresponsable et indépendant de toute instance démocratique »¹³³ et a considéré que ceci mettait en évidence « la déliquescence de l'Etat ».

69 – Concernant, plus précisément, l'intervention des médias dans cette affaire, elle a été spectaculaire. Ces derniers ont été très actifs¹³⁴. Le journal *Le Monde* a interrogé un certain nombre d'observateurs pour qu'ils expriment leurs opinions. Les jugements ont souvent été acerbes, sur la combinaison en France de l'« archéo-interventionnisme de l'Etat et du protectionnisme » face à des prises de contrôle étrangères : « Monsieur Trichet s'efforce de marier les trois pour tenter de constituer une banque mondiale française. Cette obsession cocardière contrevient à la philosophie anglo-saxonne du laisser-faire »¹³⁵. Les critiques ont

¹³¹ J.-P. Chevènement, « Un attentat contre l'intérêt national », *Le Monde*, 29/08/1999, p. 14.

¹³² *Les Echos*, 30/08/1999, p. 23.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Voir notamment, S. Fay, « Les pouvoirs publics appellent la BNP, la Société Générale et Paribas au dialogue », *Le Monde*, 31/03/1999, p. 20 ; R. Belleville, « BNP-SG : chaque camps affirme avoir la majorité de Paribas », *Les Echos*, 04/08/1999, pp. 16-17 ; P.-A. Delhommès, « La plus grande bataille boursière s'achève », *Le Monde*, 07/08/1999, p. 12 ; P.Sa, « Les autorités bancaires, arbitre ultime de la bataille SG-Paribas-BNP », *Le Monde*, 13/08/1999, p. 15 ; R. Enguérand, « Le Comité des établissements de crédit doit choisir entre mariage forcé ou divorce », *Le Monde*, 17/08/1999, p. 11 ; P.Sa, « Le Comité des établissements de crédit s'accorde un délai pour trancher », *Le Monde*, 18/08/1999, p. 14 ; R. Belleville, « Duel BNP-SG Paribas : une semaine de suspense avant le verdict des marchés », *Les Echos*, 19/08/1999, p. 16 ; P. Manière, « Guerre des banques ultime bras de fer », *Le Point*, n° 1405, 1999, pp. 54-57 ; P.Sa et J.Mo, « La BNP ne prendra pas le contrôle de la Société Générale », *Le Monde*, 29 et 30/08/1999 p. 14 ; I. Chaperon, « La Société Générale et BNP-Paribas feront bande à part », *Les Echos*, 30/08/1999, pp. 22-23.

¹³⁵ Phrase d'un analyste londonien rapportée par le journal *Le Monde*, 24/06/1999, p. 20.

été également très virulentes à l'égard du CECEI. Ainsi, Monsieur Henri Gibier a qualifié « le CECEI [de] comité mystérieux qui prend ses décisions aux petits matins blêmes »¹³⁶.

70 – Par conséquent, la diversité des commentaires montre l'indéniable confusion politique engendrée par cette opération. L'autorité a été suspectée de ne pas être indépendante du pouvoir politique et l'obscurité de son fonctionnement a bien évidemment accru cette critique.

Depuis plusieurs années, le mouvement de restructuration du système bancaire place donc le CECEI et la Direction des établissements de crédit et des entreprises d'investissement¹³⁷, au cœur des critiques. Selon les propos de Monsieur Philippe Richard¹³⁸, « concrètement, en 1998, ce sont un établissement de crédit sur trois et près de deux entreprises d'investissement sur trois qui ont été amenées à saisir le CECEI pour une modification de situation. Pour la seule année 1998, le Comité a été amené à se prononcer sur 427 établissements de crédits et 106 entreprises d'investissement. Cela a donc représenté 533 décisions à rendre et autant de demandes à instruire pour la DECEI »¹³⁹. Toutes ces décisions ne peuvent satisfaire l'ensemble des parties notamment lorsque les opérations concernées suscitent des problèmes. L'instruction est donc le plus souvent très approfondie et fait l'objet de négociations. La DECEI interroge aussi souvent le secrétariat général de la Commission bancaire afin d'obtenir une analyse complémentaire sur certains aspects prudentiels du projet. En effet, la Commission bancaire est le second organe de contrôle des banques.

II: La Commission bancaire

71 – La loi bancaire du 24/01/1984 a institué une Commission bancaire. Il convient de préciser les traits caractéristiques de cette autorité éminente dans le contrôle des banques¹⁴⁰.

72. – La Commission bancaire exerce une mission de sanction des manquements constatés. C'est pour cette raison que le législateur la qualifie de juridiction administrative. Pour ses autres activités et décisions, elle est incontestablement une autorité administrative.

73. – De cette différence découle une dualité de régime de délibération et de procédure. En tant que juridiction administrative, sauf urgence, elle ne délibère valablement que lorsque la totalité de ses membres sont présents ou représentés. Dans les autres cas, il suffit que la majorité absolue des membres qui la composent soient présents ou représentés. En cas de partage égal des voix, la voix du président est prépondérante¹⁴¹.

74. – La double nature de la Commission a également une incidence sur le régime applicable aux recours formés à l'encontre de ses décisions. S'agissant des décisions rendues en sa qualité de juridiction, en l'absence de texte prévoyant une procédure d'appel, elles ne peuvent être l'objet que de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat¹⁴². Quant aux recours

¹³⁶ *Les Echos*, 30/08/1999, p. 23.

¹³⁷ DECEI.

¹³⁸ Entretien de l'auteur avec Monsieur P. Richard, directeur adjoint de la Direction des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, 31 rue Croix-des-Petits-Champs 75001 Paris, du 17/03/2000.

¹³⁹ Précisons qu'en 1999, le Comité s'est prononcé sur 656 dossiers (*Rapport de la Banque de France* pour l'exercice 1999, p. 148). En 2000, celui-ci a rendu 359 décisions contre 319 en 2001 (*Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* (CECEI) de 2001, p. 31).

¹⁴⁰ Pour une présentation générale, voir G. Ripert, R. Roblot, P. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, tome 2, 16^{ième} éd., 2000, pp. 294-296, n° 2233 ; J.-P. Arrighi, « Les règles de prévention des risques bancaires », in *Contrôle des activités bancaires et risques financiers*, Etudes coordonnées par J. Spindler, Economica, 1998, pp. 260-266.

¹⁴¹ Article L. 613-5 du Code monétaire et financier ; ancien article 38, dernier al., de la loi n° 84-46 du 24/01/1984.

en responsabilité, conformément aux principes de la jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁴³, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat qui résulterait du contenu même d'un jugement devenu définitif. En revanche, en ce qui concerne son activité en tant qu'autorité administrative, et notamment en tant qu'elle exerce sa mission de contrôle, le régime des recours et de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat est très similaire à celui applicable au CECEI.

75. – L'article L. 631-1 du Code monétaire et financier¹⁴⁴ prévoit, de son côté, la possibilité de transmettre des informations aux autorités financières françaises¹⁴⁵, pour l'exercice de leurs missions respectives. Il est plus particulièrement remarquable qu'une collaboration très étendue existe entre la Commission bancaire et le CECEI, d'autant plus que ces autorités dépendent toutes les deux de la Banque de France, et que le personnel travaille dans les mêmes locaux.

76. – La loi bancaire a confié plusieurs missions à la Commission bancaire¹⁴⁶. Les missions semblent textuellement générales (A). Néanmoins, celles-ci apparaissent substantiellement précises (B).

A/ La généralité textuelle des missions

77. – La Commission bancaire doit contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et sanctionner les manquements constatés. La Commission bancaire peut ici compléter le contrôle du CECEI en cas de non respect d'une décision ou d'engagements pris à l'occasion d'une demande d'autorisation de prise de contrôle. Ainsi, elle apparaît comme le bras armé du CECEI.

Le domaine couvert par cette mission est rédigé en des termes très généraux. Il ne semble pas opportun de considérer que cette rédaction puisse confier à la Commission un pouvoir de contrôle et de sanction dans les domaines que le législateur de 1984 n'a pas envisagés. Elle surveille donc le respect par les établissements de crédit des dispositions de la loi bancaire et des textes pris pour son application.

78. – Dans l'hypothèse où une de ces dispositions n'est pas respectée, elle met en œuvre son pouvoir de sanction¹⁴⁷. Elle peut notamment se saisir d'office pour engager des poursuites disciplinaires.

79. – En outre, l'article L. 613-1 du Code monétaire et financier¹⁴⁸ dispose que la Commission bancaire doit « veiller au respect des règles de bonne conduite de la profession ». Par cette expression, il semble qu'il faille comprendre les règles déontologiques qui ne donnent pas lieu à des prescriptions législatives ou réglementaires, puisque dans le cas contraire cette mission se ramènerait à celle de veiller au respect des normes professionnelles.

¹⁴² Voir, G. Ripert, R. Roblot, P. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial, op. et loc. cit.*, n° 2233 ; M. Contamine-Raynaud, « La Commission bancaire. Autorité et juridiction », in *Mélanges G. Perrot* Dalloz, n° 25.

¹⁴³ CE, 29/12/1978, Dannont, *Rec. CE*, p. 542.

¹⁴⁴ Ancien article 45 de la loi n° 92-665 du 16/07/1992.

¹⁴⁵ Banque de France, CECEI, Commission de contrôle des assurances, Commission des opérations de bourse, Conseil réglementation et contrôle de discipline des OPCVM, Conseil des bourses de valeurs devenu depuis Conseil des marchés financiers.

¹⁴⁶ Article 37 de la loi n° 84-46 du 24/01/1984 devenu l'article L. 613-1 du Code monétaire et financier.

¹⁴⁷ Article L. 613-21 du Code monétaire et financier ; ancien article 45 de la loi n° 84-46 du 24/01/1984.

¹⁴⁸ Ancien article 37 de la loi bancaire.

80. – En réalité, tous ces contrôles ont vocation à protéger le système bancaire. Ainsi, la réalisation de cet objectif met en évidence la précision substantielle des missions dévolues à la Commission bancaire.

B/ La précision substantielle des missions

81. – La Commission bancaire examine les conditions d'exploitation des établissements de crédit et veille à la qualité de leur situation financière. Il s'agit de s'assurer du respect de normes de gestion qui, pour une large part visent à préserver une situation financière saine, qui ne peut résulter que de conditions satisfaisantes d'exploitation. Ainsi, la loi du 25/06/1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière attribue à la Commission la mission de contrôler l'efficacité du contrôle interne des banques¹⁴⁹.

82. – En cas de non respect de la réglementation bancaire, celle-ci a la possibilité de prononcer une sanction disciplinaire¹⁵⁰, depuis l'avertissement jusqu'à la radiation¹⁵¹. Cela signifie qu'elle peut retirer, à titre disciplinaire, l'agrément délivré par le CECEI¹⁵². Elle dispose, par exemple, de la possibilité de sanctionner le non respect par un établissement de crédit des engagements pris lors de sa concentration et qui ont abouti à l'octroi de l'agrément par le CECEI. Elle complète donc son contrôle¹⁵³.

¹⁴⁹ En effet, les établissements de crédit ont l'obligation de se doter d'un système de contrôle interne. Il s'agit de mesurer les risques et la rentabilité des activités bancaires. La tâche du régulateur consiste à contrôler la qualité des modèles utilisés (voir le Règlement n° 97-02 du 21/02/1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit modifié par le Règlement n° 2001-01 du 26/06/2001 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ; *Rapport annuel du Comité de la réglementation bancaire et financière* de 2001, pp. 22-23).

¹⁵⁰ Cette sanction est très délicate à prononcer. Dans un certain nombre de cas par le passé, la Commission bancaire aurait dû prendre des sanctions à l'égard d'établissements de crédit ne respectant pas la réglementation bancaire. Pourtant, elle ne l'a pas fait. Par exemple, la banque Pallas-Stern, issue de la concentration entre la banque Pallas et la banque Stern, s'est retrouvée en difficulté entre 1992 et 1995. Cette dernière n'a donc pas pu respecter le droit bancaire en vigueur. La Commission bancaire a fermé les yeux en accordant des dérogations à l'établissement de crédit. En effet, si elle n'avait pas tenté d'accorder des délais, elle aurait entraîné la disparition de la banque Pallas-Stern ce qu'elle voulait à tout prix éviter. Cela a mené à la catastrophe c'est à dire à la liquidation judiciaire de l'entité concernée. La logique adoptée par la Commission bancaire a donc été éminemment critiquée.

¹⁵¹ Plus précisément, l'article L. 613-21 du Code monétaire et financier (ancien article 45 de la loi du 24/01/1984) dispose que la Commission bancaire peut prononcer l'une des sanctions disciplinaires suivantes : 1) l'avertissement ; 2) le blâme ; 3) l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toute autre limitation dans l'exercice de l'activité ; 4) la suspension temporaire de l'une ou de plusieurs des personnes mentionnées à l'article L. 511-13 et à l'article L. 532-2 avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ; 5) la démission d'office de l'une ou de plusieurs de ces mêmes personnes avec ou sans nomination d'administrateurs provisoire ; 6) la radiation de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement de la liste des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement agréés avec ou sans nomination d'un liquidateur. Il en va de même s'il n'a pas été déféré à l'injonction prévue à l'article L. 613-16. En outre, la Commission bancaire peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée. Les sommes correspondantes sont recouvrées par le Trésor public et versées au budget de l'Etat. La Commission bancaire peut également décider, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, d'interdire ou de limiter la distribution d'un dividende aux actionnaires ou d'une rémunération des parts sociales aux sociétaires de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement. La Commission bancaire peut décider que les sanctions prises dans le cadre du présent article feront l'objet d'une publication aux frais de la personne morale sanctionnée dans les journaux ou publications qu'elle désigne.

¹⁵² G. Manceau, « Le sort de l'agrément », *RD bancaire et bourse* 1996, p. 92.

¹⁵³ La Commission bancaire complète bien le contrôle du CECEI. En effet, deux régimes différents de perte du droit d'exercice de l'activité bancaire coexistent : une procédure de retrait d'agrément, à la demande de l'établissement de crédit ou d'office, par le CECEI (article L. 511-15 du Code monétaire et financier ; ancien article 19 de la loi du 24/01/1984) et une procédure de radiation, à titre disciplinaire par la Commission bancaire

83. – Cette situation est envisageable à la suite d’une concentration bancaire, étant donné que celle-ci peut être coûteuse et entraîner des conséquences financières négatives. En effet, les fusions-acquisitions ne se révèlent pas toutes rentables à terme. Quand elles ne génèrent pas de réelles synergies, ces opérations ne permettent pas de compenser leur coût de financement et les établissements se trouvent fragilisés¹⁵⁴. Ainsi, ces concentrations peuvent entraîner une dégradation des notations¹⁵⁵.

84. – La fragilité liée à l’émergence de nouveaux groupes, matérialisée par la nécessité de fusionner des cultures différentes ainsi que par la décision de réorienter une stratégie de développement¹⁵⁶ justifie la grande vigilance de la Commission bancaire. En effet, cette situation nécessite une assise financière particulièrement solide et de nature à supporter les délais de constitution et d’harmonisation du nouveau groupe ainsi qu’à rassurer les actionnaires et les marchés financiers.

85. – Le traitement préventif des crises bancaires passe donc par le contrôle prudentiel. Il consiste en un ensemble de règles, de ratios et de seuils que les autorités nationales compétentes contrôlent pour s’assurer de la bonne santé financière des établissements de crédit. Outre les ratios de liquidité¹⁵⁷ et de division des risques¹⁵⁸, le dispositif prudentiel concerne la couverture, par des fonds propres et quasi fonds propres adéquats, du risque de contrepartie et des risques de marché. Des mesures complémentaires peuvent également être justifiées par la situation particulière de telle ou telle entité. Il peut s’agir, par exemple, de demandes spécifiques quant à l’organisation du système d’information, à la structure et au rattachement du contrôle interne, à la surveillance particulière de certaines activités ou entités du groupe.

86. – L’émergence de nouveaux groupes de taille significative doit être étudiée au regard de la stabilité financière d’ensemble afin d’éviter la survenance de risques

(article L. 511-17 du Code monétaire et financier ; ancien article 19-1 de la loi du 24/01/1984).

¹⁵⁴ U. Muldur, « Restructurations et stratégies dans le secteur financier européen », *Rev. éco. fin.*, n° 12-13, 1990, p. 190.

¹⁵⁵ A. de Toytot, « Impact de la recomposition du secteur bancaire sur la notation », *Banque magazine*, n° 582, 1997, p. 28 et s. Par exemple, la concentration entre le Crédit National et la BFCE en décembre 1996 a entraîné une dégradation de la note du groupe. Ceci s’explique par le fait que la détérioration de sa rentabilité et l’impossibilité de lancer une augmentation de capital ne permettait plus d’escompter un renforcement de sa structure financière dans un court délai. Les exemples d’établissements fragilisés, par l’acquisition de sociétés dont le portefeuille de crédit recelait des risques importants, pourraient être multipliés.

¹⁵⁶ Choix de la banque de détail, de la banque d’investissement ou de la banque généraliste.

¹⁵⁷ Le ratio de liquidité est le rapport entre, d’une part, le montant total des disponibilités et les concours à court terme et, d’autre part, le montant des exigibilités à court terme. Voir, le Règlement du Comité de la réglementation bancaire n° 88-01 du 22/02/1988 complétés par les Règlements n° 90-04 du 23/02/1990 et n° 92-06 du 17/07/1992.

¹⁵⁸ Le ratio de division des risques a été établi pour éviter une concentration excessive des risques supportés par un établissement de crédit. Le total des risques encourus sur un même bénéficiaire ne peut excéder 40 % des fonds propres nets de l’établissement. De plus, le montant total des risques pris sur les bénéficiaires dont les risques dépassent pour chacun d’eux 25 % des fonds propres nets, ne doit pas excéder l’octuple de ces fonds propres. Voir, le Règlement n° 84-08 du 28/09/1984 modifié par les Règlements n° 86-04 du 27/02/1986, n° 87-07 du 22/07/1987 et n° 90-10 du 25/07/1990.

systémiques¹⁵⁹. En effet, ces empires financiers soulèvent des interrogations quant à l'éventualité de risques systémiques et quant au maintien de la stabilité financière.

87. – En effet, la tendance à la concentration bancaire signifie une extension du périmètre du « too big too fail »¹⁶⁰ et une dispersion accentuée de l'actionnariat, donc une fragilisation potentielle des systèmes bancaires. Au sein des différents systèmes financiers en Europe, les éventuelles défaillances d'établissements de crédit sont supportées par les systèmes nationaux de garantie des dépôts. En effet, le traité de Maastricht n'assigne pas de fonction de « prêteur en dernier ressort » à la Banque Centrale Européenne¹⁶¹. Le financement de ces systèmes diffère selon les pays mais les fonds de garantie sont généralement dimensionnés pour supporter plusieurs crises « locales ». En revanche, il n'appartient pas à ces systèmes de garantie d'être en mesure de supporter une crise systémique qui relève, par nature, d'autres types d'intervention. Or, compte tenu de l'imbrication des systèmes bancaires et financiers européens, il faut s'attendre à ce que certaines difficultés bancaires entraînent un problème majeur par l'effet d'une onde de choc dépassant le cadre national pour concerner l'ensemble de la zone euro. Aussi, les conséquences de la création, à l'échelle européenne, de groupes multi-implantations et multi-activités, susceptibles d'avoir une incidence systémique accrue, méritent d'être examinées¹⁶².

88. – Par conséquent, d'une manière générale, l'ampleur des conséquences liées à la consolidation du système bancaire justifient les contrôles de la Commission bancaire. Pour y faire face, il est nécessaire de resserrer le dispositif prudentiel sur les établissements de crédit. Cette tâche de « reprofilage » du ratio Cooke¹⁶³ est donc bien en interaction avec les concentrations bancaires.

¹⁵⁹ La sous évaluation collective des risques par toutes les banques et la rapidité de l'expansion des crédits précipitent le choc systémique contre lequel les banques se croient immunisées. Cette instabilité financière potentielle ne doit pas être sous-estimée car elle est susceptible d'être dramatique. En effet, outre les défaillances bancaires en chaîne qu'elle est susceptible d'engendrer, elle peut aussi entraîner un « crédit crunch ». Il s'agit d'un changement qualitatif dans le régime du crédit bancaire à l'égard d'un ensemble de débiteurs ou d'un type de marché. La restriction du crédit est la réponse des banques à la détérioration de la qualité du crédit. Les taux d'intérêts sur les crédits bancaires vont être élevés parce que le souci principal des banques est d'accroître les marges sur les prêts pour accumuler des fonds propres dans un contexte où la suspicion sur la qualité de leurs bilans leur interdit d'émettre des actions nouvelles. Par conséquent, cet événement peut entraîner une crise économique majeure. Ainsi, selon les calculs de l'OCDE, un accroissement du coût d'intermédiation de 1 % réduit le taux de croissance du PIB de 0,5 % une année après. Voir M. Aglietta, « Comportement bancaire et risque de système », *Revue éco. fin.*, n° 27, 1993, numéro spécial : l'industrie bancaire, pp. 439-463.

¹⁶⁰ Traduction de l'auteur : « trop gros pour faire faillite ». Il convient de préciser qu'il est très délicat de faire face à la défaillance d'institutions importantes dans la mesure où les mécanismes existants n'envisagent pas ou peu une telle situation. Pourtant, ce concept a montré ses limites dans le passé récent.

¹⁶¹ Même si cette fonction ne fait pas partie explicitement des prérogatives de la Banque centrale européenne, celle-ci pourrait peut-être intervenir comme prêteur en dernier ressort sur la base d'une interprétation extensive de l'article 105 du Traité de Maastricht. En effet, le § 5 de l'article 105 du Traité de Maastricht énonce que : « le système européen de banque centrale contribue 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 ». Or, il est bien évident qu'une crise d'une ampleur importante mettrait à mal la bonne conduite des contrôles prudentiels ainsi que la stabilité du système financier. Dans l'hypothèse d'une crise bancaire majeure, le recours à cet article pourrait donc, à notre avis, constituer la seule solution envisageable.

¹⁶² A cet égard, de nombreuses initiatives publiques ont récemment été développées afin de répondre à cette nouvelle situation. De fait, la concertation et les échanges d'informations entre autorités prudentielles des différents pays ou responsables de différents secteurs se sont intensifiés, de même que les travaux relatifs au contrôle des conglomérats financiers. En effet, la réglementation prudentielle actuelle repose, dans de nombreux pays d'Europe, sur une définition relativement restrictive des activités bancaires (réception des dépôts et octroi de crédits) qui pourrait être rapidement dépassée. Les autorités prudentielles ainsi que la Commission européenne en sont conscientes. C'est pour répondre à cette difficulté que la Commission européenne a entrepris de réglementer le contrôle des conglomérats financiers.

¹⁶³ Le ratio Cooke a inspiré le ratio de solvabilité français mis en place par le Règlement du Comité de la réglementation bancaire n° 91-05 du 15/02/1991.

89. – Corrélativement, ces contrôles peuvent engendrer des mesures très attentatoires aux libertés afin de réaliser l'objectif de protection du système bancaire. En effet, si un établissement de crédit ne peut pas respecter ces règles prudentielles, la Commission bancaire a la possibilité de « saisir le Tribunal de grande instance afin que (...) soit ordonnée la cession des actions détenues par un ou plusieurs actionnaires de droit ou de fait »¹⁶⁴. Certes, la possibilité d'une cession forcée des actions peut-elle ressembler à celle de l'article L. 621-59 du Code de commerce¹⁶⁵, selon lequel le Tribunal de commerce peut ordonner une telle expropriation lorsque la survie de l'entreprise le requiert. Mais la spécificité de cette cession est qu'elle peut être prescrite en dehors même du cadre d'une procédure collective¹⁶⁶. Ceci va aboutir indirectement à une concentration du système bancaire.

90. – Incontestablement, les missions de la Commission bancaire à l'égard des établissements de crédit sont complémentaires de celles exercées par le CECEI et visent un objectif similaire : la protection du système bancaire.

91. – En conclusion, la régulation bancaire apparaît aujourd'hui moins obscure que par le passé. Néanmoins, des progrès sont encore à réaliser. En effet, l'absence de règlement intérieur publié au Journal officiel, le fonctionnement opaque des autorités ou l'absence de publicité des décisions individuelles ne permettent pas d'affirmer en toute objectivité que la régulation bancaire est désormais transparente.

¹⁶⁴ Article 88 de la loi du 25/06/1999 ajoutant six articles 46-1 à 46-6 à l'article 46 de la loi du 24/01/1984. Ces articles ont été insérés aux articles L. 613-25 à L. 613-30 du Code monétaire et financier.

¹⁶⁵ Ancien article 23 de la loi du 25/01/1985 sur les procédures collectives.

¹⁶⁶ J.-P. Deschanel et E. Fernandez-Bollo, « Le contrôle et la sécurité de l'épargne dans la loi bancaire de 1984 revue et amendée par les lois des 02/07/1996, dite de modernisation des activités financières et 25/06/1999 sur l'épargne et la sécurité financière », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ, 2001, p. 86.