

avec le conseil de la concurrence dont-il confia le contentieux au juge judiciaire, plus compétent en la matière. La loi du 2 août 1989 procéda à la même modification à propos de la COB. Le contrôle de légalité ouvert par la voie du recours pour excès de pouvoir s'applique aussi bien à la légalité externe de l'acte (compétence de l'autorité), qu'à sa légalité interne (respect de la règle de droit).

Enfin le contrôle ne peut déboucher que sur la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique, puisque les AAI n'ont ni personnalité juridique, ni patrimoine propre.

### CONCLUSION

Les instances de régulation sont des experts indépendants dotés de prérogatives de puissance publique. La politique législative, qui leur confie la protection des libertés dans certains domaines dits « sensibles », tend vers un fragile équilibre entre des impératifs d'indépendance et de contrôle. Cet équilibre ne se trouve qu'au cas-par-cas en fonction du degré de technicité et de « sensibilité ». La composition, le fonctionnement et les attributions de ces organes sont donc en étroite relation avec les besoins à combler dans le secteur considéré. Aucune « théorie générale des AAI » n'est envisageable puisqu'elle renierait l'hétérogénéité qui les caractérise. Leur seul véritable point commun résiderait dans leur difficile intégration au système juridique ; le Conseil Constitutionnel encourageant ou réfrénant tour à tour les élans créateurs du législateur.

Si l'efficacité des AAI n'est plus à mettre en doute aujourd'hui, la question de la réalité de leur indépendance reste d'actualité : ces créations constituent-elles une nouvelle technique incontournable de régulation, ou bien ne sont-elles qu'un écran dissimulant un mode indirect d'intervention de l'État ? Dans les deux cas, une inflation de leur nombre serait à craindre par la complexité et le manque de coordination qu'elle engendrerait inexorablement. Le Conseil Constitutionnel serait alors impuissant, laissant place au libre-arbitre du législateur conscient des conséquences qu'une telle inflation pourrait avoir sur la légitimité de ces autorités.

Les français craindraient-ils de voir se réaliser la prophétie de George Orwell au point qu'un « gouvernement des sages » doivent succéder à un « gouvernement des juges » ?

## LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DES INSTITUTIONS EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE

Par

Jean-Jacques ALEXANDRE-SOUYRIS  
*Maître de conférences à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille*

1- En matière bancaire et financière, différentes lois ont prévu des institutions ayant pour objet de participer au bon fonctionnement de ce secteur c'est-à-dire faire respecter certains équilibres.

Il s'agit donc de savoir si la loi a attribué à ces « autorités publiques », également appelées « autorités indépendantes de régulation », le soin d'élaborer des normes permettant la mise en œuvre des lois bancaire et financière.

2- L'article 13 de la loi du 2 décembre 1945 conférait au Conseil national du crédit un pouvoir réglementaire. Mais, aujourd'hui, depuis les lois n° 93-980 du 4 août 1993 et n° 96-597 du 2 juillet 1996 modifiant l'article 24 de la loi du 24 janvier 1984 (devenu l'article L. 614-1 du Code monétaire et financier - C.M.F.), le Conseil national du crédit et du titre est seulement une institution consultative. Il étudie les conditions de fonctionnement du système bancaire et financier notamment dans ses relations avec la clientèle et dans la gestion des moyens de paiement. Il émet donc des avis et fait procéder à des études. De même, la Commission bancaire a perdu son pouvoir réglementaire (V. Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., t 2, p. 294, n° 2233).

3- En revanche, d'autres institutions bancaire et financière ont conservé leur pouvoir réglementaire à titre principal (I) ou à titre résiduel (II).

### I - LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE, À TITRE PRINCIPAL, DES INSTITUTIONS BANCAIRE ET FINANCIÈRE

4- Sont dotés d'un pouvoir réglementaire, à titre principal, le Comité de la réglementation bancaire et financière (A) et la Commission des opérations de bourse (B).

#### A - Le Comité de la réglementation bancaire et financière

5- Le Comité de la réglementation bancaire et financière (C.R.B.F.) est une émanation du Conseil national du crédit et du titre (C.N.C.T.). Les membres du

Comité sont membres de droit du C.N.C.T. (article L. 611-7 al. 1 du C.M.F. modifié par L. n° 2001-420 du 15 mai 2001, ancien article 29 de la loi du 24 janvier 1984 dite loi bancaire).

6- Selon l'article L. 611-1 du C.M.F., le C.R.B.F. fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, dans le cadre des orientations définies par le gouvernement et sous réserve des attributions du Comité de la réglementation comptable.

La mission réglementaire est définie, avec précision, à l'article L. 611-2 du C.M.F. (ancien article 33 de la loi du 24 janvier 1984). Elle concerne notamment :

- « 1. Le montant du capital des établissements de crédit et les conditions dans lesquelles des participations directes ou indirectes peuvent être prises, étendues ou cédées dans ces établissements ainsi que dans les établissements financiers, définis à l'article L. 511-21, détenant directement ou indirectement un pouvoir de contrôle effectif sur un ou plusieurs établissements de crédit ;
2. Les conditions d'implantation des réseaux ;
3. Les conditions dans lesquelles ces établissements peuvent prendre des participations ;
4. Les conditions des opérations que peuvent effectuer les établissements de crédit, en particulier dans leurs relations avec la clientèle, ainsi que les conditions de la concurrence ;
5. L'organisation des services communs ;
6. Les normes de gestion que les établissements de crédit doivent respecter en vue notamment de garantir leur liquidité, leur solvabilité et l'équilibre de leur structure financière ;
7. La publicité des informations destinées aux autorités compétentes ;
8. Les instruments et les règles du crédit, sous réserve des missions confiées au Système européen de banques centrales par l'article 106, paragraphe 2, du traité instituant la Communauté européenne ;
9. Les règles relatives à la protection des déposants mentionnées à l'article L. 312-4 ;
10. Les règles applicables à l'organisation comptable, aux mécanismes de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique ainsi que les procédures de contrôle interne ».

Sur le fondement de l'article L. 611-2, le C.R.B.F. a pris un grand nombre de règlements (V. une longue liste dans le Code de commerce Dalloz, éd. 2002, sous l'article L. 611-2 du C.M.F.).

7- Par la loi du 2 juillet 1996, relative à la modernisation des activités financières, le C.R.B.F. s'est vu reconnaître un pouvoir réglementaire en ce qui concerne les prestataires de services d'investissement. En particulier, elle fixe le montant du capital exigé en fonction des services qu'entend exercer le prestataire de services d'investissement (article L. 611-3 du C.M.F. anc. article 33-1 de la loi bancaire).

8- Enfin, en application de l'article L. 611-9 du C.M.F. (anc. article 32 de la loi bancaire), les règlements du C.R.B.F. sont homologués par le ministre, chargé de l'économie et publiés au Journal officiel de la République française. Ils sont donc susceptibles de recours devant la juridiction administrative.

## B - La Commission des opérations de bourse

9- La Commission des opérations de bourse (C.O.B.) a été créée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 pour exercer la haute tutelle des bourses de valeurs. Cette ordonnance lui a attribué un pouvoir réglementaire.

10- En effet, l'article 4-1 de l'ordonnance de 1967 (devenu l'article L. 621-6 du C.M.F.) dispose que la C.O.B. peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrivant des règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi qu'aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres. Ces règlements sont publiés dans le Bulletin mensuel de la C.O.B. qui, selon un auteur, « prend de plus en plus souvent l'allure d'une véritable source du droit boursier » (Rev. Trim. dr. com. 2001, p. 939).

De plus, sur la base de l'article L. 621-7 du C.M.F., la C.O.B. édicte des règles de bonne conduite relatives au service d'investissement. Par exemple, a été pris le règlement n° 96-03 relatif aux règles de bonne conduite applicable au service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers.

11- Selon l'article 621-6 in fine du C.M.F. « ces règlements sont publiés au Journal officiel de la République française, après homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie ».

## II - LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE, À TITRE RÉSIDUEL, DES INSTITUTIONS BANCAIRE ET FINANCIÈRE

12- Ont un pouvoir réglementaire, à titre résiduel, le Conseil des marchés financiers (A) et la Banque de France (B).

### A - Le Conseil des marchés financiers

13- Le Conseil des marchés financiers résulte de la fusion, en 1996, du Conseil des bourses de valeur et du Conseil du marché à terme (V. article 98 de la loi du 2 juillet 1996).

14- Cette « autorité professionnelle », selon la loi, dotée de la personnalité morale (article L. 622-1 du C.M.F.) est chargée d'organiser les services d'investissements autre que la gestion de portefeuille et les entreprises de marché et les chambres de compensation. La Cour d'appel de Paris le qualifie d'« autorité professionnelle de droit privé », (Paris, 11 juin 1997, G.P. 1997, som. p. 335).

15- Cette organisation repose principalement sur le règlement général du C.M.F. (anc. article 32 de la loi du 2 juillet 1996). Ce très long règlement général a été homologué par des arrêtés du ministre chargé de l'économie (V. Code des sociétés et des marchés financiers Dalloz, éd. 2001, pp. 1063-1121).

Par ailleurs, le Conseil des marchés financiers édicte des règles de bonne conduite en application des articles L. 533-4 et L. 533-6 du C.M.F. (anc. articles 58 et 60 de la loi du 2 juillet 1996).

**B - La Banque de France**

16- Le pouvoir réglementaire de la Banque a bien évolué. Jusqu'à la loi n° 98-357 du 12 mai 1998, la Banque de France définissait en toute indépendance la politique monétaire de la France. Pour assurer le bon fonctionnement du système bancaire, elle énonçait des avis qui avaient, dans certains domaines, valeur réglementaire (V. M. Vasseur, le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles, D. 1981, chron. 25).

17- Mais depuis la loi du 12 mai 1998, la Banque de France fait partie intégrante du Système européen de banques centrales, institué par l'article 8 du traité instituant la Communauté européenne (article L. 141-1 du C.M.F.). Elle participe donc à l'accomplissement des missions et au respect des objectifs assignés par l'article précité.

Par suite, le Conseil de la politique monétaire de la Banque de France, en application de l'article L. 142-2 du C.M.F. (anc. article 7 de la loi du 4 août 1993), dans le cadre des orientations et instructions de la Banque centrale européenne, précise les modalités d'achat ou de vente, de prêt ou d'emprunt, d'escompte, de prise en gage, de prise ou de mise en pension de créances et d'émission de bons portant intérêt, ainsi que la nature et l'étendue des garanties dont sont assortis les prêts consentis par la Banque de France.

18- Ce pouvoir réglementaire limité, attribué à la Banque de France, sous l'empire de la loi du 24 janvier 1984 a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 93-324 du 3 août 1993 (R.D.C., I, 537) dans un considérant clair :

« Considérant que dans la mesure où elle permet d'assurer la mise en œuvre de la politique monétaire, l'habilitation donnée à la Banque de France, institution de l'Etat, de fixer par délibération du Conseil de la politique monétaire certaines normes destinées à concourir au contrôle de l'évolution de la masse monétaire, ne concerne que des mesures circonscrites tant par leur champ d'application que par leur contenu ».

19- En conclusion, nous constatons qu'une institution, fut-elle proche des services de l'Etat, peut se voir reconnaître un pouvoir de recommandation, voire de décision, qualifiable de pouvoir réglementaire mais seulement à titre exceptionnel.

Toutefois, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 27 juillet 2001 (J.C.P. 2001-II, 10596, note R. Martin), dénie au Conseil national des barreaux tout pouvoir réglementaire.

En revanche, des autorités indépendantes de régulation sont dotées d'un pouvoir réglementaire propre leur permettant d'édicter des normes générales ayant le caractère de règlements de force obligatoire pour ceux qu'ils concernent (V. Maurice-Antoine Lafortune, Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier, G.P., 23-25 septembre 2001, p. 12).

## LE POUVOIR NORMATIF DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Par

Patrice BATTISTINI  
A.T.E.R. à l'Université de Haute-Alsace

1 - Sous la pression du droit communautaire divers secteurs de l'économie doivent se plier à une concurrence plus ou moins totale. Il en est notamment ainsi dans le domaine de la télécommunication (1). En la matière, c'est la loi du 26 juillet 1996 (2) qui a ouvert en France l'activité à la concurrence à compter du 1er janvier 1998 (3). Cependant, cette activité ne pouvait être abandonnée à une concurrence pure et dure, aux seules lois du marché. Elle se devait d'être soumise à un certain contrôle, à une certaine régulation (4). En la matière, cette mission de régulation a non seulement été confiée au ministre chargé des télécommunications, mais aussi à une institution indépendante. C'est pourquoi le législateur a créé une

(1) Cf. par ex. les dir. 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la dir. 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, dir. 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 oct. 1997 modifiant les dir. 90/387/CEE et dir. 92/44/CEE en vue les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications et dir. 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 fév. 1998 concernant l'O.N.P. à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel. Sur les télécommunications cf. J.-M. Hubert, *Télécommunication*, PA 1998, n° 82 et J.-L. Autin, *Télécommunications*, J.-clas. Adm., fasc. 274-10.

(2) L. n° 96-659 du 26 juil. 1996 de réglementation des télécommunications, JO 27 juil., p. 11384, mod. par le Titre II ord. n° 2001-670 du 25 juil. 2001 portant adaptation au droit communautaire du code des postes et télécommunications, JO 28 juil. Cf. par ex. R.-G. Perot, *La nouvelle réglementation des télécommunications*, PA, 1996, n° 132 ; Chevallier J., *La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuité*, RFDA 1997, 115 ; Lignière P., *La nouvelle donne des télécommunications en France*, JCP E 1997, n° spéc. 27 mars 1997 ; H. Maisl, *La nouvelle réglementation des télécommunications*, AJDA 20 oct. 1996, p. 762.

(3) D. Laffont, *Année 1998 dans les télécommunications : début de l'ouverture à la concurrence des réseaux et du téléphone*, Juris. PTT, 1997, n° 50, p. 11.

(4) Sur la notion cf. L. Cohen-Tanugi, *L'émergence de la notion de régulation*, PA, 1998, n° 82 ; M.-A. Frison-Roche, *Les différentes définitions de la régulation*, PA, 1998, n° 82 et *Le droit de la régulation*, Dalloz 2001, chron., p. 610. D'une manière générale voir *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, Colloque du 25 mars 1998 organisé par la D.R.C.C.R.F., PA 1998, n° 82.