

L'étendue des obligations des personnes morales mandatées en matière de démarchage bancaire

MATTIAS GUYOMAR

Commissaire du Gouvernement

Conseil d'État

Le Conseil d'État annule partiellement le décret du 28 septembre 2004 relatif au fichier de personnes habilitées à exercer une activité de démarchage bancaire et financier.

N° 274686, 285784, 285978

Fédération bancaire française

Maud Vialettes, rapporteur

Mattias Guyomar, commissaire du Gouvernement

Séance du 2 novembre 2005 – Lecture du 16 janvier 2006

République française au nom du peuple français

Le Conseil d'État statuant au contentieux

(section du contentieux, 6^e et 1^{re} sous-sections réunies)

sur le rapport de la 6^e sous-section de la section du contentieux

Vu 1° sous le n° 274686 la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 29 novembre 2004 et 24 mars 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour la Fédération bancaire française, dont le siège social est 18, rue Lafayette à Paris 75440 (Paris Cedex 09), représentée par son président en exercice ; la Fédération bancaire française demande au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2004-1018 du 28 septembre 2004 relatif au fichier des personnes habilitées à exercer une activité de démarchage bancaire ou financier ;

Vu 2° sous le n° 285784, la requête, enregistrée le 5 octobre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée pour la Fédération bancaire française, dont le siège social est 18, rue Lafayette à Paris 75440 (Paris Cedex 09), représentée par son président en exercice ; la Fédération bancaire française demande au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, le décret n° 2005-1007 du 2 août 2005 relatif à la partie réglementaire du Code monétaire et financier en tant qu'il codifie le décret n° 2004-1018 du 28 septembre 2004 relatif au fichier des personnes habilitées à exercer une activité de démarchage bancaire ou financier aux articles D. 341-1 à D. 341-15 du Code monétaire et financier, d'autre part, les articles D. 341-1 à D. 341-15 de ce Code ;

Vu 3° sous le n° 285978, la requête, enregistrée le 28 septembre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée pour la Fédération bancaire française, dont le siège social est 18, rue Lafayette à Paris 75440 (Paris Cedex 09), représentée par son président en exercice ; la Fédération bancaire française demande au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier :

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le Code monétaire et financier ;

Vu le Code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mlle Maud Vialettes, maître des requêtes,
- les observations de la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la Fédération bancaire française,
- les conclusions de M. Mattias Guyomar, commissaire du Gouvernement ;

Considérant que les requêtes n° 274686, 285784 et 285978 présentent à juger la même question ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 28 septembre 2004 :

Considérant que la Fédération bancaire française demande l'annulation du décret du 28 septembre 2004

relatif au fichier des personnes habilitées à exercer une activité de démarchage bancaire ou financier dont l'article 2 fait obligation aux personnes morales dont l'activité est dévolue au crédit, à l'investissement, à l'assurance ou au capital-risque mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 du Code monétaire et financier de déclarer elles-mêmes les démarcheurs personnes physiques relevant des personnes morales qu'elles peuvent mandater en vertu du I de l'article L. 341-4 du même Code ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 341-6 du Code monétaire et financier : *"Les personnes mentionnées à l'article L. 341-3 et celles mandatées en application du I de l'article L. 341-4 [...] font enregistrer en tant que démarcheurs [...] les personnes salariées, employées ou mandataires à qui elles confient le soin de se livrer pour leur compte à des actes de démarchage bancaire ou financier [...]"* ; que le I de l'article L. 341-4 dispose que les établissements, entreprises et institutions mentionnés au 1° de l'article L. 341-3 peuvent mandater des personnes morales afin d'exercer pour leur compte une activité de démarchage bancaire ou financier et que dans ce cas ces dernières peuvent à leur tour mandater des personnes physiques afin d'exercer cette activité pour leur compte ; qu'il ressort de ces dispositions qu'il incombe aux personnes morales mandatées de communiquer elles-mêmes les informations requises pour la tenue du fichier des personnes habilitées prévu par l'article L. 341-7 du même Code ; que, dès lors, en mettant cette obligation à la charge des per-

sonnes morales habilitées à consentir un mandat à ces personnes morales, l'article 2 du décret du 28 septembre 2004 a méconnu les prescriptions de la loi ; que, par suite, cette disposition, qui est divisible du reste du décret, doit être annulée et le surplus des conclusions dirigées contre ce décret rejeté ;

Sur les autres conclusions :

Considérant que la Fédération bancaire française demande, par les mêmes moyens, l'annulation pour excès de pouvoir, les articles D. 341-1 à D. 341-15 du Code monétaire et financier, qui ont été insérés par le décret du 2 août 2005 relatif à la partie réglementaire du Code monétaire et financier et qui reprennent les dispositions du décret du 28 septembre 2004 ; qu'il y a lieu, pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être retenus, de ne faire droit à ses conclusions qu'en tant qu'elles sont dirigées contre l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier qui reprend, dans les mêmes termes, l'article 2 du décret du 28 septembre 2004 et d'en rejeter le surplus ;

D E C I D E

Article 1^{er} : L'article 2 du décret du 28 septembre 2004 et l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier sont annulés.

Article 2 : Le surplus des conclusions des requêtes n° 274686, 285784 et 285978 est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Fédération bancaire française et au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

N° 274686 – N° 285784 – N° 285978

Fédération bancaire française

Rapporteur : Olivier Schrameck

commissaire du Gouvernement : Mattias Guyomar

Séance du 2 novembre 2005 – Lecture du 16 janvier 2006

CONCLUSIONS

Certaines péripéties contentieuses nous conduisent à conclure devant vous pour la seconde fois en quelques semaines sur la présente affaire.

La loi de Sécurité financière du 1^{er} août 2003 a unifié les différents régimes de démarchage bancaire et financier. La loi a institué un véritable encadrement des personnes autorisées à procéder au démarchage qui repose sur la définition limitative des personnes habilitées, l'enregistrement des démarcheurs et la confection d'un fichier consultable.

Les dispositions de la loi sont reprises au Code monétaire et financier.

L'article L. 341-3 de ce Code énumère les personnes qui *"peuvent recourir ou se livrer à l'activité de démarchage bancaire ou financier"*. Trois catégories sont distinguées :

– les établissements de crédit, les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du CMF (Banque de France, Caisse des dépôts et consignations, La Poste...), les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance et sous certaines conditions les sociétés de capital-risque ;

– les entreprises liées aux entreprises d'investissement et d'épargne salariale ;

– les conseillers en investissements financiers définis à l'article L. 541-1, exclusivement pour les opérations prévues au 5° de l'article L. 341-1.

La plupart des personnes habilitées par nature sont des personnes morales. L'habilitation dont elles bénéficient autorise leurs salariés ou employés à exercer une activité de démarchage. Est ensuite prévue la possibilité de mettre en place des délégations et mandats successifs.

Le I de l'article L. 341-4 du CMF prévoit en effet que *"Les personnes mentionnées à l'article L. 341-3 peuvent mandater des personnes physiques afin d'exercer pour leur compte une activité de démarchage bancaire ou financier"* et que *"les établissements et entreprises ou institutions mentionnés au 1° de cet article peuvent également mandater des personnes morales à cet effet"*. Il est précisé que *"Dans ce cas, celles-ci peuvent à leur tour mandater des personnes physiques afin d'exercer cette activité pour leur compte"*.

Nous relevons que la nature juridique de ces personnes morales intermédiaires n'est pas précisée.

La loi a prévu que chaque niveau de mandant est civilement responsable de son ou de ses mandataires. Le III de l'article L. 341-4 du CMF dispose ainsi que : "Les personnes morales mentionnées à l'article L. 341-3 et celles mandatées en application du I du présent article sont civilement responsables du fait des démarcheurs, agissant en cette qualité, auxquels elles ont délivré un mandat. Les personnes morales mentionnées à l'article L. 341-3 demeurent responsables du fait des salariés des personnes morales qu'elles ont mandatées, dans la limite du mandat".

Deuxième caractéristique du régime du démarchage : les personnes exerçant une activité de démarchage pour le compte des personnes habilitées par nature ou par mandat doivent être enregistrées en tant que démarcheurs.

Le I de l'article de l'article L. 341-6 du Code monétaire et financier dispose que : "Les personnes mentionnées à l'article L. 341-3 et celles mandatées en application du I de l'article L. 341-4, selon respectivement leur nature ou la nature de leur mandant, font enregistrer en tant que démarcheurs, auprès de l'Autorité des marchés financiers, du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et du Comité des entreprises d'assurance les personnes salariées, employées ou mandataires à qui elles confient le soin de se livrer pour leur compte à des actes de démarchage bancaire ou financier. Ces dispositions sont applicables aux conseillers en investissements financiers personnes physiques lorsqu'ils sont mandatés par l'une des personnes mentionnées à l'article L. 341-3 et par celles mandatées en application du I de l'article L. 341-4".

Troisième et dernière caractéristique : les démarcheurs sont répertoriés dans un fichier librement consultable par le public prévu par l'article L. 341-7 du Code monétaire et financier.

Le décret du 28 septembre 2004 relatif au fichier des personnes habilitées à exercer une activité de démarchage bancaire et financier est intervenu en application de ces dispositions législatives, plus précisément de l'article L. 341-7 du CMF.

Sous le n° 274686, la Fédération bancaire française vous demande l'annulation de ce décret. Nous admettons son intérêt à agir à l'encontre d'un texte qui pose des obligations aux membres de la profession bancaire qu'elle regroupe.

En réalité, l'ensemble des moyens qu'elle soulève – et dont nous vous proposons de faire masse – sont dirigés contre l'article 2 de ce décret.

Nous citons cet article :

"Les personnes mentionnées aux 1° et 3° de l'article L. 341-3 communiquent aux autorités dont elles relèvent les informations prévues à l'article 4, à l'exception du numéro d'enregistrement du démarcheur. Les établissements ou entreprises agréés dans un autre État membre de la Communauté européenne habilités à intervenir sur le territoire français communiquent ces informations à l'autorité qui, en France, a reçu, de l'autorité du pays d'origine compétente pour ces établissements ou entreprises, la déclaration d'intervention en France.

Les informations communiquées en application de l'alinéa précédent concernent :

1° Lorsqu'ils sont soumis aux obligations d'enregistrement prévues à l'article L. 341-6, les démarcheurs, personnes

physiques, exerçant une activité de démarchage directement pour le compte des personnes mentionnées aux 1° et 3° de l'article L. 341-3 ;

2° Les démarcheurs, personnes morales, mandatés en application du I de l'article L. 341-4 ;

3° Les démarcheurs, personnes physiques, relevant des personnes morales mandatées conformément au I de l'article L. 341-4".

La fédération requérante soutient qu'en mettant à la charge des personnes mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 du CMF l'obligation de communiquer elles-mêmes les informations requises pour la tenue du fichier, l'article 2 du décret du 28 septembre 2004 aurait méconnu les prescriptions de l'article L. 341-6 du même code.

Une chose est certaine : les dispositions législatives et réglementaires en cause ne coïncident pas.

La lettre du I de l'article L. 341-6 du CMF est claire : "Les personnes mentionnées à l'article L. 341-3 [c'est-à-dire les mandants de premier rang] et celles mandatées en application du I de l'article L. 341-4 [c'est-à-dire les mandants de second rang], [...] font enregistrer en tant que démarcheurs [...] les personnes salariées, employées ou mandataires à qui elles confient le soin de se livrer pour leur compte à des actes de démarchage bancaire ou financier". Chacun pour ce qui les concerne, les mandants de premier rang et de second rang sont chargés de l'enregistrement des personnes qu'elles mandatent.

La lettre de l'article 2 du décret attaqué est tout aussi claire : elle fait peser cette obligation sur les mandants de premier rang, c'est-à-dire les personnes mentionnées à l'article L. 341-3 du CMF dans tous les cas, qu'il s'agisse des démarcheurs, personnes physiques, qui exercent une activité de démarchage directement pour leur compte, des démarcheurs, personnes morales, qu'elles ont mandatés en application du I de l'article L. 341-4 ou des démarcheurs, personnes physiques, qui relèvent des personnes morales mandatées conformément au I de l'article L. 341-4.

S'agissant des deux premières catégories qui recouvrent les personnes directement mandatées par les mandants de premier rang, le décret est conforme aux prescriptions de loi. Il s'en écarte en revanche s'agissant de la troisième catégorie qui recouvre les personnes qui ont été mandatées par les mandants de second rang. Le décret opère, sur ce point, un transfert de charge des mandants de second rang vers les mandants de premier rang.

Une telle méconnaissance des prescriptions de la loi est de nature à entraîner l'annulation des dispositions de l'article 2 du décret. Mais avant d'en arriver là, il nous faut brièvement nous interroger sur les deux points suivants.

Premier point : l'obligation de communiquer les informations relatives au démarcheur, qui est posée à l'article 2 du décret du 28 septembre 2004, correspond-elle à l'obligation d'enregistrement des démarcheurs qui est prévue au I de l'article de l'article L. 341-6 ?

Nous le pensons, compte tenu de la nature des informations contenues dans le fichier des démarcheurs. En vertu de l'article 4 du décret du 28 septembre 2004, ces informations sont en effet les suivantes :

1° Le numéro d'enregistrement du démarcheur ;

2° Les nom, nom d'usage, prénoms, date et lieu de naissance du démarcheur, personne physique ;

3° L'adresse professionnelle du démarcheur ;

4° Les nom, adresse et, s'il y a lieu, numéro SIREN de la

personne morale ou des personnes morales relevant de l'une des catégories mentionnées aux 1° et 3° de l'article L. 341-3, pour le compte de laquelle ou desquelles le démarcheur exerce une activité de démarchage bancaire ou financier ;

5° La nature des opérations, services ou prestations, définis du 1° au 5° de l'article L. 341-1, pour lesquels le démarcheur a reçu des instructions de son employeur ou de son mandant ;

6° Dans le cas où le démarcheur exerce cette activité pour le compte d'une ou plusieurs personnes morales, elles-mêmes mandatées dans les conditions prévues au I de l'article L. 341-4 : les dénominations, adresses et, s'il y a lieu, numéros SIREN de ces personnes morales et de leurs mandants ;

7° Le cas échéant, le numéro ou les numéros d'enregistrement de la personne morale ou des personnes morales mandatées dans les conditions prévues au I de l'article L. 341-4 ainsi que la nature des opérations pour lesquelles elles ont été mandatées ;

8° La date d'expiration du mandat".

Second point : s'agissant d'une profession réglementée, le pouvoir réglementaire ne dispose-t-il pas de la faculté d'imposer une telle obligation aux mandants de premier rang, alors même que la loi ne l'a pas prévu ? Une liberté professionnelle et la compétence du pouvoir réglementaire pour y prévoir des restrictions ou imposer des obligations aux membres de cette profession s'apprécient en effet compte tenu des limitations de portée générale que la loi a apportées à cette liberté.

Mais nous ne sommes pas d'avis de reconnaître une telle marge au pouvoir réglementaire face à des dispositions législatives aussi claires et aussi précises. L'article 2 du décret ne pouvait légalement modifier la répartition des obligations entre les mandants de premier et de second rang. Au demeurant, les travaux préparatoires à la loi de sécurité financière confirment que la volonté du législateur a été méconnue par les dispositions attaquées.

Le rapporteur du projet de loi devant le Sénat, M. Marini expliquait ainsi que *"le texte proposé pour l'article L. 341-6 dispose que les personnes morales mandantes ou les mandataires de niveau intermédiaire font enregistrer en tant que démarcheurs"* les personnes auxquelles elles ont recours. De même, le rapporteur devant l'Assemblée nationale, François Goulard expliquait-il : *"l'obligation d'enregistrement pèse sur le mandant : la personne morale autorisée par nature à se livrer au démarchage ou celle qui a été mandatée pour le faire"*.

Vous accueillerez le moyen. La requérante demande l'annulation de l'ensemble du décret. Mais compte tenu du motif d'annulation, vous limiterez celle-ci aux dispositions de l'article 2. Elles sont en effet divisibles du reste du décret, les autres dispositions relatives, notamment, à la tenue ou au contenu du fichier restant applicables compte tenu de la précision des dispositions législatives. En revanche, l'article 2 forme un tout indivisible. Alors même qu'il n'est illégal qu'en tant qu'il fait peser sur les mandants de premier rang l'obligation d'enregistrer les démarcheurs des mandants de second rang, vous l'annulerez dans sa totalité.

Lors de la séance du 28 septembre 2005, nous avons terminé nos conclusions en vous indiquant que le décret du 28 septembre 2004 a été abrogé par le 146° du I de l'article 5 du décret du 2 août 2005 relatif à la partie réglementaire du Code monétaire et financier.

Les dispositions illégales de l'article 2 du décret attaqué ont été reprises à l'article D 341-10 du Code monétaire et financier. Ces dispositions ayant reçu exécution, cette abrogation ne prive pas d'objet le litige. En revanche, nous vous indiquons que, l'article D 341-10 du Code monétaire et financier n'ayant pas été attaqué, ses dispositions resteraient en vigueur en dépit de votre décision.

Mais ces précisions ne sont pas restées sans effet. Après l'audition de nos conclusions, la fédération requérante a en effet produit, dès le 28 septembre 2005, une note en délibéré par laquelle elle vous demande d'annuler l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier tel qu'il est issu du décret du 2 août 2005. Ce dernier décret ayant été publié au Journal Officiel du 25 août 2005, il se trouve que le délai de recours contentieux n'était pas encore expiré. Cette note en délibéré comportant des conclusions nouvelles, vous avez décidé de l'enregistrer sous un nouveau numéro, 285978, et vous avez rayé la requête n° 274686 afin de joindre les deux affaires et d'y statuer par une seule décision. Postérieurement, le 5 octobre 2005, la Fédération bancaire française a introduit une troisième requête, enregistrée sous le n° 285784, tendant à l'annulation du décret du 2 août 2005 et des articles D. 341-1 à D. 341-15 du Code monétaire et financier. Ces deux dernières requêtes ayant fait l'objet d'une instruction accélérée – les moyens soulevés à l'encontre des nouveaux actes attaqués étant l'exacte reprise de ceux articulés à l'encontre du décret du 28 septembre 2004 – vous êtes aujourd'hui en mesure d'examiner ensemble les trois numéros.

Nous venons de vous dire le sort que nous proposons de réserver à la requête n° 274686, une annulation partielle du décret du 28 septembre 2004. Nous poursuivons par l'examen de la requête n° 285784 qui en constitue l'exact décalque. Il convient, selon nous, de faire masse des conclusions dirigées contre le décret de codification lui-même et contre les dispositions codifiées, celles-ci n'ayant reçu une portée normative qu'à raison de celui-là. Les articles attaqués du Code monétaire et financier – D. 341-1 à D. 341-15 – constituent, comme nous vous l'avons déjà dit, la reprise exacte des dispositions du décret du 28 septembre 2004. L'illégalité qui entache le texte source entache dans la même mesure le texte codifié.

Les motifs qui conduisent à l'annulation de l'article 2 du décret du 28 septembre 2004 conduisent également à l'annulation de l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier. Dans la mesure où vous prononcerez l'annulation d'un seul article du Code, vous devrez rejeter le surplus des conclusions de la requête.

Il vous reste à examiner la requête n° 285978. Sous ce numéro, la fédération requérante ne demande l'annulation que de l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier. Si vous nous suivez, vous ferez droit à la requête pour les motifs que nous venons de développer.

PCMNC à l'annulation de l'article 2 du décret du 28 septembre 2004 et de l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier tel qu'issu du décret du 2 août 2005 au rejet du surplus des conclusions des requêtes 274686, 285784 et 285978. ■