

## Création de l'ACP

# L'ORDONNANCE N° 2010-76 DU 21 JANVIER 2010, RÉVOLUTION OU ÉVOLUTION ?



**VINCENT  
RUOL**

Professeur  
associé au  
Conservatoire  
national des  
arts et métiers  
Chargé de  
cours à  
l'Institut des  
assurances  
de Paris

La loi de sécurité financière de 2003 avait amorcé un premier mouvement d'unification des autorités de supervision du secteur financier en procédant à une série de fusions ayant conduit à la création de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles, passant ainsi de cinq à deux structures. Non concernée par la réforme de 2003, la supervision bancaire est cette fois réformée pour fusionner avec celle des assurances et ainsi former l'Autorité de contrôle prudentiel.

L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 a créé l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), issue de la fusion de quatre organismes de natures très différentes. Il existe en effet des différences significatives dans leurs attributions d'abord, puisque la Commission bancaire (CB) et l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (Acam) étaient chargées du contrôle prudentiel dans leurs champs respectifs, alors que le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et le Comité des entreprises d'assurance (CEA) étaient plus particulièrement chargés de l'agrément des organismes relevant respectivement du secteur bancaire et de l'assurance<sup>1</sup>.

Différences ensuite concernant la nature juridique de ces organismes. En effet, l'Acam était une autorité publique indépendante, c'est-à-dire une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale. Elle était distincte de l'État et disposait de ressources propres sous la forme d'une contribution aux frais de contrôle acquittée par les organismes contrôlés<sup>2</sup>. Au contraire, la CB était une juridiction de l'ordre administratif (Code Monétaire et financier (Comofi), art. L. 613-23 ancien), mais ne disposait pas de la personnalité juridique. Les autorités d'agrément (CEA et CECEI) n'étaient qualifiées ni de juridictions, ni d'autorités administratives indépendantes et relevaient par conséquent du régime général applicable à l'autorité administrative.

Différences enfin pour ce qui relevait des services des différentes autorités. En effet, l'Acam possédait des services propres et voyait un corps de fonctionnaires de l'État mis à sa disposition (C. Ass., art. L. 310-13 ancien). Au contraire, la CB bénéficiait des services du Secrétariat général de la Commission bancaire (SGCB), dont les effectifs (environ 500 agents<sup>3</sup>) étaient mis à disposition par la Banque de France (Comofi, art. L. 613-6 et s. anciens). La situation était comparable s'agissant du CECEI dont les services étaient logés au sein de la Banque de France (Direction des établissements de crédit et des entreprises d'investissement de la Banque de France). Enfin, le Secrétariat du CEA était assuré par la direction du Trésor (C. Ass., art. R. 413-4 ancien).

L'ordonnance créant l'ACP modifie de manière nuancée la supervision du secteur financier<sup>4</sup>. Son champ est ainsi élargi, mais ses pouvoirs sont plutôt remaniés que franchement étendus. Surtout, l'ordonnance consacre le recul du rôle décisionnaire de l'État au profit de celui de la Banque de France et de la profession, recul parti-

1. Cette dichotomie entre autorités d'agrément d'une part et de contrôle d'autre part est, bien que retenue par le législateur, excessivement simplificatrice. Le CEA, par exemple, ne voyait pas ses compétences limitées à l'agrément des organismes d'assurance, de leurs éventuels actionnaires (C. Ass., art. L. 322-4 ancien) ou de leurs dirigeants (C. Ass., art. R. 321-17-1 ancien), mais également à l'autorisation de transferts de portefeuille (C. Ass., art. L. 324-1 ancien).

2. C. Ass., art. L. 310-12-4 ancien.

3. B. Deletré, « Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France », p. 117.

4. Comparer avec M. Samuëlian et D. Léger, « Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, Pour une autorité de contrôle plus efficace », *Revue Banque* n° 723 - avril 2010.

culièrement sensible s'agissant des ministères relevant de la sphère sociale. Elle apporte également un certain nombre d'innovations, sur le plan de la nature de l'institution ainsi créée comme sur celui de la mise en œuvre pratique qui suscitent à leur tour des questions.

## UNE AUTORITÉ AUX MISSIONS ÉLARGIES

Les missions de la nouvelle autorité sont, pour l'essentiel, contenues dans les dispositions de l'article L. 612-1 du Comofi. Celui-ci se présente sous la forme d'un I définissant de manière générale ces missions, complété par un II déclinant certaines des missions du I ou en attribuant de nouvelles, et enfin d'un III insérant, en termes très généraux, l'ensemble des missions de l'ACP dans le cadre des grandes orientations européennes en termes de stabilité financière.

### La difficile conciliation de deux objectifs parfois antagonistes

La nouvelle autorité se voit confier deux missions principales (Comofi, art. L. 612-1) : d'abord, elle doit assurer « la stabilité du système financier ». Enfin, elle doit veiller à « la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle ». Ces deux objectifs apparaissent parfois antagonistes, et certains systèmes dits *twin peaks* supposent la mise en place de régulateurs distincts dans les champs prudentiel d'une part et des pratiques commerciales d'autre part. La question de la hiérarchie de ces objectifs peut naturellement se poser. On peut par exemple imaginer qu'une banque détienne certaines positions risquées, qu'un régulateur bancaire inciterait à couvrir par des fonds propres ou par la vente de ces positions. Cette vente pourrait prendre la forme de structuration dans une unité de compte éligible<sup>5</sup> dans un contrat d'assurance vie. Dans ce cas, et sous l'hypothèse où l'assureur aurait commercialisé ce produit de manière réglementaire, la banque aurait transféré son risque à une population d'assurés vie. Si l'ACP, en tant que régulateur de la stabilité financière, ne peut qu'approuver l'opération, qu'en dira l'ACP en tant qu'autorité supervisant la protection des assurés ? Le problème, on le voit, n'est pas simple. La rédaction retenue semble indiquer toutefois une subordination du second objectif au premier.

On peut même s'interroger plus avant en essayant de définir plus précisément le public visé par la protection prévue au premier alinéa de l'article L. 612-1 du Comofi. En effet, pour ce qui concerne le secteur de l'assurance, la notion d'assuré est parfois difficile à définir. En particulier, en assurance vie, qui est l'assuré d'un contrat collectif obligatoire, souscrit par un employeur sur la tête de ses salariés au bénéfice de leur famille ?

Afin de contourner la difficulté, la rédaction retenue englobe les notions d'assuré, d'adhérent (pour le cas des

contrats collectifs ou dans le cas des sociétés mutuelles régies par le Code de la mutualité) et de bénéficiaire (qui peut être la victime dans le cas des assurances de responsabilité, par exemple). Le cumul des qualités est d'ailleurs possible, en particulier en assurance vie où le souscripteur, la tête assurée et le bénéficiaire (en cas de vie) sont très fréquemment une seule et même personne. On pourra regretter l'absence de la notion de participants, pendant de celle d'assuré pour les institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale.

La notion de clients, propre du monde bancaire, est également confuse. Contrairement au secteur de l'assurance, où l'assureur est – en principe<sup>6</sup> – toujours débiteur d'une obligation envers son assuré dès lors que ce dernier s'est acquitté du paiement de la prime, le client d'une banque peut aussi bien être créancier d'une obligation envers elle (lorsqu'il est déposant) que débiteur d'obligation (lorsqu'il est emprunteur). Le client bancaire, à l'instar de l'assuré, n'est pas nécessairement une personne physique, mais peut être une personne morale. Il peut s'agir de personnes non initiées, mais également de professionnels. Il peut même s'agir de personnes ayant une surface économique plus importante que l'assureur ou le banquier. En d'autres termes, l'ACP ne protège pas le fort contre le faible, ni le profane contre l'expert, mais l'assuré ou le client contre l'assureur ou le banquier.

L'ordonnance tire les leçons de la jurisprudence CNP<sup>7</sup>, qui énonce que « [l'Acam] ne peut sanctionner [...] que la méconnaissance d'une disposition législative ou réglementaire spécifique à l'assurance, même non inscrite dans le code des assurances, ou les pratiques qui mettent en péril la marge de solvabilité de l'assureur ou l'exécution des engagements qu'il a contractés [...] », en ajoutant au respect des codes sectoriels<sup>8</sup> celui de toute mesure « législative et réglementaire entraînant la méconnaissance des dispositions précitées ». On pourrait ainsi imaginer qu'un assureur n'entretienne pas correctement un immeuble qu'il possède et exploite en le louant. Posé ainsi, le défaut d'entretien d'un immeuble n'entre évidemment pas dans les motifs susceptibles de motiver une sanction de la part de l'ACP. La nouvelle rédaction lui permettrait toutefois de sanctionner sur ce fondement si l'autorité arrivait à établir que la valeur de l'immeuble doit être diminuée dans des proportions telles que la solvabilité de l'assureur se verrait menacée. De manière moins anecdotique, le Code civil ou le Code de commerce, même non visés, peuvent devenir des sources législatives exploitables par l'ACP.

La question – importante en pratique – de la validité d'une sanction imposée par l'ACP sur le fondement d'un manquement au devoir de conseil peut également se poser. En effet, cette notion est une construction jurispruden-

5. Dans les conditions prévues par les articles L. 131-1 et R. 131-1 du Code des assurances.

6. On citera, comme exception, celui de l'avance sur les contrats d'assurance vie. En outre, l'assuré est débiteur d'une longue liste d'obligations envers l'assureur (par exemple C. Ass., art. L. 113-2 et s.) visant à ce que ce dernier soit en mesure d'évaluer correctement le risque apporté par l'assuré.

7. CE, sect., 17 novembre 2006.

8. Comofi ainsi que ses diverses mesures réglementaires d'application non codifiées (pour les établissements de crédit), Code des assurances (pour les organismes d'assurance), livre IX du Code de la sécurité sociale (pour les institutions de prévoyance), Code de la mutualité (pour les mutuelles relevant de ce code), livre III du Code de la consommation (crédits immobiliers et à la consommation).

tielle classique dérivée de l'article 1147 du Code civil<sup>9</sup> qui traite pourtant, en termes généraux, de la responsabilité contractuelle et de sa réparation. Or, l'article L. 612-1 du Comofi vise les sources législatives et réglementaires, non les sources jurisprudentielles.

Enfin, à titre plus anecdotique, on regrettera que la Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales, qui n'est pas incluse dans le champ du contrôle de l'ACP (Comofi, art. L. 612-2) ne soit pas soumise à son contrôle pour les opérations de retraite complémentaire facultative qu'elle organise dans le cadre de l'article L. 644-1 du Code de la sécurité sociale.

### Des missions secondaires importantes

Les missions principales, décrites auparavant, sont complétées par trois missions annexes : tout d'abord, la reprise des compétences des autorités d'agrément, se fait sous la forme d'une attribution de compétences générales dans le domaine des autorisations et des dérogations. Les compétences spécifiques du CEA en termes de transfert de portefeuille sont elles aussi dévolues à l'ACP, mais en vertu de dispositions (maintenues) du Code des assurances et non en application de dispositions (transférées) du Comofi. Ensuite, l'ACP est, naturellement, chargée de la surveillance permanente d'organismes bancaires et du secteur de l'assurance ainsi que de leurs canaux de distribution. Cette surveillance se fait selon deux modalités différentes. Pour les entreprises du secteur bancaire, la surveillance vise la solvabilité des organismes contrôlés et le respect des « règles de préservation de leur liquidité ». Le respect des engagements contractuels est donc exclu, pour le secteur bancaire, du champ de compétence de l'ACP.

Pour le secteur des assurances, la surveillance est également prudentielle et prospective (l'ACP s'assure que les organismes « sont en mesure de tenir à tout moment [leurs] engagements »). Elle s'exerce également dans le champ du respect de l'exécution des clauses contractuelles (l'ACP s'assure que les organismes « tiennent effectivement » leurs engagements).

Enfin, l'ACP veille au respect des règles visant « à assurer la protection de [la] clientèle » des organismes soumis au contrôle. On peut s'interroger, si les mots un sens, sur la signification à donner au mot « clientèle », ici préféré au mot « clients ». En effet, la clientèle désigne, collectivement, un ensemble d'individus (les clients). La protection de la clientèle ne semble donc pas avoir le même sens que la protection des clients.

Sur ce sujet, on observera que les règles que les organismes bancaires et d'assurance doivent respecter, sous le contrôle de l'ACP sont de plusieurs natures : législatives, réglementaires, mais aussi règles de bonnes pratiques de la profession. Celles-ci sont de deux types : les règles de bonnes pratiques constatées (*a priori* par la voie d'une homologation ministérielle) et celles résultant des recommandations de l'ACP. On trouve ici un pouvoir de recommandation qui ne doit pas s'interpréter comme étant celui existant dans la réglementation antérieure :

d'individuel, car s'adressant à un organisme en particulier, le pouvoir de recommandation est devenu collectif et s'adresse à toute la profession (voir *infra*).

L'ACP dispose également de compétences concernant l'application du livre I du Code de la consommation. Elle n'est en effet pas habilitée à vérifier directement que les organismes soumis à sa surveillance respectent ses dispositions, mais, indirectement, doit veiller « à l'adéquation des moyens et procédures [mises] en œuvre pour respecter le livre I<sup>er</sup> du code de la consommation ». Dit autrement et du point de vue de l'ACP, le respect des dispositions du livre I du Code de la consommation relève du domaine de l'obligation de moyen et non de l'obligation de résultat. Dans ce domaine, le contrôle effectué par l'ACP n'est pas exclusif de celui effectué par l'Autorité de la concurrence (Comofi, art. L. 612-23). On peut également s'interroger sur la compétence de l'ACP – et celle de l'Autorité de la concurrence – concernant les clauses abusives (C. Conso, art. L. 132-1).

## UNE CODIFICATION ÉPARPILLÉE

Du point de vue de la technique légistique, la technique du code pilote et des codes suiveurs a été, pour le principal, retenue. L'ensemble des missions, attributions et autres compétences de l'ACP ne sont toutefois pas réunies dans le seul Comofi, de nombreuses scories demeurant.

### L'utilisation de la technique code pilote/ code suiveur

La fusion résultant de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 diffère très sensiblement, du point de vue de la méthodologie retenue par le législateur, de la précédente réforme créant l'Autorité des marchés financiers (AMF) et la Commission de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance (CCAMIP, ultérieurement renommée Acam<sup>10</sup>) dans la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003. Cette dernière loi, qui avait – entre autres – procédé à la fusion des autorités en charge du contrôle des sociétés d'assurance d'une part et des mutuelles du Code de la mutualité et des institutions de prévoyance d'autre part, avait institué, de manière parallèle, l'Acam dans les Codes des assurances, de la mutualité et de la sécurité sociale. Cette technique, qui permet de conserver leur architecture aux différents codes sectoriels, présente l'inconvénient de générer un certain nombre de hiatus entre codes. Par exemple, les dispositions de l'article R. 310-13 du Code des assurances ne trouvent aucune traduction dans les Codes de la mutualité et de la sécurité sociale.

La logique suivie dans l'ordonnance est donc d'instituer un code pilote (en l'occurrence le Comofi) et trois codes suiveurs, les Codes des assurances, de la mutualité et de la sécurité sociale. En toute logique, l'ensemble des missions assignées par le législateur à l'ACP concernant les banques et établissements de crédit se trouvent

9. Voir par exemple Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janvier 2009.

10. Loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005.

regroupées au sein de ce code pilote. Au contraire, les assureurs, mutuelles et institutions de prévoyance peuvent trouver des dispositions les intéressant aussi bien dans le Comofi que dans leur code sectoriel.

On trouve ainsi dans le Code des assurances des dispositions concernant les seuls assureurs qui sont maintenues. Ainsi, les assureurs sont toujours soumis au contrôle de l'État et les dispositions générales concernant ce contrôle sont, à des ajustements de dénomination près, conservées (C. Ass., art. L. 310-1 et s.).

### Une mise en œuvre inachevée.

En toute logique, les dispositions concernant l'Acam (C. Ass., art. L. 310-12 et s.) devraient être en bloc abrogées et remplacées par un renvoi aux dispositions de l'article L. 612-1 du Comofi. Si l'article L. 310-12 nouveau du Code des assurances procède bien à ce renvoi, certains articles de cette section du Code des assurances demeurent.

Il peut s'agir de coquilles législatives, comme l'article concernant la contribution pour frais de contrôle (C. Ass., art. L. 310-12-4) qui est implicitement abrogé par les articles L. 612-18 et L. 612-20 du Comofi (voir *infra*).

Il peut également s'agir de dispositions spécifiques au secteur des assurances, comme par exemple les dispositions de l'article L. 310-12-2 nouveau du Code des assurances<sup>11</sup>. Il peut toutefois s'agir de dispositions qui n'apparaissent pas comme particulièrement spécifiques du secteur de l'assurance, mais qui ne seront pas applicables à d'autres secteurs, comme le secteur bancaire. Un article attire ainsi l'attention.

L'article L. 310-12-1 nouveau du Code des assurances prévoit en effet que l'ACP « veille à ce que les modalités de constitution et le fonctionnement des organes délibérants et des organes dirigeants des [sociétés d'assurance et de réassurance<sup>12</sup>] soient conformes aux dispositions qui les régissent ». On ne peut que s'étonner de ne pas trouver ce type de disposition dans les missions générales dévolues à l'ACP. On voit mal pourquoi les entreprises du secteur bancaire ne seraient pas soumises à un contrôle en matière de gouvernance, cela d'autant plus que les organismes relevant des autres secteurs soumis au contrôle de l'ACP le sont. En allant plus loin, il est à craindre que l'on analyse cette disposition comme une spécificité du secteur des assurances, mais plutôt comme une exemption du secteur bancaire.

## DES POUVOIRS REMANIÉS

Les pouvoirs dont dispose l'ACP apparaissent de prime abord comme reprenant ceux des diverses autorités réunies en son sein. Ce tableau apparaît toutefois assez largement comme étant en trompe-l'œil. De manière appa-

rente, les pouvoirs de l'ACP se présentent selon le dytique classique, comme des pouvoirs disciplinaires (Comofi, art. L. 612-38 et s.) et des pouvoirs de police administrative (Comofi, art. L. 612-30 et s.). L'ACP dispose, en outre, de véritables pouvoirs réglementaires, ainsi que d'un véritable pouvoir médiatique, puisqu'elle est totalement maîtresse de sa communication.

### Pouvoirs disciplinaires

Les sanctions encourues au titre de l'article L. 612-39 du Comofi reprennent celles prévues par le Code des assurances (C. Ass., art. L. 310-18 ancien), à l'exception de la sanction de retrait total d'agrément qui a disparu, et du quantum des amendes. Pour les organismes relevant du secteur bancaire, les dispositions antérieures (Comofi, art. L. 613-21 et s. ancien) sont maintenues. Il apparaît également que les amendes susceptibles d'être prononcées à l'encontre des sociétés contrevenantes voient leur quantum modifié. Celui-ci se calculait auparavant à partir du chiffre d'affaires de la société (C. Ass., art. L. 310-18 ancien) et s'élevait au maximum à 3 % de ce dernier (5 % en cas de récidive). Les montants en jeu pouvaient ainsi être relativement importants (par exemple, pour une société de la taille de la CNP, le montant pouvait ainsi être de l'ordre du milliard d'euros). Le montant maximal de l'amende que pourrait imposer l'ACP n'est plus lié au chiffre d'affaire, mais est dorénavant forfaitairement limité à la somme de 50 millions d'euros (Comofi., art. L. 612-39). Aucune modulation n'est prévue en fonction du chiffre d'affaires de l'organisme ainsi sanctionné.

### Mesures de police administrative

L'ordonnance reprend l'architecture bancaire. La CB disposait concurremment d'un pouvoir de recommandation (Comofi., art. L. 613-16 ancien), par ailleurs également détenu par l'Acam (C. Ass., art. L. 310-17 ancien), de mise en garde (Comofi., art. L. 613-15 ancien) et d'un pouvoir d'injonction (Comofi., art. L. 613-16 ancien). Dorénavant, l'ACP dispose d'une palette variée de mesures de police. L'article L. 612-30 du Comofi prévoit qu'elle peut « mettre en garde » les organismes soumis à son contrôle lorsque leurs pratiques sont « susceptibles de mettre en danger les intérêts de [leurs] clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires ». Ce cas de figure, très général, n'est toutefois susceptible d'entraîner la mise en œuvre d'une telle procédure que dans la mesure où les pratiques considérées « portent atteinte aux règles de bonne pratique de la profession ». Cette incursion des bonnes pratiques dans le champ des éléments motivant une action de l'autorité publique n'est pas nouvelle pour le secteur bancaire puisqu'elle était déjà prévue par l'article 37 de la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984. Elle était cependant jusqu'à présent totalement inconnue du secteur des assurances.

L'ACP peut également « mettre en demeure » les personnes soumises à son contrôle de « prendre toutes mesures destinées à sa mise en conformité avec les obligations au respect desquelles [l'ACP] a pour mission de veiller ». Le champ de la mise en demeure ainsi instituée est beaucoup plus large que celui des recommandations (Comofi., art. L. 613-15 et C. Ass., art. L. 310-17 anciens) qui se bornaient à des objectifs de restauration ou de renforcement de la situa-

11. Habilitation par l'ACP des prestataires chargés de labelliser les contrats ouverts à la souscription individuelle et les règlements éligibles à une participation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

12. Mais également les mutuelles du Code de la mutualité ainsi que les institutions de prévoyance, qui sont donc soumises à des dispositions se trouvant dans les Codes monétaire et financier, des assurances, et dans leur code sectoriel.

tion financière ainsi qu'à des améliorations en termes d'organisation et de gestion. Surtout, contrairement aux recommandations qui ne pouvaient guère être attaquées que par la voie du détournement de pouvoir, ces mesures de police sont susceptibles de faire grief. En effet, aux termes de l'article L. 612-39 du Comofi, une procédure de sanction peut être ouverte à l'encontre de la personne qui « n'a pas tenu compte d'une mise en garde » ou « n'a pas déféré à une mise en demeure ». La question de l'intensité du contrôle qu'effectuera le Conseil d'État sur ce type d'actes administratifs demeure ouverte. S'agissant d'actes ayant des conséquences potentiellement très lourdes pour les personnes mises en cause, un contrôle normal apparaîtrait approprié afin d'offrir un maximum de garanties aux personnes mises en cause.

Dernière nouveauté notable dans le domaine de la police administrative, l'ordonnance prévoit, pour le secteur des assurances, la possibilité pour l'ACP de « limiter ou interdire temporairement l'exercice de certaines opérations [...], y compris l'acceptation de primes ou dépôts » (Comofi., art. L. 612-33). On remarquera que la rédaction retenue est très large (« certaines opérations », renforcé par la locution « y compris »). Dans l'état antérieur de la réglementation, l'autorité administrative pouvait, de manière limitative, suspendre les rachats et les avances sur les contrats d'assurance vie (C. Ass., art. L. 323-1 ancien). Ces mesures font directement échec au principe selon lequel le contrat est la loi des parties<sup>13</sup> : l'ACP peut s'inviter au bal dans des limites beaucoup plus larges que précédemment. L'avantage de la formule est que l'ACP n'est plus prisonnière d'un texte contraignant. L'inconvénient de la formule est qu'elle est susceptible de déresponsabiliser certains acteurs qui, n'étant pas en mesure d'assumer leurs engagements, demanderaient à l'autorité de les aménager. C'est en tout cas là une source directe de contentieux susceptible d'engager, pour des montants significatifs, la responsabilité de l'ACP. Là encore, l'intensité du contrôle exercé par le Conseil d'État permettra de fixer les limites de ce pouvoir confié à l'ACP.

### Pouvoirs réglementaires

Comme indiqué précédemment, l'ACP reçoit également une compétence en termes de définition de bonnes pratiques. Celles-ci peuvent ainsi être découvertes par l'émission de recommandations par l'ACP. Ces recommandations, qui s'adressent à l'ensemble du marché concerné, sont donc distinctes de celles existant dans la législation antérieure (Comofi., art. L. 613-16 et C. Ass., art. L. 310-17 anciens) et qui étaient des mesures individuelles. La pratique des recommandations au marché, jusqu'ici vivement contestée<sup>14</sup>, se trouve ainsi légitimée et institutionnalisée.

L'ACP est également investie d'un pouvoir réglementaire dans le domaine des documents devant périodique-

ment lui être remis (Comofi., art. L. 612-24). L'ordonnance est très large dans la définition des attributions de l'ACP, qui définit quels documents, quelles informations, à quelle fréquence et selon quelles modalités, sans se restreindre aux seuls documents susceptibles de faire l'objet d'une exploitation prudentielle par ses services. La large appréciation laissée à l'autorité est toutefois tempérée par l'institution d'une commission consultative chargée de rendre un avis « sur les listes, les modèles, la fréquence et les délais de transmission des documents et informations périodiques qui doivent être remis à l'Autorité » (Comofi., art. L. 612-14). Cette commission doit majoritairement être composée de professionnels des secteurs concernés, non-membres de l'ACP. Cette dernière peut passer outre l'avis de cette commission, qui est un avis simple.

### Aspects médiatiques

L'article L. 612-1 du Comofi dispose que l'ACP peut « porter à la connaissance du public toute information qu'elle estime nécessaire à l'accomplissement de ses missions, sans que lui soit opposable le secret professionnel ». Cette disposition soulève plusieurs questions.

Pour commencer, on peut s'interroger sur la compatibilité d'une telle mesure avec le nécessaire respect du secret des affaires. Ensuite, la question de l'articulation de cette disposition avec celles de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 se pose. En effet, l'ACP n'étant pas une juridiction, les documents qu'elle produit ont le caractère de documents administratifs communicables aux tiers sous les réserves posées, notamment, par l'article 6 de ladite loi. Les dispositions du Comofi apparaissent alors comme des mesures spéciales dérogeant au droit commun organisé par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, puisqu'elles prévoient une faculté pour l'ACP, non une obligation.

Cette dérogation au régime général de communication des documents administratifs apparaît toutefois limitée : elle ne concerne que les documents à porter « à la connaissance du public », qui s'oppose aux personnes intéressées au sens du II de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, pour lesquelles la situation reste inchangée.

### Aspects pénaux

L'ordonnance procède également à une réduction de peine pour l'incrimination d'entrave au contrôle : celle-ci, initialement passible d'une peine de deux années de prison et de 300 000 € d'amende, n'est plus passible que d'une peine d'une année de prison et de 15 000 € d'amende. D'un point de vue pratique, cette disposition entraîne automatiquement l'applicabilité (mais non l'application, pour laquelle le juge dispose d'une certaine latitude), même en cas de récidive, des dispositions des articles 132-25, 132-26-1 et 132-27 du Code pénal concernant les régimes de semi-liberté et de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique et de fractionnement des peines.

13. Article 1134 du Code civil.

14. Voir par exemple la réaction de la Fédération française des sociétés d'assurance aux recommandations présentées par l'Acam sur la gouvernance des organismes d'assurance : « La FFSA prend acte de ce rapport, qui est en fait un document interne. Elle regrette toutefois que l'Acam émette des recommandations en matière de gouvernance venant se superposer aux textes en vigueur » in Assurer n° 104, 28 novembre 2007.

## UN REÇUL DU RÔLE DÉCISIONNAIRE DE L'ÉTAT

Le contrôle de l'État sur les acteurs du secteur financier a connu de nombreuses modifications au cours du temps. Assez tôt, la supervision de l'activité bancaire s'est éloignée de l'État : la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 a institué la Commission bancaire, à la fois autorité administrative indépendante (AAI) et juridiction. Son collège était alors composé de six membres (article 38) : le gouverneur de la Banque de France (président, avec voix prépondérante en cas d'égalité), le directeur du trésor, un Conseiller d'État et un Conseiller à la Cour de cassation, et deux membres « choisis en raison de leur compétence en matière bancaire et financière ». Surtout, ses services étaient en fait une direction de la Banque de France qui avait la responsabilité de la stabilité de l'ensemble du secteur monétaire et bancaire.

Au contraire, dans le domaine des assurances, le contrôle de l'État a très longtemps été direct. Le corps de contrôle des assurances, créé dans le cadre du décret du 28 février 1899 pris en application de l'article 27 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail<sup>15</sup>, était directement rattaché au ministère du Commerce. À partir de 1945, suivant le développement de l'assurance privée en France, il a été rattaché au ministère de l'Économie et des Finances, et ses effectifs constituaient le service de contrôle de la Direction des assurances de ce ministère.

En 1989, une structure semblable à celle retenue dans le secteur bancaire est instituée dans le secteur des assurances<sup>16</sup> : la Commission de contrôle des assurances est une AAI dont le collège comprenait initialement cinq membres : trois conseillers (issus du Conseil d'État, de la Cour des comptes et de la Cour de cassation) ainsi que deux membres « choisis en raison de leur expérience en matière d'assurance et de questions financières ». Le ministère des Finances demeure l'autorité chargée des agréments. La loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 crée d'une part le CEA (autorité d'agrément, dont le Secrétariat est assuré par la Direction du Trésor) et d'autre part procède à la fusion des autorités chargées du contrôle des organismes relevant des Codes des assurances, de la mutualité et de la sécurité sociale sous la forme de la Commission de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance (CCAMIP). Son collège comprend neuf membres : un président<sup>17</sup>, le gouverneur de la Banque de France, trois conseillers (d'État, maître la Cour des comptes et à la Cour de cassation) et quatre membres issus de la profession. Les hauts fonctionnaires demeuraient majoritaires au sein du collège. Avec la création de l'ACP, la répartition est fondamentalement différente. Si le collège plénier est présidé par le gouverneur de la Banque de France, il n'est accompagné que de quatre autres hauts fonctionnaires : le président de l'Autorité des normes comptables et trois Conseillers (d'État, maître la Cour des comptes et à la Cour de cassation). Les onze autres membres sont recrutés de la manière suivante

(Comofi., art. L. 612-5) : quatre personnalités choisies « en raison de leurs compétences en matière d'assurance, de mutualité, de prévoyance ou de réassurance », quatre membres choisis « en raison de leurs compétences en matière d'opérations de banque, de services de paiement ou de services d'investissement » et trois personnalités choisies « en fonction de leurs compétences en matière de protection des clientèles ou de techniques quantitatives et actuarielles ou dans d'autres matières utiles à l'exercice par l'Autorité de ses missions ». Il est ainsi possible de choisir trois fonctionnaires comme membres du collège relevant de cette dernière catégorie. Mais il est également possible de choisir trois professionnels. En outre, le collège des sanctions est majoritairement composé de professionnels (Comofi., art. L. 612-9). Il est ainsi probable que le collège soit constitué majoritairement de non-fonctionnaires<sup>18</sup>, traduisant ainsi un recul du rôle décisionnaire de l'État en matière de supervision financière.

## UNE QUASI-DISPARITION DE LA SPHÈRE SOCIALE

Les mutuelles et institutions de prévoyance relevaient, historiquement, de la sphère sociale<sup>19</sup>. Le contrôle des organismes soumis aux réglementations des codes de la mutualité et de la sécurité sociale a connu une évolution parallèle à celui des assurances : contrôle direct de l'État, puis par une AAI (la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance). Avec la création de la CCAMIP, l'État se désengage du contrôle qui est externalisé, mais pas de l'agrément qui demeure auprès de la Direction de la Sécurité sociale.

La CCAMIP consacrait une quasi-parité entre organismes historiquement issus du secteur social (mutuelles et institutions de prévoyance) et ceux issus de celui des finances (assureurs et majorité des réassureurs). Le président de la CCAMIP était désigné par décret (du président de la République), le gouverneur de la Banque de France était membre de droit, mais tous les autres membres, dont le vice-président, étaient nommés par « arrêté conjoint des ministres chargés de l'Économie, de la sécurité sociale et de la mutualité » (C. Ass., art. L. 310-12-1 ancien). Les directeurs du Trésor et de la Sécurité sociale y exerçaient, conjointement et sur un pied d'égalité, le rôle de commissaire du gouvernement (C. Ass., art. L. 310-12-1 ancien). Si le même article prévoyait que le secrétaire général dirigeant les services de l'institution était un commissaire contrôleur des assurances (corps placé sous l'autorité du ministre de l'Économie), son adjoint était un membre de l'inspection générale des affaires sociales (C. Ass., art. R. 310-12-3 ancien). Ces deux hauts fonctionnaires étaient, à l'instar des sept neuvièmes du collège, nommés par un arrêté conjoint des ministres chargés des sphères économiques et sociales. Dans la nouvelle ACP, les nominations de membres du collège sont toutes prononcées par arrêté du seul ministre de l'Économie,

15. Cette loi institue le premier régime de responsabilité dérogatoire à celui du droit commun, tirant ainsi les conséquences de l'arrêt Teffaine (Civ. 16 juin 1896).

16. Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989.

17. Un inspecteur général des finances a succédé au conseiller d'État qui présidait simultanément la CCA et la CCMIP avant la création de la CCAMIP.

18. Voir l'arrêté du 5 mars 2010 (JO du 7 mars 2010) portant nomination à l'ACP.

19. On inclura sous ce vocable divers ministères à vocation sociale, afin de s'affranchir, autant que faire se peut, du découpage ministériel et de son évolution au cours du temps.

à l'exception de celle des membres *ès qualités* (gouverneur de la Banque de France et président de l'Autorité des normes comptables, nommés par le président de la République) et de celle du vice-président de l'ACP, seul et unique membre du collège nommé par « *arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie, de la sécurité sociale et de la mutualité* » (Comofi., art. L. 612-5).

S'agissant de la commission des sanctions, les membres issus des Conseil d'État et de la Cour de cassation sont nommés par leurs chefs de juridiction respectifs. Les membres qualifiés en raison de leurs compétences particulières sont nommés par arrêté du seul ministre de l'Économie (Comofi., art. L. 612-9).

Concernant les commissaires du gouvernement, le directeur du Trésor siège en tant que tel auprès de toutes les formations de l'ACP. Le directeur de la Sécurité sociale ne siège qu'au sous-collège sectoriel chargé de l'assurance, ou des autres formations de l'autorité « *lorsqu'elles traitent des organismes régis par le code de la mutualité ou le code de la sécurité sociale* » (Comofi., art. L. 612-11). Il ne peut donc intervenir ni sur le domaine bancaire, ni sur celui des assurances lorsqu'une affaire a été attraitée devant une autre formation que le sous-collège sectoriel. La pratique permettra de savoir si le périmètre dévolu au commissaire du gouvernement « *social* » a été maintenu ou réduit.

Les services de l'ACP sont dirigés par un secrétaire général nommé par arrêté du seul ministre de l'Économie, sur proposition du président de l'ACP. Le premier secrétaire général adjoint est nommé après une procédure assez baroque<sup>20</sup> : il est en effet nommé par le président de l'ACP après avis conforme de son vice-président (chargé de présider le sous-collège sectoriel de l'assurance) et agrément des ministres chargés de l'Économie, de la Sécurité sociale et de la mutualité (Comofi., art. L. 612-15).

L'administration de la sphère sociale n'a donc plus qu'un rôle marginal dans la nomination des dirigeants de l'ACP<sup>21</sup>.

## UNE AAI AU SEIN DE LA BANQUE DE FRANCE

La typologie, déjà bien fournie, des objets juridiques de nature administrative vient d'engendrer un nouvel avatar. En effet, si l'on connaissait déjà les autorités administratives indépendantes (AAI), ou bien la Banque de France (personne publique *sui generis* en principe soumise au Code du travail – voir *infra*), ou encore depuis 2003 les autorités publiques indépendantes, c'est à une catégorie nouvelle de personnes publiques que l'ACP appartient : celle des autorités administratives indépendantes logées au sein de la Banque de France<sup>22</sup>.

En tant qu'AAI, elle bénéficie des garanties d'indépendance accordées classiquement à ce type d'autorités : absence de pouvoir hiérarchique, de tutelle ou même de contrôle, notamment financier n'est exercé sur elle par l'administration. L'indépendance hiérarchique se manifeste principalement par le régime de quasi-inamovibilité dont bénéficient les membres du collège<sup>23</sup> de l'ACP et de sa commission des sanctions<sup>24</sup>. Ce régime concerne tous les membres du collège de l'ACP, à l'exception des gouverneur de la Banque de France et président de l'Autorité des normes comptables qui siègent *ès qualités* et n'en bénéficient pas. Il n'est pas absolu : les membres du collège peuvent accepter que soit mis fin aux fonctions de l'un de ses membres, par un avis conforme et pris à la majorité des membres et dans des formes dépendant du membre du collège concerné. On observera que la révocation ainsi prononcée ne peut l'être qu'à deux titres : une incapacité, concept relativement large et un manquement grave aux obligations de la fonction. On regrettera que la majorité ne soit pas précisée, même si le principe d'indépendance semble imposer une lecture extensive de cette notion en une majorité des quinze autres membres du collège. De même, les suppléants devraient être assujettis au même régime. Les membres de la commission des sanctions de l'ACP bénéficient d'un régime identique.

L'absence de tutelle se déduit de son statut d'AAI. En particulier, les décisions de l'ACP ne peuvent être réformées que par la voie contentieuse en Conseil d'État. Le régime financier de l'ACP est plus complexe : elle n'a, en tant qu'AAI, pas de contrôleur financier. Il apparaît toutefois que l'ACP est une AAI d'un type un peu particulier, puisqu'elle est présidée par le gouverneur de la Banque de France, et que son indépendance financière se traduit par la constitution d'un budget annexe. La transposition de ce cas aux AAI plus classiques conduirait à examiner le contrôle financier exercé par l'État sur un organisme présidé par... le ministre. Il est difficile, dans ces conditions, de considérer l'ACP comme financièrement indépendante de la Banque de France.

Ce constat doit être tempéré par les dispositions de l'article L. 612-18 du Comofi. Le budget de l'ACP est en effet alimenté par deux types de ressources : d'une part, le produit de la contribution<sup>25</sup> aux frais de contrôle (Comofi., art. L. 612-20.) et d'autre part les éventuelles subventions reçues de la Banque de France. L'ordonnance institue un fonds cantonné au sein de la Banque de France (le compte contributions reportées de l'ACP), qui est alimenté par les éventuels excédents dégagés par le budget de l'ACP. Les éventuelles pertes dégagées par le budget de l'ACP sont couvertes par la Banque de France qui est alors autorisée à prélever les sommes correspondantes sur ce compte cantonné. Il apparaît ainsi que l'ACP ne

20. La complexité de la procédure ne peut que laisser perplexe lorsque l'on remarque que le premier secrétaire général adjoint ne se voit pas reconnaître de compétence particulière dans l'ordonnance. Dans le décret n° 2010-217 du 3 mars 2010, il n'apparaît qu'à l'article R. 612-7 du Comofi, comme potentiel délégué au président de l'ACP. La pratique permettra de mesurer l'étendue du rôle du premier secrétaire général adjoint.

21. Voir aussi J. Bigot et J.-L. Bellando, « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 13, 29 mars 2010.

22. L'ACP est une « *autorité administrative indépendante* » (Comofi., art. L. 612-1). Elle ne

dispose pas de la personnalité morale, et constitue « *un budget annexe de la Banque de France* » (Comofi, art. L. 612-18).

23. Comofi., art. L. 612-5.

24. Comofi., art. L. 612-9.

25. Cette contribution est une nouveauté pour les banques. Pour les assureurs, la principale nouveauté du texte consiste en une modification de la fourchette de taux applicable : entre 0,05% et 0,15% aux termes de l'article L. 310-12-4 du Code des assurances, et entre 0,06% et 0,18% en application de l'article L. 612-20 III 2° du Comofi.

peut pas voir ses ressources, qui proviennent d'un impôt affecté, subventionner les autres activités de la Banque de France. Une telle subvention poserait problème d'un point de vue de comptabilité publique, mais également de droit de la concurrence, la Banque de France étant par exemple un fabricant de billets de banque, c'est-à-dire un opérateur sur un marché concurrentiel.

La contribution pour frais de contrôle prévue à l'article L. 612-18 du Comofi prend des formes différentes selon les organismes assujettis, en termes d'assiette, de taux et d'autorité compétente pour fixer cette dernière. Les banques sont soumises à un prélèvement compris entre 0,4‰ et 0,8‰ assis sur les exigences minimales de marge de solvabilité, les organismes d'assurance à un prélèvement compris entre 0,06‰ et 0,18‰ des primes émises, et enfin les changeurs manuels et courtiers d'assurance sont soumis à un régime forfaitaire particulier. Les taux sont arrêtés par le ministre de l'Économie dans le premier cas et celui des changeurs manuels, conjointement par le ministre de l'Économie et le ministre chargé de la Sécurité sociale dans le deuxième cas et celui des courtiers d'assurance.

On observera que les taux de la contribution affectée à l'ACP sont fixés par arrêtés des ministres compétents, après avis (consultatif) du collège de l'ACP. Cette solution, déjà retenue dans le cas de l'Acam, limite l'indépendance financière de l'ACP qui ne peut librement et pleinement fixer ses ressources dans le cadre posé par le législateur. S'agissant enfin de la responsabilité susceptible d'être engagée dans le cadre de l'exercice de la mission de surveillance et de contrôle de l'ACP, deux questions se posent. En premier lieu, la question de la personne à mettre en cause et en second lieu la nature, lourde ou simple, de la faute engageant cette responsabilité. Sur ce dernier point, il apparaît qu'une action en responsabilité pour des manquements dans l'exercice des missions de surveillance et de contrôle de l'ACP ne peut en principe être engagée que sur la base de la faute lourde<sup>26</sup>. Le recul du champ de la faute lourde en responsabilité administrative, surtout sensible dans le domaine médical, ne semble pas devoir pour l'instant concerner le domaine financier.

La question de la personne responsable se pose également. En effet, la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 disposait d'une part qu'était instituée une Commission bancaire « chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés » (article 37), et d'autre part que « la Banque de France est chargée, pour le compte de la commission bancaire, d'organiser le contrôle sur pièces et d'exercer le contrôle sur place, par l'intermédiaire de ses agents » (article 39). Dans ces conditions, dans la mesure où la Banque de France agit pour le compte de la CB, il apparaît logique que ce soit la responsabilité de l'État et non celle de la Banque de France qui soit engagée<sup>27</sup>.

La situation de l'ACP est différente, dans la mesure où elle

dispose de services propres (et accessoirement, comme on l'a vu, de l'autonomie budgétaire) : l'ACP « dispose des moyens fournis par la Banque de France » (Comofi., art. L. 612-19). Dans ces conditions, ce n'est pas la responsabilité de l'État, mais celle de la Banque de France qui devra être mise en cause<sup>28</sup> en application du principe selon lequel nul n'est responsable que de son fait. La question, qui apparaît assez théorique en raison de l'obligation faite à la Banque de France d'équilibrer le budget de l'ACP, de la responsabilité de l'État à titre subsidiaire peut être posée. Le Conseil d'État, par un avis du 8 septembre 2005, répond de manière positive s'agissant de la mission de service public exercée par l'ACP.

## DE PRÉVISIBLES DIFFICULTÉS D'APPLICATION

La création de l'ACP devrait toutefois poser quelques embarras dans le domaine de la gestion du personnel. Ces problèmes se situent à deux niveaux. D'une part, la gestion des différents statuts des personnels peut poser problème. D'autre part, certains aspects concernant la protection sociale peuvent également présenter des difficultés.

Concernant les personnels et leur statut, on observera d'abord que l'Acam présentait la particularité de compter parmi ses agents des fonctionnaires en position d'activité à l'Acam<sup>29</sup>, des personnels relevant de contrats de droit public et de droit privé (C. Ass., art. L. 310-12-1 et R. 310-12-12 anciens), ces derniers contrats pouvant a priori être à durée déterminée comme indéterminée. Il était également possible de recruter, par la voie d'un détachement sur contrat, des fonctionnaires, solution ne présentant pas de difficulté particulière à raison de la qualité de l'Acam.

S'agissant de la Banque de France, son personnel est exclusivement recruté par la voie de contrats de droit privé, et le Code du travail y est, dans une large mesure, applicable<sup>30</sup>. Il existe des cadres dits « statutaires » (Comofi., art. L. 142-2) et des cadres dits « contractuels ». En particulier, ces personnels disposent d'un comité d'établissement et de délégués du personnel.

■ **Premier problème :** la Banque de France est une personne publique<sup>31</sup>, mais n'est ni l'État, ni l'un de ses établissements publics<sup>32</sup>. Par conséquent, l'article 2 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, qui prévoit que les fonc-

28. Contra : T. Bonneau, « Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », JCP/La semaine juridique - édition entreprises et affaires, n° 6, 11 février 2010.

29. Cette position d'activité, relativement inédite, d'un corps de fonctionnaires placé en position d'activité à l'extérieur de l'État ou de l'un de ses établissements publics était organisée par l'article L. 310-13 ancien du Code des assurances.

30. Le Code du travail s'y applique par principe, mais il peut y être dérogé : « Le conseil général de la Banque de France détermine [...] les règles applicables aux agents de la Banque de France dans les domaines où les dispositions du code du travail sont incompatibles avec le statut ou avec les missions de service public dont elle est chargée » (Comofi., art. L. 142-9).

31. TC, 16 juin 1997, Époux Muet, Société La Fontaine de Mars c/ Banque de France.

32. CE, 22 mars 2000, Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France : la Banque de France « n'a pas le caractère d'un établissement public mais revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres ».

26. CE, Ass., 30 novembre 2001, ministre de l'Économie et des Finances c/ M. Kechichian et autres.

27. CE, Ass., 30 novembre 2001, préc.

tionnaires de l'État servent en position d'activité au sein « des administrations centrales de l'État, des services déconcentrés en dépendant ou des établissements publics de l'État » s'oppose à ce que des fonctionnaires de l'État servent en position d'activité au sein de la Banque de France. Le législateur a donc introduit un régime dérogatoire pour les seuls membres du corps de contrôle des assurances puisque, aux termes de l'article L. 612-19 du Comofi, ce dernier est « mis à la disposition<sup>33</sup> de la Banque de France ».

■ **Deuxième problème :** les règles applicables peuvent différer en fonction des origines et statuts des divers personnels. Cette situation a conduit le législateur à mettre en place un dispositif balai : ainsi, les conditions d'emploi des personnels sont spécifiques à l'ACP, mais « sous réserve des dispositions plus favorables applicables aux agents relevant des statuts de la Banque de France, et pour les fonctionnaires, dans le respect, de la réglementation, notamment de nature statutaire, qui leur est applicable » (Comofi., art. L. 612-19). On observera que les personnels contractuels de droit public ne sont pas concernés par cette disposition. Ils ne pourront en particulier pas opposer le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 s'il leur est plus favorable.

■ **Troisième problème :** les fonctionnaires en position d'activité à la Banque de France sont électeurs et éligibles aux institutions représentatives du personnel de l'établissement dans les conditions prévues par le Code du travail (Comofi., art. L. 612-19). Cette disposition, sans renvoi à un décret d'application, pose un principe simple dont l'application peut être complexe. Ainsi, s'agissant des délégués du personnel, sont éligibles « les électeurs âgés de dix-huit ans révolus, et ayant travaillé dans l'entreprise depuis un an au moins » (C. Trav., art. L. 2314-16) et sont électeurs « les salariés des deux sexes âgés de seize ans révolus, ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise » (C. Trav., art. L. 2314-15). S'agissant des élections au comité d'entreprise, les conditions sont identiques (C. Trav., art. L. 2324-15 et L. 2324-14). La question, de la condition de durée de travail se pose en effet. Comment doit-on considérer un fonctionnaire mis à la disposition d'un autre organisme ? S'il travaille, dans les faits, en dehors de l'ACP, la mise à disposition a pour effet d'organiser une fiction juridique le réputant « occuper son emploi », par hypothèse à l'ACP. De même, comment considérer la situation des fonctionnaires stagiaires ? Et en cas de litige, quel sera l'ordre de juridiction compétent, l'ordre judiciaire<sup>34</sup> ou l'ordre administratif<sup>35</sup> ? Le problème de la transposition du droit du travail à des fonctionnaires pose également problème du point de vue de la représentativité des syndicats de fonctionnaires aux élections désignant les délégués du personnel ou les membres du comité d'entreprise.

■ **Quatrième problème :** l'ordonnance (article 22) organise un régime transitoire imposant à la Banque de France de proposer « à tous les agents issus de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, à l'exception des agents sous contrat de travail à durée déterminée et des membres du corps de contrôle des assurances, une intégration dans le cadre des statuts des personnels de la Banque de France ». Les agents concernés sont en droit de refuser, auquel cas « ils conservent leurs contrats ou leurs statuts sans changement ». Il est donc ainsi possible de voir s'accumuler, en cas de refus de la proposition émise par la Banque de France, les statuts particuliers au sein de celle-ci. En outre, l'absence de proposition dans un délai de dix-huit mois n'est pas sanctionnée par le texte.

Enfin, concernant la protection sociale, certains problèmes peuvent également ressurgir, en particulier dans l'hypothèse de l'instauration d'un régime complémentaire obligatoire. Ainsi, si les agents titulaires de la Banque de France disposent d'un régime spécial de retraite, la question des dispositions applicables aux autres agents demeure, avec plus de prégnance s'agissant des fonctionnaires. En outre, la question de l'organisme assureur chargé de porter le risque de cet éventuel régime complémentaire obligatoire se pose s'il est soumis à la surveillance de l'ACP. Un avis du Conseil d'État du 8 septembre 2005 expose que « la nature des missions confiées à [l'autorité] s'oppose à ce que celle-ci souscrive un contrat d'assurance, auprès d'une société susceptible de relever de son contrôle, pour couvrir les risques relatifs à d'éventuelles condamnations ». Si l'interdiction de souscription est, en l'espèce, limitée au seul risque de responsabilité civile « professionnelle », le même raisonnement semble pouvoir être étendu à tout type d'assurance.

## LA FIN DE LA SPÉCIFICITÉ DE L'ASSURANCE ?

Cette réforme de la supervision du secteur financier présente deux pendants bien distincts. Pour le secteur bancaire, rien ne change ou presque : la profession voit institutionnellement reconnue une place qu'elle occupait de fait déjà en raison de la concentration du marché bancaire. Du côté du secteur de l'assurance, par contre, tout change : la profession occupe désormais la place laissée vacante par l'État et le contrôle sera effectué par une autorité logée au sein de la Banque de France, dirigée par des « bancaires » (le secrétaire général de l'ACP étant agent de la banque de France<sup>36</sup>) avec des méthodes bancaires<sup>37</sup>. Est-ce la fin de la spécificité de ce secteur ? ■

33. Cette mise à disposition n'est pas de la même nature que celle organisée par l'article 41 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (CE, 22 janvier 2007, Syndicat du contrôle des assurances).

34. En application des articles L. 2314-25 (délégués du personnel) et L. 2324-23 (comité d'entreprise) du Code du travail.

35. Compétent pour connaître des « litiges se rapportant à l'administration intérieure de la Banque de France [et] des litiges opposant la Banque de France aux membres du conseil général ou à ses agents » (Comofi., art. L. 144-3).

36. Arrêté du 8 mars 2010 (JO du 9 mars 2010).

37. B. Deletré, Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France, p. 65 : « [la question de la séparation des contrôles sur pièces et sur place] est une question très sensible sur le plan culturel au sein de chacune des institutions. La mise au point d'un schéma d'organisation commun supposerait donc que les secrétariats généraux des deux autorités discutent en amont, dans le détail, de l'organisation souhaitable. Mais s'il faut donner une recommandation d'ensemble, la mission considère que c'est l'organisation distinguant contrôle permanent et contrôle sur place qui devrait être privilégiée dans la nouvelle organisation ».