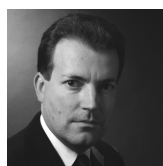


Les nouvelles obligations pesant sur les établissements de crédit et les entreprises d'investissement en cas d'externalisation d'activités

THIERRY SAMIN

Responsable du droit bancaire
et des nouvelles technologies
Direction des affaires juridiques
Société Générale



À compter du 1^{er} janvier 2006, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement agréés par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement seront soumis à de nouvelles obligations en cas d'externalisation d'activités. Ces nouvelles obligations, inspirées des travaux menés au niveau européen sur l'outsourcing sont, pour certaines, particulièrement contraignantes.

Plusieurs dispositions relatives à l'externalisation¹ d'activités ont été introduites dans le règlement n° 97-02 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement par un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 31 mars 2005². Elles s'inspirent, dans une large mesure, des travaux menés sur l'*outsourcing* au sein du Comité européen des contrôleurs bancaires, du Comité de Bâle et du « *Joint Forum* »³. Elles visent, comme cela existe déjà dans plusieurs grands pays

de l'OCDE⁴, à encadrer la pratique de l'externalisation de certaines activités pour des raisons prudentielles sur lesquelles il n'est guère besoin d'insister⁵. Le texte qui, pour simplifier, ne concerne que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement agréés par le CECEI (ci-après les entreprises assujetties)⁶, donne une définition des activités externalisées concernées par la nouvelle réglementation (I) et précise quelles sont les obligations pesant sur les entreprises assujetties en cas d'externalisation (II).

1 On nous pardonnera ce parler trop peu Vaugelas, cet affreux néologisme, que l'on chercherait vainement dans le deuxième volume de la neuvième édition du Dictionnaire de l'Académie française ou dans le Littré. V. toutefois : *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction du doyen Gérard Cornu, 6^e éd., 2004, PUF, coll. Quadrige, v° Externalisation, p. 387. Sur l'externalisation en général, on consultera avec fruit le dossier spécial intitulé *L'externalisation bancaire gagne du terrain*, publié dans la revue Banque magazine, n° 648, juin 2003, p. 17 et suiv.

2 JO du 9 avril 2005, p. 6418.

3 V. notamment l'étude (visant à quantifier le recours à l'*outsourcing* par les grandes banques européennes afin de mieux appréhender leur stratégie et mettre en exergue les risques encourus) intitulée : *Outsourcing in the EU banking sector*, Working Group on Development in Banking (BSC), mars-avril 2004 (reproduite in European Central Bank, *Report on EU banking structure, november 2004, pages 25-32*). *Adde* : *Consultation Paper on high level principles on outsourcing*, Committee of European Banking Supervisors (CEBS), April 2004 ; *Outsourcing in financial services*, Joint Forum, Basel Committee on Banking Supervision, August 2004.

4 Pour un panorama des réglementations existantes, consulter le

tableau figurant p. 9 à 11 du document du *Joint Forum* précité. On consultera tout particulièrement les textes étrangers suivants : *Circulaire de la Commission fédérale suisse des banques* (CFB) relative à l'externalisation n° 99/2 du 26 août 1999 modifiée ; *FSA Handbook* (december 2004) : SYSC 3 A. 9 ; *Gesetz über das Kreditwesen* (KWG) du 11 juillet 1985 modifiée, § 25 a (2) ; *Circulaire PPB 2004/5 de la Commission bancaire, financière et des assurances belge* (CBFA) du 22 juin 2004 sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

5 L'externalisation d'activités fait encourir à l'établissement ou à l'entreprise qui y recourt quatre types de risques : juridiques (absence de formalisation de la sous-traitance ou contrats insuffisamment précis) ; de réputation (relations avec les clients) ; opérationnels (en cas, notamment, d'absence de plan de secours) ; stratégiques (perte de savoir-faire ou de compétence dans un domaine ou un processus clef). Sur le risque de perte de compétence, v. Étienne Pflimlin, *De l'externalisation interne*, Banque magazine, n° 612, mars 2000, p. 22 et suiv., spéc. p. 23, col. 2.

6 Les succursales françaises d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement ayant leur siège social dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace éco-

I La définition de l'externalisation d'activités

L'article 4 du règlement n° 97-02 modifié, qui se trouve dans le titre I^{er} intitulé « Principes et définitions », est complété d'un q) rédigé comme suit :

Les activités externalisées sont « les activités pour lesquelles l'entreprise assujettie confie à un tiers, de manière durable et à titre habituel ⁷, la réalisation de prestations de services essentielles par sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, par démarchage au sens des articles L 341-1 et L 341-4 du Code monétaire et financier (...) ou par toute autre forme ».

Comme on le voit, aucune forme d'externalisation d'activités n'est écartée. Pour reprendre une distinction célèbre, explicitée par le doyen Vedel dans un article qui a fait date ⁸, l'externalisation d'activités est, dans le règlement n° 97-02 modifié, une notion non pas conceptuelle mais purement fonctionnelle marquée par l'emprise des objectifs à atteindre. C'est la raison pour laquelle la définition retenue par l'article 4 q) est, à dessein, très large et vise non seulement la sous-traitance au sens de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 précitée ⁹, c'est-à-dire « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise (...) conclu avec le maître de l'ouvrage », mais également le recours à des démarcheurs externes agissant dans le cadre d'un contrat de mandat et, plus généralement, toutes les autres formes d'externalisation dès lors qu'elles ont pour objet la réalisation de « prestations de services essentielles ».

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par là.

Aux termes du nouvel article 4 r), introduit dans le

règlement n° 97-02 par l'arrêté précité, les prestations de services essentielles recouvrent :

- « les opérations de banque au sens de l'article L 311-1 du Code monétaire et financier (...) et les services d'investissement au sens de l'article L 321-1 du même code, pour lesquels l'entreprise assujettie a été agréée ;

- « les opérations connexes visées aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article L 311-2 et aux paragraphes 1, 2, 5 et 6 de l'article L 321-2 du Code monétaire et financier (...) ;

- « les prestations participant directement à l'exécution (ce mot est important, on ne saurait trop le souligner ¹⁰) des opérations ou des services mentionnés aux deux premiers tirets ci-dessus ;

- « les autres opérations connexes mentionnées aux articles L 311-2 et L 321-2 du Code monétaire et financier (...) ;

- « ou toute prestation de services présentant un effet significatif sur la maîtrise des risques ».

Comme on peut le constater, la notion de « prestation de service essentielle » est, elle aussi, extrêmement large ¹¹. Elle recouvre, tout d'abord (art 4 r, tiret 1), les opérations couvertes par le monopole bancaire (réception de fonds du public, opérations de crédit ainsi que de mise à disposition et de gestion de moyens de paiement) de même que celles couvertes par le monopole des prestataires de services d'investissement (réception-transmission et exécution d'ordres pour compte de tiers, négociation pour compte propre, gestion de portefeuille pour compte de tiers, prise ferme et placement). Ces opérations, qui présentent un caractère stratégique ¹², constituent le cœur même de l'activité, le *core business* comme on dit, des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Il est donc logique qu'elles soient considérées comme « essentielles » ou, si l'on préfère, ubérales pour les entreprises assujetties.

nomique européen ne sont donc pas concernées par ces nouvelles dispositions (cf. art. 45 du règlement n° 97-02 modifié). Cela ne doit pas étonner puisque, comme le rappelait Monsieur Gilles Vaysses, actuellement secrétaire général du CECEI, dans un article publié récemment dans les colonnes de Banque magazine (Banque, n° 662, octobre 2004, p. 24 et suiv., spéc. p. 28) : « la succursale (dans l'Europe bancaire) n'est assujettie qu'à une partie de la réglementation locale, concernant, par exemple, les conditions générales d'exercice ou la liquidité ; mais ce qui relève de la réglementation prudentielle ou de sa surveillance dépend toujours du pays d'origine ». Quant aux sociétés de gestion de portefeuille qui sont, comme on le sait, des entreprises d'investissement agréées par l'Autorité des marchés financiers, elles ne sont évidemment pas concernées (cf. art. 1^{er}, tiret 2 du règlement n° 97-02 modifié). Les établissements de crédit monégasques, qui sont agréés par le CECEI, sont, en revanche, bien entendu soumis aux dispositions du règlement n° 97-02 du CRBF, comme d'ailleurs à l'ensemble de la réglementation prudentielle française (cf. Rapport annuel du CECEI, 2003, p. 222).

⁷ On regrettera la généralité des termes employés. Cf. l'ouvrage, devenu classique (au sens propre du terme, c'est-à-dire à l'usage des classes, des classes de pénalistes en particulier), de Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, 1^{re} éd., PUF, 1986 (réédité en 2004 dans la collection Quadrige), passim.

⁸ « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP. 1950, I, 851, n° 4 : « Les premières (notions conceptuelles) peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes (...). Les notions fonctionnelles au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité ». Et le doyen Vedel de souligner les inconvénients des notions fonctionnelles, notamment « le fait qu'elles ne

sont pour ainsi dire jamais achevées, que leur contenu ne peut être épuisé par une définition ».

⁹ Cf. Georges Flécheux, *La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance*, JCP 1976, I, 2791, n° 7. Adde, Jean Nérét, *Le sous-contrat*, (préface de Pierre Catala), Bibliothèque de droit privé, tome CLXIII, LGDJ, 1979, spéc. n° 218 p. 169 et n° 419 p. 304 et suiv. Il faut rappeler que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée ne donne pas une définition générale de la sous-traitance ; elle vise avant tout (art. 6 et 12), dans les domaines qu'elle couvre, à protéger les sous-traitants contre le risque de défaillance de l'entrepreneur principal. C'est le lieu de préciser que le terme de sous-traitance est, en pratique, très souvent utilisé pour désigner toute forme d'externalisation. C'est évidemment un abus de langage qu'il faut corriger. La sous-traitance, on le sait, suppose un ménage à (au moins) trois personnes...

¹⁰ C'est ainsi, par exemple, que les intermédiaires en opérations de banque (et autres apporteurs d'affaires), qui se bornent à accomplir des actes matériels (remise de documents, transmission de dossiers de crédit, etc.), ne sont pas concernés. En effet, leurs prestations ne participent pas directement, en pareille hypothèse, à l'exécution d'opérations de banque. On observera au passage comment l'article 4 r) distingue ainsi les prestations essentielles qui participent directement, non pas à la décision (deux premiers tirets de l'article 4 r), mais à l'exécution (troisième tiret de l'article 4 r) d'une opération de banque, de fourniture d'un service d'investissement ou de certains services connexes.

¹¹ L'article 4 n), qui définit ce qu'il faut entendre par « Plan de continuité d'activité », faisant également référence à la notion de « Prestation de services essentielle », il y a fort à parier que les Autorités de contrôle considéreront que la définition donnée à cette notion pour l'externalisation vaudra également pour les plans de continuité d'activité.

¹² Le CEBS parle, dans le High level principle n° 1, de « *Strategic and core management responsibility and functions* ».

Sont également regardées comme « essentielles » (art. 4 r, tirets 2 et 4), l'ensemble des opérations connexes aux opérations de banque et aux services d'investissement. Ces opérations, que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement ont traditionnellement l'habitude d'accomplir, s'inscrivent dans le prolongement des opérations de banque et de prestation de services d'investissement¹³. Il est par conséquent logique qu'elles soient, elles aussi, considérées comme « essentielles ». *Accessorium sequitur principale* : l'accessoire suit le principal enseignent les ouvrages de parémiologie juridique. Reste à observer que si toutes les opérations connexes sont visées à l'article 4 r), la majorité d'entre elles (opérations de change, opérations sur or, métaux précieux et pièces, placement, souscription, achat, gestion, garde et vente de valeurs mobilières et de tout produit financier, conservation ou administration d'instruments financiers, opérations de crédit connexes aux services d'investissement, services liés à la prise ferme, services de change liés à la fourniture de services d'investissement) sont visées au tiret 2, alors que les autres (conseil et assistance en matière de gestion financière ou de gestion de patrimoine, ingénierie financière, location de coffres-forts et, plus généralement, location simple de biens mobiliers ou immobiliers) ne sont visées qu'au tiret 4. Pourquoi avoir opéré ce distinguo au sein des opérations connexes ? Tout simplement parce que les opérations connexes visées au tiret 2 ne peuvent, en France, être effectuées que par certaines personnes dûment agréées ou habilitées, alors que les autres ne font l'objet d'aucun encadrement particulier¹⁴. Aussi, l'article 37-1 nouveau du règlement n° 97-02 modifié prévoit-il que les entreprises assujetties doivent s'assurer « que toute prestation qui concourt de façon substantielle à la décision engageant l'entreprise vis-à-vis de sa clientèle à conclure une opération visée aux trois premiers tirets (et donc au tiret 2) de l'article 4 r) (...) n'est externalisée qu'auprès de personnes agréées ou habilitées selon les normes de leur pays à exercer de telles activités ». En bref, il faut distinguer les opérations connexes faisant l'objet d'un encadrement particulier visées au deuxième tiret de l'article 4 r) qui ne peuvent être externalisées qu'auprès d'entreprises elles-mêmes habilitées, au regard de leur réglementation, à effectuer de telles opérations, des autres opérations connexes pour lesquelles cette question ne se pose pas. Autrement dit, toutes les opérations connexes ne présentent pas le même degré de sensibilité et de proximité avec les opérations couvertes par le monopole bancaire et des prestataires de services d'investissement (cf.

13 Cf. Michel Vasseur, *Droit et économie bancaires*, maîtrise, Fasc. I-C, « Institutions bancaires, Les cours de droit, 4e éd., 1985-1986, p. 812 selon lequel : « sont connexes des opérations que les banques ont traditionnellement l'habitude d'accomplir ». Comp., du même, « L'ingénierie financière : II - Le point de vue juridique », Banque, n° 502, février 1990, p. 116, col. 1 : « cette activité (l'activité connexe) est une activité qui se situe très naturellement dans le sillage de l'activité proprement bancaire des établissements de crédit ».

14 On pourrait objecter que, depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, l'activité de conseiller en investissements financiers (CIF) est réglementée (art. L 541-1 et suiv. du Code monétaire et financier). Reste que si un cadre juridique est désormais fixé pour l'activité de CIF en France, il n'en existe pas pour l'activité plus générale de conseil en gestion de patrimoine (en ce sens, RTD com., 2003, 772 obs. Nicolas Rontchevsky et Michel Storck). Joint à cela que l'activité de CIF est nécessairement exercée par des indépendants (est-il besoin de rappeler

art. 39 c) nouveau examiné ci-après). Il y a ainsi, en quelque sorte, le connexe de base (visé au tiret 2) – sorte de « tier one du connexe » – et le « tier two du connexe ou connexe complémentaire » visé au tiret 4. Il convient de relever que la distinction entre les deux types d'activités connexes présente un autre intérêt. En effet, en vertu des dispositions de l'article 4 r) tiret 3 du règlement n° 97-02 modifié, les prestations qui contribuent directement à l'exécution des opérations connexes visées au tiret 2 (« tier one du connexe »), tout comme celles d'ailleurs qui contribuent directement à l'exécution d'opérations de banque ou de prestation de services d'investissement, sont considérées comme des prestations de services essentielles. A contrario, cela signifie que les prestations contribuant directement à l'exécution des opérations connexes visées au tiret 4 ne sont pas considérées comme des prestations de services essentielles au sens du règlement n° 97-02 modifié. Voilà pour l'exégèse des 4 premiers tirets de l'article 4 r).

Reste à toucher un mot du dernier tiret de cet article aux termes duquel constitue une prestation de service essentielle « toute prestation de services présentant un effet significatif sur la maîtrise des risques ».

On se contentera d'observer qu'il s'agit d'un bel exemple de clause balai.

II Les nouvelles obligations en matière d'externalisation d'activités

Issues de l'article 1^{er} de l'arrêté du 31 mars dernier, elles figurent respectivement aux articles 37-1, 37-1-1, 37-2 et 39 c) nouveaux du règlement n° 97-02 modifié. Ces nouvelles obligations trouvent leur inspiration¹⁵ dans les onze principes relatifs à l'*outsourcing* énoncés, en avril 2004, par le Comité européen des contrôleurs bancaires (CEBS)¹⁶.

A. Obligations générales pesant sur les entreprises assujetties en cas d'externalisation

Prévues par l'article 37-1 nouveau, ces obligations sont au nombre de trois :

1. Les entreprises assujetties doivent, tout d'abord,

leur que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement ne sont pas concernés par ce statut ?).

15 Autre chose est le droit inspiré auquel rêvait André Néher (1914-1988), l'historien du prophétisme juif (cf. son livre, publié pour la première fois en 1955, intitulé *L'essence du prophétisme*, 3^e éd. Calmann-Lévy, collection Diaspora, 1983)...

16 V. supra note 3. On parle tantôt de CECB, tantôt de CEBS (acronyme anglais de *Committee of European Banking Supervisors*). Sur les onze principes énoncés par le CEBS en avril 2004, les huit premiers sont adressés aux établissements de crédit (ce sont les fameux « *High Level Principles* ») ; quant aux trois derniers, ils sont à destination des superviseurs. Cf. *L'externalisation des activités bancaires en France et en Europe*, Bull. Commission bancaire, n° 31, novembre 2004, p. 29 et suiv. (on trouvera, en annexe de cette intéressante étude, les onze principes relatifs à l'*outsourcing* énoncés par le CEBS).

s'assurer (art. 37-1), ainsi qu'on a précédemment eu l'occasion de l'indiquer, que « toute prestation qui concourt de façon substantielle à la décision engageant l'entreprise vis-à-vis de sa clientèle à conclure une opération mentionnée aux trois premiers tirets de l'article 4 r) n'est externalisée qu'auprès de personnes agréées ou habilitées, selon les normes de leur pays, à exercer de telles activités ». Inutile de revenir longuement sur les opérations qui sont concernées. Il s'agit de toutes les opérations qui sont couvertes par le monopole bancaire ou par celui des prestataires de services d'investissement ainsi que des opérations connexes qui leur sont étroitement liées faisant l'objet d'un encadrement particulier. Il s'agit, enfin, de toutes les prestations qui contribuent directement à l'exécution des opérations ou des services visés ci-dessus. En cas d'externalisation de telles prestations ou opérations, il conviendra donc, à l'avenir, de s'assurer que le « sous-traitant » est bien lui-même agréé ou habilité à les effectuer.

Question : s'agissant d'opérations réglementées en France, faut-il qu'elles soient également réglementées dans le pays du prestataire, ou suffit-il que le prestataire soit habilité, au regard de la réglementation qui lui est applicable, à les effectuer ? La seconde lecture doit assurément l'emporter. Le texte de l'article 37-1 est on ne peut plus clair à ce sujet. En effet, il faut – et il suffit – de s'assurer que l'externalisation n'est effectuée « qu'auprès de personnes agréées ou habilitées, selon les normes de leur pays, à exercer de telles activités ». Le « selon les normes de leur pays » est déterminant. Un établissement de crédit français pourra ainsi externaliser certaines opérations couvertes en France par le monopole bancaire auprès de prestataires étrangers n'ayant aucun statut particulier dès lors que les opérations en question ne requièrent pas, dans le pays du prestataire considéré, d'habilitation ou d'agrément spécifique. On songe, notamment, au cas des opérations de crédit-bail qui, en France, relèvent du monopole bancaire alors que, dans certains autres pays européens (ex. : Belgique, Luxembourg), qui ont transposé strictement les dispositions de la première directive de coordination bancaire du Conseil du 12 décembre 1977¹⁷, elles ne nécessitent pas d'agrément spécifique.

2. Les entreprises assujetties doivent, en deuxième lieu (art. 37-1-1, a), s'assurer que « leur système de contrôle au sens de l'article 5 inclut leurs activités externalisées ». En clair, il faudra qu'elles intègrent, dans leur « système de contrôle des opérations et des procédures internes » (pour

17 Cf. article 1^{er}, tiret 1 de la première directive du Conseil du 12 décembre 1977 codifié à l'article 1^{er} 1) de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité d'établissement de crédit et son exercice. Ce texte retient, comme on le sait, une définition de l'établissement de crédit relativement restrictive par comparaison avec le champ couvert par la législation bancaire française. Cf. Christian Noyer, *Banques : la règle du jeu*, Dunod, Paris, 1990, p. 17 et 106. Rapp. l'interview donnée par Mme Danielle Nouy in *La loi bancaire a 20 ans*, Banque magazine, n° 662, octobre 2004, dans laquelle la secrétaire générale de la Commission bancaire indique (p. 18, col. 2) : « (...) j'ai pu constater, lors de la préparation de Bâle II, qu'il existe deux catégories de pays en matière de crédit-bail. Dans les pays où cette activité est réglementée, comme la France et l'Italie, les historiques de pertes sont satisfaisants. Dans le cas contraire – c'est la majorité des pays –, les statistiques réalisées pour calculer les fonds propres prudentiels montrent que les historiques de pertes sont plus élevés et que l'activité est moins saine. »

18 Précisons que l'article 7, 6 nouveau du règlement n° 97-02 modifié dispose que : « Dans les conditions prévues au 3 du présent article (c'est-à-

reprandre l'intitulé du titre II du règlement n° 97-02 modifié dans lequel se trouve l'article 5 précité), l'externalisation d'activités.

3. Les entreprises assujetties doivent, enfin (art. 37-1-1, b), se doter « de dispositifs de contrôle, au sens de l'article 6, de leurs activités externalisées ». L'article 6 du règlement n° 97-02 modifié traitant du contrôle interne permanent et périodique¹⁸, cela signifie que les dispositifs de contrôle mis en place dans ce cadre devront prendre en compte les activités externalisées.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent-elles également dans le cas où le prestataire externe fait partie du groupe de l'entreprise assujettie ? Autrement dit, faut-il considérer que les personnes morales appartenant au groupe de l'entreprise assujettie constituent des « tiers » au sens de l'article 4 q) définissant l'externalisation d'activités ? À l'évidence, il ne s'agit pas de « tiers » comme les autres. C'est la raison pour laquelle l'article 37-1-1, in fine dispose, dans une rédaction d'une concision digne de celle que Molière prête à la langue turque¹⁹, que « lorsque l'entreprise assujettie recourt à un prestataire externe, auquel sont appliquées les dispositions de l'article 2 a), les dispositions prévues aux points a) et b) ci-dessus sont intégrées dans le dispositif de contrôle interne sur base consolidée ». Qu'est-ce à dire exactement ? Que lorsqu'un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement, soumis aux dispositions du règlement n° 97-02 modifié, recourt aux services d'un prestataire externe faisant l'objet d'un contrôle exclusif ou conjoint au sens du règlement n° 2000-03 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif à la surveillance prudentielle sur base consolidée appartenant au même périmètre de consolidation, la mise en place des systèmes et dispositifs de contrôle, au sens des articles 5 et 6 du règlement n° 97-02 modifié (voir supra), tient compte des moyens mis en œuvre au sein du groupe.

B Obligations particulières pesant sur les entreprises assujetties et les prestataires en cas d'externalisation

Prévues par l'article 37-2 nouveau, certaines de ces obligations sont extrêmement – pour ne pas dire excessivement – contraignantes.

L'article 37-2 dispose, en préambule, que « les entreprises assujetties qui externalisent une prestation de services

dire lorsque la taille de l'entreprise assujettie ne justifie pas de confier les responsabilités du contrôle permanent et du contrôle périodique à des personnes différentes et que ces responsabilités sont confiées soit à une seule personne, soit à l'organe exécutif qui assure alors, sous le contrôle de l'organe délibérant, la coordination de tous les dispositifs qui concourent à l'exercice de cette mission) ou lorsque des circonstances particulières le justifient, une entreprise assujettie peut confier des tâches d'exécution des contrôles prévus à l'article 6 (il s'agit donc des tâches d'exécution du contrôle interne permanent et périodique) à des prestataires extérieurs de services sous la responsabilité des personnes désignées au titre du 1 du présent article (c'est-à-dire sous la responsabilité du ou des responsables du contrôle permanent dont l'identité est communiquée à la Commission bancaire) et dans les conditions prévues à l'article 37-2 (...) ». Où l'on voit que le texte ne ferme pas la porte à une externalisation de certaines tâches d'exécution du contrôle interne permanent et périodique. Reste que la porte est étroite.

19 *Le Bourgeois gentilhomme*, Acte IV, Scène 6 (Covielle, valet de Cléonte, à Monsieur Jourdain) : « Oui. La langue turque est comme cela, elle dit beaucoup en peu de paroles ».

essentielle à leur activité, au sens des articles 4 q) et 4 r), doivent conserver l'entière maîtrise de leur activité ».

Dont acte: il n'y a là rien que de normal²⁰. Mais l'article 37-2 va beaucoup plus loin.

En effet, il prévoit, d'une part (art. 37-2, 1), que les entreprises assujetties doivent :

- Formaliser la relation avec les prestataires. L'article 37-2, 1 a) dispose, en effet, que l'externalisation d'activité au sens du règlement n° 97-02 modifié doit donner lieu à un contrat écrit entre le prestataire et l'entreprise assujettie²¹.
- Se doter d'une procédure d'habilitation et de contrôle des prestataires choisis. L'article 37-2, 1 b) porte, très précisément, que l'externalisation d'activité au sens du règlement n° 97-02 modifié doit « s'inscrire dans le cadre d'une politique formalisée de contrôle des prestataires externes définie par l'entreprise assujettie ».

Il prévoit, d'autre part (art. 37-2, 2), que les entreprises assujetties doivent s'assurer, dans leurs relations avec leurs prestataires externes, que ces derniers :

1. S'engagent sur un niveau de qualité répondant à un fonctionnement normal du service et qu'ils ont bien mis en place des mécanismes de secours appropriés (en cas de difficulté grave affectant la continuité du service) ou, à défaut, prévoir dans leur propre plan de continuité d'activité le risque de défaillance du prestataire (art. 37-2, 2 a et b)²².
2. Ne peuvent imposer une modification substantielle de la prestation qu'ils assurent sans l'accord préalable de l'entreprise assujettie (art. 37-2, 2, c).
3. Se conforment aux procédures définies par l'entreprise assujettie concernant l'organisation et la mise en œuvre du contrôle des services qu'ils fournissent (art. 37-2, 2, d).
4. Leur permettent, chaque fois que cela est nécessaire, l'accès, le cas échéant sur place, à toute information sur les services mis à leur disposition, dans le respect des

20 Cf. Commission bancaire, rapport annuel 2003, p. 175 : « Si l'externalisation d'activités peut permettre de réduire certains risques, en profitant de l'expertise de spécialistes, les opérations effectuées par le sous-traitant restent sous la responsabilité de la banque. L'externalisation d'une activité auprès d'un partenaire ne respectant pas la réglementation peut l'exposer à un risque de réputation non négligeable. » Cf. High level principle n° 2 : « The ultimate responsibility for proper management of the risks associated with outsourcing lies with an outsourcing institution's senior executive management ». Comp. Circulaire n° 99/2 précitée de la Commission fédérale suisse des banques (principe n° 3) : « L'entreprise continue d'assumer, à l'égard de l'autorité de surveillance, la responsabilité relative au domaine d'activité externalisé ».

21 Cf. High level principle n° 7 : « All outsourcing arrangements should be subject to a formal and comprehensive contract ». Comp. Circulaire n° 99/2 précitée de la Commission fédérale Suisse des banques (principe n° 9) : « Un contrat en la forme écrite doit être conclu entre l'entreprise et le délégataire ».

22 Cf. High level principle n° 5 : « The outsourcing institution should have a policy on its approach to outsourcing, including contingency and exit strategies ». On observera que les Allemands utilisent le verbe auslagern (qui signifie transporter en lieu sûr) lorsqu'ils parlent d'externalisation (Die Auslagerung). Cf. § 25 a (2) de la Gesetz über das Kreditwesen (KWG) du 11 juillet 1985 modifiée.

23 Est-il besoin de rappeler que, selon une formule consacrée (dans un autre domaine, il est vrai), le banquier « n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client » ? Cf. Michel Vasseur, « Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficulté », Banque, n° 351, mai 1976, p. 479 et suiv., spéc. p. 489, col. 1 (§ XVI). Adde, du même, « Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients », Banque, n° 431, septembre 1983, p. 943 et suiv., spéc. p. 944, col. 1. C'est dire qu'il n'y a pas de devoir de savoir, de Kennenmüssen du banquier. Celui-ci ne sait pas tout et ne peut pas tout savoir, notamment sur la situation financière de ses cocontractants.

24 On rappellera que l'article 7 du décret n° 2002-301 du 28 février

réglementations relatives à la communication d'informations (art. 37-2, 2, e). C'est dire que l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement français qui externalise des activités auprès d'un prestataire externe devra pouvoir procéder à des contrôles chez ce prestataire. Les contrats passés avec les prestataires devront, dès lors, comporter une « clause d'audit ».

5. Leur rendent compte de façon régulière de la manière dont est exercée l'activité externalisée ainsi que de leur situation financière²³ (art. 37-2, 2, f).

6. Acceptent que la Commission bancaire, ou toute autre autorité étrangère équivalente au sens des articles L 613-12 et L 613-13 du Code monétaire et financier (il s'agit des autorités compétentes des autres États partie à l'Espace économique européen et de celles, hors EEE, avec lesquelles la Commission bancaire a conclu un accord bilatéral de coopération²⁴), ait accès aux informations sur les activités externalisées nécessaires à l'exercice de sa mission, y compris sur place (art. 37-2, 2, g). Les contrats conclus avec les prestataires devront, en conséquence, comporter une clause permettant l'accès de la Commission bancaire (ou de ses homologues) chez les intéressés lorsque les besoins de l'enquête le justifieront. Il s'agit là de l'instauration d'un « droit de suite » contractuel au profit de la Commission bancaire²⁵ qui ne devrait, selon toute vraisemblance, être utilisé que très exceptionnellement par cette dernière lorsqu'elle n'aura pas réussi à obtenir de l'entreprise assujettie toutes les assurances voulues.

Nul besoin d'être grand clerc pour entrevoir les difficultés que rencontreront les établissements de crédit et les entreprises d'investissement assujettis pour imposer certaines de ces dispositions à leurs prestataires qui risquent fort – à supposer qu'ils les acceptent – d'en tirer argument pour revoir leurs tarifs à la hausse. Il n'est que de songer

2002 (JCP G 2002, III, 20060) modifiant le décret n° 84-709 du 24 juillet 1984 pris en application de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit a inséré, dans le décret n° 84-709 du 24 juillet 1984 précité, un article 38-1 ainsi rédigé : « Les conventions conclues par la Commission bancaire en vertu de l'article L 613-13 du Code monétaire et financier avec des autorités chargées d'une mission similaire à celle confiée en France à la Commission bancaire sont publiées au Journal officiel ». En pratique, ces conventions bilatérales sont publiées au Bulletin officiel de la Banque de France (probablement pour des raisons de simplicité et du fait de la surcharge du JO). Depuis 2002, de nombreux accords bilatéraux conclus par la Commission bancaire en application de l'article L 613-13 du Code monétaire et financier ont ainsi été publiés dans ce Bulletin (v. not. : accord entre la Commission bancaire et la Banque Nationale Tchèque, Bull., n° 43, juillet 2002, p. 39 et suiv. ; accord entre la Commission bancaire et le Bureau du Surintendant des institutions financières du Canada, Bull., n° 44, août 2002, p. 77 et suiv. ; accord entre la Commission bancaire et le département bancaire de l'État de New York, Bull., n° 44, août 2002, p. 85 et suiv. ; accord entre la Commission bancaire et la Banque de Slovaquie, Bull., n° 48, décembre 2002, p. 83 et suiv. ; déclaration commune d'intention entre la Commission bancaire et la Commission fédérale des banques, Bull., n° 50, février 2003, p. 25 et suiv. ; accord de coopération réciproque dans le domaine du contrôle bancaire entre la Financial Supervisory Commission de la République de Corée et la Commission bancaire, Bull., n° 59, novembre 2003, p. 41 et suiv. ; convention entre la Banque centrale de la République de Guinée et la Commission bancaire, Bull., n° 60, décembre 2003, p. 39 et suiv. ; accord entre la Commission bancaire et la Banque nationale de Bulgarie, Bull., n° 63, mars 2004, p. 27 et suiv. ; déclaration commune du 19 mai 2004 entre la Commission bancaire et le Board of Governors of the Federal Reserve System, l'Office of the Comptroller of the Currency et la Federal Deposit Insurance Corporation, Bull., n° 66, juin 2004, p. 21 et suiv.).

25 Cf. le premier des trois principes énoncés par le CEBS à destination des superviseurs (principe n° 9 des Principes relatifs à l'outsourcing

aux difficultés que rencontreront les grandes banques (et, a fortiori, les petites sociétés financières ainsi que certaines entreprises d'investissement) pour faire accepter à leurs prestataires externes de se soumettre aux contrôles de la Commission bancaire ou d'une autorité étrangère équivalente (par exemple, la Commission fédérale des banques avec laquelle la Commission bancaire a conclu, à la fin de l'année 2002, un accord bilatéral²⁶ pour les prestataires situés en Suisse)... On n'aura garde d'oublier que les entreprises assujetties ne disposent d'aucun pouvoir coercitif sur leurs prestataires et qu'elles ne pourront pas, en conséquence, leur imposer leur volonté. On n'aura garde également d'oublier que les prestataires externes, sauf à ce qu'il s'agisse eux-mêmes d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement agréés par le CECEI, ne sont pas soumis au respect des dispositions du règlement n° 97-02 modifié. Autant dire que le poids économique d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement ne sera pas toujours suffisant pour lui permettre d'imposer des conditions aussi contraignantes à l'ensemble de ses prestataires. Faudra-t-il, conséquemment, que les entreprises assujetties se privent des services de certains prestataires de qualité, quasi incontournables dans leur domaine d'activité, par cela seul qu'ils n'accepteront pas ces nouvelles contraintes imposées par les pouvoirs publics français ? Les autorités de contrôle françaises objecteront, sans doute, que toutes les entreprises assujetties au règlement n° 97-02 seront logées à la même enseigne. Certes, mais toutes ne disposent certainement pas du même *bargaining power* et il est pour le moins choquant que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement assujettis puissent théoriquement faire l'objet de sanctions disciplinaires de la part de la Commission bancaire pour n'avoir pas réussi à imposer certaines conditions contractuelles à leurs prestataires externes.

Question : Les contrats en cours sont-ils concernés par les nouvelles dispositions de l'article 37-2 ? En d'autres termes, va-t-il falloir renégocier les contrats déjà conclus avec des prestataires extérieurs, ou seuls les nouveaux contrats conclus après la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sont-ils concernés ? L'arrêté ministériel du 31 mars 2005 modifiant le règlement n° 97-02 n'est, heureusement, pas rétroactif. Qui mieux est, il n'entrera en vigueur que le 1^{er} janvier 2006²⁷. Un texte de valeur régle-

énoncés par le CEBS en avril 2004) : « *Supervisory authorities should aim to establish a right to information, and to conduct, or order, on-site inspections in an outsourcing service provider's premises* ». Il faut observer que le « droit de suite » contractuel dont bénéficiera la Commission bancaire ne présentera véritablement d'intérêt pour elle que lorsque le « sous-traitant » n'appartiendra pas au même groupe (au sens de l'article L 613-10 du Code monétaire et financier) que l'entreprise assujettie. En effet, la Commission bancaire dispose d'ores et déjà, en application des articles L 613-10, L 613-12 et L 613-13 du CMF, d'un droit de suite auprès de la plupart des entités des groupes bancaires et financiers soumis à son contrôle.

26 Cf. Bull. précité, n° 50, février 2003, p. 25 et suiv. Le § 4 du préambule de l'accord précise qu'il ne s'agit pas d'un traité international au sens du droit international public.

27 Art. 2 de l'arrêté du 31 mars 2005 modifiant le règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

28 Comme l'écrit si bien le doyen Jean Carbonnier (in « Droit civil », Thémis, Introduction, PUF, 27^e éd., 2002, n° 132 b), p. 249) : « *L'article 2 du Code civil est tout de même une loi, supérieure aux règlements admi-*

mentaire ne peut, de toute façon, jamais être rétroactif à peine d'illégalité²⁸. L'arrêté précité ne remet par conséquent pas en cause les conventions passées. Cela étant, une précision doit être immédiatement apportée. En effet, l'article 46 du règlement n° 97-02, tel que modifié par l'arrêté du 31 mars précité, prévoit que « *pour les activités qui, à la date du 1^{er} janvier 2006 sont externalisées pour une durée indéterminée, les entreprises assujetties apportent les modifications nécessaires pour assurer la conformité au présent règlement d'ici le 1^{er} janvier 2007* ». Autrement dit, cela signifie que les entreprises assujetties vont devoir faire l'inventaire des conventions déjà conclues afin de faire le départ entre celles qui sont à durée déterminée et celles qui sont à durée indéterminée. Pourquoi avoir opéré une telle distinction ? Tout uniment parce que les pouvoirs publics, le régulateur, ne veut pas que les conventions d'externalisation déjà conclues qui, par construction, ne répondent pas aux nouvelles obligations, subsistent en l'état indéfiniment. Or, sans cette disposition de droit transitoire, les conventions conclues pour une durée indéterminée auraient très bien pu encore subsister, sans avoir à être aménagées, pendant des années et des années. Pour les conventions conclues à durée déterminée, le problème ne se pose évidemment pas de la même façon. En effet, leur stock va, au fil des années, progressivement s'amenuiser ; et lorsque le terme de ces conventions sera atteint, si de nouvelles conventions viennent à être conclues avec un prestataire externe, elles tomberont de droit sous le coup des nouvelles dispositions. Dito en cas de renouvellement de conventions à durée déterminée par tacite reconduction²⁹. Rien d'étonnant, dès lors, si l'article 46 du règlement n° 97-02 modifié dispose que « *l'article 37-2 s'applique à partir du 1^{er} janvier 2006 pour les nouvelles activités externalisées et pour celles qui font l'objet d'un renouvellement à partir de cette date* ».

C Obligations de reporting concernant l'externalisation

Conformément aux dispositions du nouvel article 39, alinéa 1, c) du règlement n° 97-02 modifié, les dirigeants responsables (en pratique, dans les établissements de crédit et les entreprises d'investissement constitués sous forme de société anonyme de type traditionnel, il s'agit le plus souvent du président du conseil d'administration et du ou des

nistratifs. La liberté qui a été reconnue au législateur (de faire des textes rétroactifs) ne peut donc être étendue au pouvoir réglementaire (...). L'administration commettrait donc toujours un excès de pouvoir si elle conférerait à ses décrets ou arrêtés un effet rétroactif ». On sait, par ailleurs, que la non-rétroactivité des actes administratifs est formulée par le Conseil d'État (CE Ass. 25 juin 1948, Société l'Aurore : D. 1948. 437, note Marcel Waline) et le Conseil constitutionnel (Décision n° 69-57 L du 24 octobre 1969 concernant l'examen de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de l'École Polytechnique : Rec., p. 32) comme un principe général du droit. Cf. Georges Vedel et Pierre Delvolvé, « *La Constitution comme base du système juridique* », rapport pour la 6^e Rencontre juridique franco-soviétique de la Société de législation comparée (Moscou-Kiev, juin 1979), publié dans le volume 1979 des Journées de la Société de législation comparée, 1981, p. 111 et suiv., spéc. p. 126. Cf. Pascal, (Pensées, éd. Brunschvicg, n° 172 : « *Nous ne tenons jamais au temps présent. Nous anticipons l'avenir comme trop lent à venir, comme pour hâter son cours ; ou nous rappelons le passé pour l'arrêter comme trop prompt...* »).

29 Il est, en effet, de jurisprudence constante (n'en déplaise à René Demogue) qu'un contrat reconduit est un contrat nouveau. Cf. Jean Car-

directeurs généraux délégués) de l'entreprise assujettie seront désormais tenus d'informer régulièrement, au moins une fois par an, l'organe délibérant (il faut entendre par là le conseil d'administration dans une société anonyme de type classique) et, le cas échéant, le comité d'audit (parfois baptisé autrement, par exemple : « *comité des comptes* » dans certains établissements), « *des mesures prises pour assurer le contrôle des activités externalisées et des risques éventuels qui en résultent pour l'entreprise assujettie* », étant précisé que : « *les prestations de services essentielles relevant des trois premiers tirets de l'article 4 r) doivent être distinguées dans cette information* ». On voit, là encore (v. supra I), qu'une distinction est opérée au sein des activités externalisées entre celles qui relèvent du monopole bancaire et des prestataires de services d'investissement ou qui leur sont très étroitement liées (visées aux trois premiers tirets de l'article 4 r) et les autres qui sont considérées comme relativement moins importantes. Voilà pour le reporting interne. Cette information spécifique sur les activités externalisées donnée à l'organe délibérant devra, par ailleurs, figurer dans le rapport annuel sur la mesure et la surveillance des risques dit de l'article 43. L'article 43, alinéa 1 du règlement n° 97-02 modifié dispose, en effet, que « *ce rapport (le rapport sur la mesure et la surveillance des risques) comprend notamment les informations communiquées à l'organe délibérant en application de l'article 39* ». Or, le rapport de l'article 43 doit, comme on le sait, être adressé chaque année au(x) commissaire(s) aux comptes et au secrétariat général de la Commission bancaire (SGCB), au plus tard le 30 avril suivant la fin de l'exercice³⁰. Il y aura donc également un reporting externe en matière d'externalisation d'activités à faire à partir de 2007.

Telles sont les nouvelles obligations en matière d'externalisation d'activités qui viennent d'être introduites, par l'arrêté du 31 mars 2005, dans le règlement n° 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au

contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Pour la petite histoire, le projet était dans les tuyaux depuis le printemps 2003 et il avait tout d'abord été envisagé d'introduire ces dispositions dans le règlement n° 97-02 en même temps que les dispositions relatives aux plans de continuité d'activité (PCA). Il est vrai que les deux sujets sont, en partie, liés. Mais la réflexion sur l'externalisation d'activités n'était pas, à l'époque, suffisamment avancée. Aussi fut-il décidé d'attendre un peu et de traiter uniquement, dans un premier temps, des plans de continuité d'activité. D'où le texte du règlement n° 2004-02 du 15 janvier 2004 du Comité de la réglementation bancaire et financière complétant le règlement n° 97-02 de dispositions traitant, entre autres, des PCA³¹. Restait donc à compléter le règlement n° 97-02 de dispositions relatives à l'externalisation d'activités. C'est désormais chose faite avec l'arrêté précité qui, cela mérite d'être souligné, a été adopté selon la nouvelle procédure prévue par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, c'est-à-dire après consultation du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières³². L'Autorité des marchés financiers, comme le prévoit l'article L 611-3 du Code monétaire et financier, avait bien entendu été préalablement saisie pour avis du projet d'arrêté dont nombre de dispositions intéressent directement les prestataires de services d'investissement.

* *

En conclusion, que dire ? Que le règlement n° 97-02, modifié à cinq reprises au cours des cinq dernières années tout en conservant sa numérotation d'origine, ressemble de plus en plus à la hache du président Lincoln, que l'on peut admirer dans un musée d'une petite ville des États-Unis, où elle est ainsi présentée³³ : « *Cette hache a été utilisée par le président Abraham Lincoln en 1862. Le manche a été remplacé en 1900 et la lame en 1930* ». ■

bonnier, *Droit civil*, Thémis, tome 4, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 141 c), p. 275 et les références citées ; Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n° 420 p. 187, texte et note (54). Adde, Olivier Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, (préface de Jacques Ghestin), Bibliothèque de droit privé, tome 322, LGDJ, 1999, n°s 505 p. 399 et suiv.

30 Cf. art. 44, alinéa 2 du règlement n° 97-02 modifié.

31 JO du 26 février 2004, p. 3861. Cf. Bull. Commission bancaire, n° 30, avril 2004, pages 5 et suiv. Adde, Banque magazine, n° 660, juillet-août 2004, pages 50-51 et nos observations.

32 Le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière a examiné le projet d'arrêté lors de sa deuxième réunion, soit le 25 février 2005 ; il a rendu un avis favorable sur le projet (cf. dernier visa de l'arrêté du 31 mars 2005). Sur le rôle et les attributions du CCLRf, v. Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 5^e éd., Montchrestien, 2003, n° 147 p. 98. Le texte du projet d'arrêté, soumis pour avis au CCLRf conformément aux dispositions de l'article L 614-2, alinéa 2 du Code monétaire et

financier, avait auparavant été transmis aux associations professionnelles concernées (FBF, ASF, AFEI) dans le cadre de la procédure traditionnelle dite de concertation de Place (Cf. Bull. Commission bancaire, n° 31, novembre 2004, pages 29 et suiv., spéc. p. 35). Parmi les nombreuses observations que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement avaient fait remonter aux pouvoirs publics (visant, entre autres, à assouplir les contraintes en matière d'externalisation), seules quelques-unes ont finalement été prises en considération. « *C'est peu* » dirait Martin. Mais Pangloss, faisant réflexion que c'est toujours mieux que rien, répondrait : « *C'est beaucoup* ». Il est vrai qu'on n'est jamais déçu qu'à hauteur de ses espérances... Cf. Jean Rivero, *Le juge administratif français, un juge qui gouverne*, D. 1951, Chron., p. 21, spéc. p. 24, col. 2 in fine (article reproduit in *Pages de doctrine*, tome 2, LGDJ, 1980, p. 303 et suiv.).

33 Cf. rapport de synthèse présenté au 77^e Congrès des notaires de France par M. le professeur Ibrahim Fadlallah sur *La vente volontaire d'immeuble*, Defrénois, 1982, art. 32978, pages 3 et suiv., spéc. n° 25 p. 17.