

LE BUREAU DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS DE PRODUITS FINANCIERS

AMY FRIEND*
JOSHUA KAPLAN**

Plus d'un an et demi après sa promulgation et alors que sa mise en place est encore loin d'être achevée, le « *Dodd-Frank Act* pour la réforme de Wall Street et la protection des consommateurs » de 2010 (plus connu sous le nom de *Dodd-Frank Act*) suscite toujours des débats à la fois sur ses objectifs et sa mise en pratique. Le Bureau de protection des consommateurs de produits financiers (ou Consumer Financial Protection Bureau – CFPB) se trouve au cœur de ces débats. Au vu des objectifs ambitieux poursuivis par le *Dodd-Frank Act*, ces débats autour des objectifs pourtant légitimes du CFPB se révèlent surprenants¹. Le CFPB a été conçu pour protéger les consommateurs des produits financiers agressifs, comme ceux qui ont entraîné la crise financière² ; il est chargé de promouvoir la transparence, l'équité et le caractère approprié des produits financiers pour les consommateurs, grâce à la mise en application des règles et la surveillance d'un grand nombre de fournisseurs de services financiers³.

293

* Managing Director, Promontory Group LLC.

Amy Friend a été *Chief Counsel* au Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs et a mené les négociations et la rédaction des réformes législatives qui ont suivi la crise financière, notamment l'*Emergency Economic Stabilization Act* et le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Auparavant, elle était *Assistant Chief Counsel* à l'Office of the Comptroller of the Currency, où elle a été en charge de la rédaction d'un certain nombre de réglementations issues du *Gramm-Leach-Bliley Act* et du *Fair Accurate Credit Transactions Act*. Elle a également été *Minority General Counsel* au House Financial Services Committee et au General Counsel of the Subcommittee on Consumer Affairs and Coinage.

** Responsable des affaires réglementaires, Crédit agricole SA.

Auparavant, Joshua Kaplan a débuté sa carrière à la Federal Reserve, puis il a rejoint la direction juridique de la Deutsche Bank AG.

Les opinions exprimées dans cet article reflètent les opinions personnelles des auteurs et en aucun cas celles de Promontory Group LLC ou du Crédit agricole.

Cependant, le CFPB demeure la cible d'une intense opposition de milieux politiques et industriels lui reprochant d'étouffer le crédit et les nouveaux produits⁴, voire de mener les banques à la faillite. Ses opposants politiques ont indéfectiblement refusé de laisser le président Obama installer un directeur à sa tête sans changements structurels importants ; les sénateurs républicains ont ainsi exposé dans une lettre au président que le CFPB possède « une portée et un contrôle sans précédent sur les décisions des consommateurs individuels – assortis d'un manque de surveillance et de comptes à rendre sans précédent lui aussi »⁵. Sans directeur, le CFPB ne pouvait pas exercer ses pleins pouvoirs⁶. Le 4 janvier 2012, alors que le Sénat n'était pas en session, le président Obama a nommé l'ancien *Attorney General* de l'État de l'Ohio, Richard Cordray, directeur du CFPB⁷. Cette nomination controversée n'a pas mis fin à la bataille politique entourant cette agence. La légalité de cette nomination est contestée, tout comme la capacité du nouveau directeur à exercer tous les pouvoirs du CFPB, au motif que le Sénat ne l'avait pas ratifiée⁸. En dépit de cette polémique, Cordray n'a pas perdu de temps pour décider et mettre en œuvre des actions prioritaires. Mais en raison de cette controverse persistante autour du CFPB et de la nomination du directeur, il est difficile de savoir dans quelle mesure le CFPB modifiera le paysage réglementaire.

294

Nous rappellerons ci-dessous le cadre légal applicable aux produits financiers destinés aux consommateurs avant la crise de 2008. Nous présenterons le rôle déclencheur de la crise financière joué par les prêts hypothécaires et les nouvelles règles applicables à ces prêts à la suite de l'entrée en vigueur du *Dodd-Frank Act* en réponse à cette crise. Nous décrirons ensuite le CFPB et le rôle qu'il est appelé à tenir dans la régulation des produits financiers destinés aux consommateurs. Enfin, nous signalerons plusieurs domaines de l'activité bancaire destinés aux consommateurs sur lesquels nous pensons que le CFPB concentrera ses efforts dans le court-moyen terme.

LA PROTECTION FINANCIÈRE DU CONSOMMATEUR AVANT LE DODD-FRANK ACT

Avant la refonte du système de régulation financière par le *Dodd-Frank Act*, un réseau complexe d'organismes fédéraux et nationaux, possédant des juridictions et des missions diverses, se partageait la responsabilité de protéger les consommateurs en matière de produits financiers. Cinq agences bancaires fédérales contrôlaient les pratiques des banques, surveillant les conditions des crédits, leur divulgation, la confidentialité des informations, le recouvrement, les transferts de fonds électroniques, les conditions des comptes de dépôt et le suivi des crédits⁹. Au niveau fédéral, la Federal Trade Commission (FTC) était en charge de promul-

guer et de faire respecter les règles concernant les fournisseurs de services financiers qui ne sont pas des établissements de dépôt, incluant les sociétés financières, les sociétés de financements immobiliers, les concessionnaires automobiles et les agences de renseignements commerciaux¹⁰, tandis que les régulateurs étatiques étaient également en charge de la surveillance des sociétés officiant dans leurs États ou y ayant leur siège social.

Dans les années précédant la crise, les régulateurs bancaires ont concentré leurs moyens de surveillance sur des problématiques prudentielles (capital, gestion du risque et gouvernance d'entreprise) plutôt que sur la protection des consommateurs¹¹. Ce choix affirmé en faveur des questions prudentielles était dicté par le modèle de supervision, basé sur le risque, dans lequel les agences déployaient leurs ressources sur les domaines réputés créateurs des risques les plus importants pour la solidité financière du secteur bancaire – typiquement les domaines menaçant la sûreté et la sécurité¹². Les conflits opposant sûreté, sécurité et équité envers les consommateurs se résolvait la plupart du temps en faveur des deux premières¹³. Le profit l'emportait sur la protection du consommateur, au moment où le modèle *originate-to-distribute* de prêts explosait en une frénésie de titrisation au milieu des années 2000. Même face à l'évidence, de plus en plus de produits toujours plus innovants laissaient les emprunteurs face à des mensualités qu'ils ne pouvaient pas régler et les régulateurs bancaires n'ont en général pas cherché à décourager ces pratiques réputées rentables et porteuses de peu de risques pour le capital des banques¹⁴.

295

La fragmentation de la protection des consommateurs entre de multiples agences se traduisant trop souvent par une efficacité insuffisante, coordonner les politiques de l'essaim d'agences nationales et fédérales était politiquement et logistiquement difficile. Au niveau fédéral, la plupart des responsabilités incombaient au Federal Reserve Board (FRB), possédant l'autorité sur les pratiques risquées de crédits immobiliers sous le *Home Ownership and Equity Protection Act*¹⁵. Mais la Federal Reserve (Fed) n'a jamais rempli ce mandat. Culturellement encline à favoriser la discipline par les marchés plutôt que par la réglementation, elle plaçait la protection des consommateurs en troisième position, loin derrière la politique monétaire et la supervision des banques. Quand elle concentrait ses politiques de réglementation sur les pratiques bancaires liées aux consommateurs, c'était principalement pour assurer que les pratiques de diffusion d'informations adoptées par les institutions financières étaient adéquates.

Comme dans le cas de la FTC, les moyens de surveillance de la Fed se sont trouvés dépassés par les quelque 100 000 compagnies financières non bancaires relevant de sa juridiction légale. En règle générale, la FTC protège les consommateurs des « pratiques et actes injustes ou trompeurs »¹⁶ réalisés par des entreprises aussi diverses que les épiceries ou les

prospecteurs téléphoniques. Son outil principal pour dissuader les conduites illégales de la part de telles sociétés est le recours à la contrainte, dans la mesure où elle ne possède pas l'autorité pour conduire des inspections sur sites et se trouve entravée par de nombreux obstacles procéduraux quand elle édicte des règles¹⁷. Avec un effectif réduit en comparaison de la population surveillée et des outils limités, elle ne s'est pas montrée efficace dans la protection des consommateurs de produits financiers¹⁸. Ces dix dernières années, elle a poursuivi seulement vingt-deux compagnies de crédit immobilier, alors qu'elle était la seule agence fédérale clairement en possession du mandat et de l'autorité pour le faire.

Les régulateurs du niveau étatique n'ont pas compensé cette inefficacité. Limités en droit dans leur capacité à faire valoir les lois étatiques auprès des établissements de dépôt sous charte fédérale, ils ne montrèrent que peu d'enthousiasme à poursuivre les entreprises sous charte d'État qui émettaient ou négociaient des crédits *subprimes* ou exotiques durant tout le pic de la bulle de 2003-2007¹⁹.

Que ce soit à cause d'un manque de moyens, d'outils inadéquats ou d'une philosophie tendancieuse, le système fragmenté de protection des consommateurs ne parvint pas à faire face à la crise naissante des crédits hypothécaires – une crise qui démontra que les produits nuisibles aux consommateurs pouvaient se montrer également toxiques pour les institutions financières. En réalité, la crise bancaire de 2008 établit l'existence d'une faille non seulement dans la régulation des produits financiers destinés aux consommateurs, mais aussi dans la supervision prudentielle basée sur le risque, dans la mesure où les régulateurs ne parvinrent pas à faire face à la menace que la bulle de titrisation faisait peser sur la sûreté et la sécurité du secteur entier.

LE RÔLE DES CRÉDITS HYPOTHÉCAIRES DANS LA CRISE

Même si les causes de la crise financière sont très diverses, la prolifération des crédits hypothécaires risqués s'en trouve à l'épicentre. Pendant un temps, les taux d'intérêt bas rendirent l'accès à la propriété très abordable et le prix des biens immobiliers s'éleva rapidement. La titrisation permettait aux fournisseurs de crédits de vendre rapidement leurs emprunts et, théoriquement, de se décharger des risques associés. L'octroi de crédits hypothécaires étant ainsi tellement rentable, les fournisseurs stimulèrent la demande en créant des produits avec des taux ajustables ou réduits au départ (*teaser rates*) et des apports bas ou inexistantes – et en élargissant l'accès au crédit en incluant des emprunteurs répondant moins aux critères d'éligibilité²⁰.

Les taux d'entrée donnaient l'impression aux emprunteurs d'avoir les moyens d'accéder à la propriété, puisque les remboursements mensuels initiaux paraissaient être dans leurs moyens²¹. Le processus de sous-

cription qualifiait les emprunteurs en fonction de ces taux initiaux plutôt qu'en fonction des taux standards qui s'appliqueraient ensuite. Les emprunteurs ne pouvant rembourser au taux standard étaient supposés refinancer ou vendre leur crédit ultérieurement, ce qui, dans les deux cas, stimulerait la demande de prêts.

Une variante particulièrement populaire des prêts hypothécaires à taux ajustables (*adjustable-rate mortgage* – ARM) était l'« option ARM », permettant à l'emprunteur de choisir le montant de son remboursement mensuel : un montant minimum ne couvrant même pas les intérêts augmentés, un montant couvrant juste les intérêts, ou un montant permettant le règlement de la dette sur une période de quinze à trente ans. Le paiement minimum menait à un amortissement négatif qui en réalité augmentait le montant principal dû par l'emprunteur. Ces paiements minimums se montrèrent exceptionnellement populaires auprès des emprunteurs²². Au lieu d'établir les conditions d'octroi des prêts sur la solvabilité de l'emprunteur, les créanciers se basaient sur une valeur biaisée de leur garantie. Tant que le prix de l'immobilier poursuivait son ascension, les erreurs d'octroi de crédits à des emprunteurs qui ne pouvaient rembourser n'avaient que peu d'effets sur les comptes de résultat des créanciers²³.

Du point de vue des régulateurs bancaires, les emprunts hypothécaires offraient aux banques de substantiels bénéfices et peu de risques. Les pires pratiques se rencontraient auprès de compagnies totalement en dehors du secteur bancaire, n'ayant pas besoin d'agrément et exclues de toute supervision fédérale²⁴. Même si le FRB possédait l'autorité d'agir au-delà même des banques sous sa juridiction contre les pratiques de crédit agressives, il n'intervint jamais²⁵. Au moment où les agences bancaires publièrent des directives déconseillant aux institutions ces emprunts risqués, elles se montrèrent largement inappropriées²⁶. La bulle immobilière éclata alors, mettant à jour le caractère erroné de l'hypothèse que les garanties collatérales compenseraient les défauts ; les failles du système propagèrent l'épidémie tout au long de la chaîne des crédits – de l'émission à la titrisation et aux produits dérivés basés sur les titres – et à travers le système tout entier. La croyance selon laquelle les produits dérivés préviendraient la contagion en plaçant le risque entre les mains des entités les plus capables de le supporter se révéla fautive. Les produits dérivés, au final, concentrèrent ce risque sur un nombre limité d'entités qui l'avaient mal évalué. Dans la plupart des cas, le risque ne quitta jamais le système bancaire, se contentant de circuler entre différents acteurs, bancaires ou non, largement interconnectés.

Le *Dodd-Frank Act* s'adressa à chacun de ces domaines, établissant de nouveaux standards d'émission, exigeant que les émetteurs de titres retiennent le risque, bouleversant la régulation et le rôle de la notation des crédits et fournissant une réglementation complète des produits

dérivés, visant principalement à réduire le risque lié aux contreparties grâce à la compensation obligatoire et augmentant la transparence du marché d'échange et de *reporting*.

NOUVEAUX STANDARDS POUR LES EMPRUNTS

Le point crucial des nouveaux standards pour les emprunts hypothécaires du *Dodd-Frank Act* est l'extension du crédit basé sur l'accessibilité pour les emprunteurs plutôt que sur les garanties collatérales pour les prêteurs. Spécifiquement, les nouveaux standards cherchent à « assurer que les consommateurs se voient offrir et reçoivent des prêts hypothécaires dont les termes reflètent raisonnablement leur capacité de remboursement et sont compréhensibles et non inéquitables, trompeurs ou abusifs »²⁷. Un prêteur ne peut offrir un prêt hypothécaire résidentiel sans avoir fait un effort raisonnable et de bonne foi pour déterminer, en se basant sur les informations disponibles au moment de l'émission, si le consommateur peut le rembourser à un taux garantissant l'amortissement complet. La capacité de remboursement d'un emprunteur est mesurée par l'historique de crédit, le revenu courant et futur, les autres dettes, le ratio dettes/revenus et les autres ressources financières. Les prêteurs doivent vérifier les informations sur les revenus et les ressources des emprunteurs en exigeant leurs déclarations d'impôts et leurs fiches de paye, entre autres.

298

Le *Dodd-Frank Act* introduit le concept de « prêt hypothécaire qualifié » qui d'une manière générale (1) inclut dans le calcul de la capacité à payer des paiements réguliers, couvrant l'amortissement et tenant compte des taxes, des assurances ainsi que d'une évaluation de la capacité de remboursement de l'emprunteur, (2) n'inclut pas de *balloon payments*, définis comme des paiements planifiés s'élevant à plus de deux fois la mensualité moyenne, (3) contrôle et documente les revenus et les ressources financières de l'emprunteur, (4) ne présente pas de frais, ni de charges excédant 3 % de la valeur du prêt, (5) se conforme aux directives pour déterminer la capacité à payer les autres dépenses en sus du service de prêt, et (6) n'excède pas trente ans²⁸.

Au-delà des exigences concernant la capacité à rembourser, les prêteurs ne sont pas autorisés à recevoir des compensations de tiers basées sur les termes de l'emprunt. Ainsi, un intermédiaire immobilier ne peut recevoir une commission plus importante d'un prêteur s'il fait souscrire à un emprunteur un crédit au taux d'intérêt le plus élevé. Les établissements de crédit ne peuvent diriger les consommateurs vers des emprunts qui (1) sont trop coûteux en comparaison de leur capacité de remboursement, (2) possèdent les caractéristiques de produits prédateurs, incluant frais élevés ou termes abusifs, (3) ne sont pas des « prêts hypothécaires qualifiés » si le consommateur est éligible pour de tels produits et (4) impliquent des pratiques abusives ou agressives, incluant

la discrimination sur la race, l'ethnicité, le genre ou l'âge²⁹. En plus d'établir ces critères substantiels, le *Dodd-Frank Act* conduit le CFPB à simplifier la prise de connaissance des informations liées aux crédits hypothécaires en combinant deux formulaires obligatoires au niveau fédéral en un seul formulaire plus simple, facilement compréhensible et utilisable par les consommateurs³⁰. Le CFPB a concentré beaucoup de ses efforts initiaux sur le développement de cette communication simplifiée concernant les termes des crédits.

Simplifier la divulgation de l'information rejoint la philosophie générale du CFPB qui établit que les produits et les services financiers facilement compréhensibles pour les consommateurs conduiront à une plus grande concurrence entre fournisseurs, puisque les consommateurs seront en meilleure position pour effectuer des choix éclairés³¹. Le CFPB mettra probablement l'accent sur les modalités de divulgation des informations dans sa supervision plutôt que d'opter pour un processus d'approbation des services et des produits financiers semblable à celui de la Food & Drug Administration³².

MISE EN PLACE DU CFPB

Un nouveau régime

Bien que la création de nouveaux standards soit une étape importante pour la protection des consommateurs contre les abus liés aux prêts hypothécaires, l'administration Obama et le Congrès ont créé un nouveau régime complet pour protéger les consommateurs de tous types de produits financiers. Le CFPB a été créé pour « mettre en place et, le cas échéant, faire respecter la loi fédérale relative aux consommateurs de façon cohérente, afin d'assurer que tous les consommateurs aient accès aux marchés des produits et des services financiers et que ces marchés soient justes, transparents et compétitifs »³³. Reconnaisant que les marchés évoluent plus vite que la législation, le *Dodd-Frank Act* donne le pouvoir au CFPB de s'élever contre les pratiques « abusives » largement définies plutôt que de se reposer sur le Congrès pour aborder et définir chaque nouveau préjudice potentiel. En choisissant intentionnellement un terme encore peu précisément défini dans la législation et la jurisprudence associée, la législation donne au CFPB de la marge pour interpréter le qualificatif « abusif » dans le contexte de la fourniture de produits financiers aux consommateurs³⁴. Le CFPB s'est vu confier des outils puissants et une large autorité pour chercher à éliminer les préjudices : il possède l'autorité de contrôle des régulateurs bancaires, des pouvoirs de mise en place et d'application de règles plus importants que ceux des régulateurs, la liberté d'enquêter et la large juridiction de la FTC, et une source de financement indépendante. Le

secteur des services financiers a généralement été inquiété par l'étendue de cette autorité et a usé de la force de son *lobby* pour l'affaiblir.

Même avec l'arrivée d'un directeur, du temps sera nécessaire pour prendre la mesure du nouveau régime réglementaire et de supervision créé par l'établissement de la première agence fédérale exclusivement dédiée à la protection des consommateurs de produits financiers³⁵. Si le CFPB doit consulter les autorités de surveillance prudentielle, il est libre de privilégier les problématiques liées aux consommateurs – sauf si ses règles sont considérées comme mettant en péril la sûreté et la sécurité du système bancaire³⁶. En tant qu'unique auteur des règles liées à la protection des consommateurs, le CFPB devrait éviter, dans ses processus de réglementation, les obstacles inhérents à un système reposant sur l'action commune de multiples agences³⁷. Et, pour la première fois, une seule agence peut contrôler et superviser les fournisseurs de produits et de services financiers destinés aux consommateurs, quelle que soit leur forme légale ou leur charte. Fort de pouvoirs de surveillance semblables à ceux des régulateurs bancaires sur les institutions bancaires ou non, le CFPB possède aussi celui d'éliminer les disparités historiques dans le traitement de ces entités, garantissant en conséquence une concurrence juste entre eux. Finalement, tandis que les États ont la possibilité d'édicter des règles plus strictes que celles promulguées au niveau fédéral³⁸, l'existence et les actions du CFPB pourraient prévenir le besoin de nouvelles lois étatiques et harmoniser les pratiques entre les juridictions.

300

En réalité, le CFPB a déjà pris des mesures afin d'impliquer les régulateurs étatiques et les procureurs généraux. Le CFPB et les procureurs espèrent coopérer et coordonner de façon importante leurs efforts sur les problématiques de protection des consommateurs, d'une façon encore jamais vue sur des questions financières entre entités fédérales et étatiques. Dans une déclaration commune, le CFPB et la National Association of Attorneys General (NAAG) se sont mis d'accord pour se consulter régulièrement sur les priorités de mise en application et partager les informations et les plaintes de consommateurs, entre autres³⁹. En juillet 2011, le CFPB a signé des protocoles d'entente avec la Conference of State Bank Supervisors (CSBS) et trente-neuf services de régulation bancaire et financière dans trente-deux États. Ces accords établissent une consultation mutuelle lors des évaluations et des directives concernant le partage des informations, incluant les plaintes de consommateurs et les données d'évaluation, avec les régulateurs à la fois étatiques et fédéraux⁴⁰. Le CFPB a émis des règles concernant les obligations de notification des États qui devraient permettre une mise en place plus cohérente des règles du *Dodd-Frank Act* à travers les juridictions⁴¹.

Ces développements, accompagnés d'une philosophie organisationnelle moins individualiste que celle des régulateurs bancaires dans sa

conception des droits des États à intervenir sur les problématiques liées, devraient marquer un nouveau niveau de coopération entre régulateurs étatiques et régulateurs fédéraux dans la protection des consommateurs contre les abus financiers. En réalité, les États trouveront probablement le CFPB plus actif dans son approche de la protection du consommateur que les agences bancaires.

La structure du CFPB

S'il était initialement envisagé comme une agence indépendante⁴², le CFPB s'est finalement trouvé structuré comme un bureau indépendant à l'intérieur du système de la Fed. En dépit des compromis politiques réalisés, il maintient l'essentiel des attributs d'une agence indépendante : autonomie budgétaire, liberté totale pour l'embauche et le renvoi de ses employés, autorité de contrôle et de mise en application libre de toute intervention d'autres agences, et règles et ordres non sujets à révision par une agence parente, la Fed dans le cas dont nous parlons⁴³. Le CFPB est destiné à être géré par un directeur nommé pour une période de cinq ans par le président et soumis à l'approbation du Sénat⁴⁴. Comme c'est le cas pour les autres agences de régulation bancaire, son budget n'est pas alloué par le Congrès, ce qui protège son financement du processus politique. Cependant, ses activités sont assujetties à une surveillance régulière du Congrès grâce à une audition semestrielle obligatoire de son directeur devant des comités appropriés⁴⁵.

En plus de cette contrainte, le CFPB fait face à une seconde obligation de surveillance de son autorité, unique à son cas : le Financial Stability Oversight Council (FSOC), conseil régulateur établi par le *Dodd-Frank Act* pour gérer le risque systémique, est en droit de renverser une réglementation du CFPB qui « mettrait en péril la sûreté et la sécurité du système bancaire américain ou la stabilité du système financier des États-Unis »⁴⁶. Tandis que la barre est placée très haut, aucune autre agence indépendante américaine ne voit ses réglementations sujettes à évaluation et renversement par une autre agence ; de tels pouvoirs ont toujours été la propriété exclusive des tribunaux. De plus, le CFPB doit explicitement évaluer les coûts et les bénéfices des règles qu'il propose et il est l'une des trois seules agences fédérales dont les processus de réglementation sont soumis à l'évaluation d'un panel du fait du *Regulatory Flexibility Act*⁴⁷.

En plus de l'inclusion dans la Fed et de la soumission de ses réglementations à l'assentiment du FSOC, on trouve d'autres compromis politiques dans la mise en place du CFPB. Si l'administration Obama souhaitait le voir posséder l'autorité exclusive concernant la réglementation et la surveillance de toutes les banques et de presque tous les établissements non bancaires concernant la protection des consommateurs⁴⁸, son autorité de surveillance sur les banques s'est trouvée radicalement amoindrie.

Il ne peut en effet superviser que les banques possédant plus de 10 Md\$ d'actifs, soit une centaine d'établissements dans un pays qui en compte plus de 7 000. Un *lobbying* efficace de la part des banques de taille modeste a conduit à ce que la surveillance liée à la protection des consommateurs demeure sous la responsabilité des régulateurs bancaires. Tandis que ces derniers peuvent faire face à d'importantes pressions pour imposer aux petites banques des standards de comportements jugés appropriés pour les banques plus importantes, cet élément continuera d'être tempéré par des considérations de sûreté et de sécurité.

Le CFPB supervisera les institutions non bancaires engagées dans l'émission de crédits hypothécaires, leur négociation ou leur gestion, ainsi que les prêts sur salaires ou aux étudiants. Par l'élaboration de règles, il déterminera également quels autres acteurs offrant des produits ou des services financiers aux consommateurs tomberont sous sa juridiction⁴⁹. Pour priorité, il s'est fixé pour mission de surveiller les institutions officiant dans le recouvrement de dettes, la production de rapports sur les consommateurs, les crédits à la consommation et les activités liées, les opérations de transfert de fonds, les encaissements de chèques et les activités liées, les cartes prépayées et les prestations d'allègement de dette⁵⁰. Son autorité sur ces opérateurs non bancaires est limitée aux activités constituant la fourniture de produits et de services financiers aux consommateurs. Ces activités incluent l'accord, la vente ou la négociation de prêts ou de crédits-bails, les services de règlement de transactions immobilières, l'évaluation, la réception de dépôts, la transmission ou l'échange de fonds, la fourniture de cartes prépayées, l'encaissement ou la collecte de chèques, le traitement des paiements, les conseils en matière de crédits ou de règlement de dettes, la vérification de solvabilité, le recouvrement, entre autres⁵¹.

Le *Dodd-Frank Act* exclut explicitement certaines institutions et activités de la juridiction du CFPB pour des raisons pragmatiques et politiques : les organismes régulés par la SEC (Securities and Exchange Commission), la CFTC (Commodity Futures Trading Commission), les commissions des valeurs immobilières ou les autorités de contrôle des assurances des États, les commerçants et les détaillants, y compris les concessionnaires automobiles, les courtiers immobiliers, les comptables et les fiscalistes, les avocats et les conseillers juridiques, les vendeurs d'avantages sociaux au personnel et autres plans, et les assurances⁵².

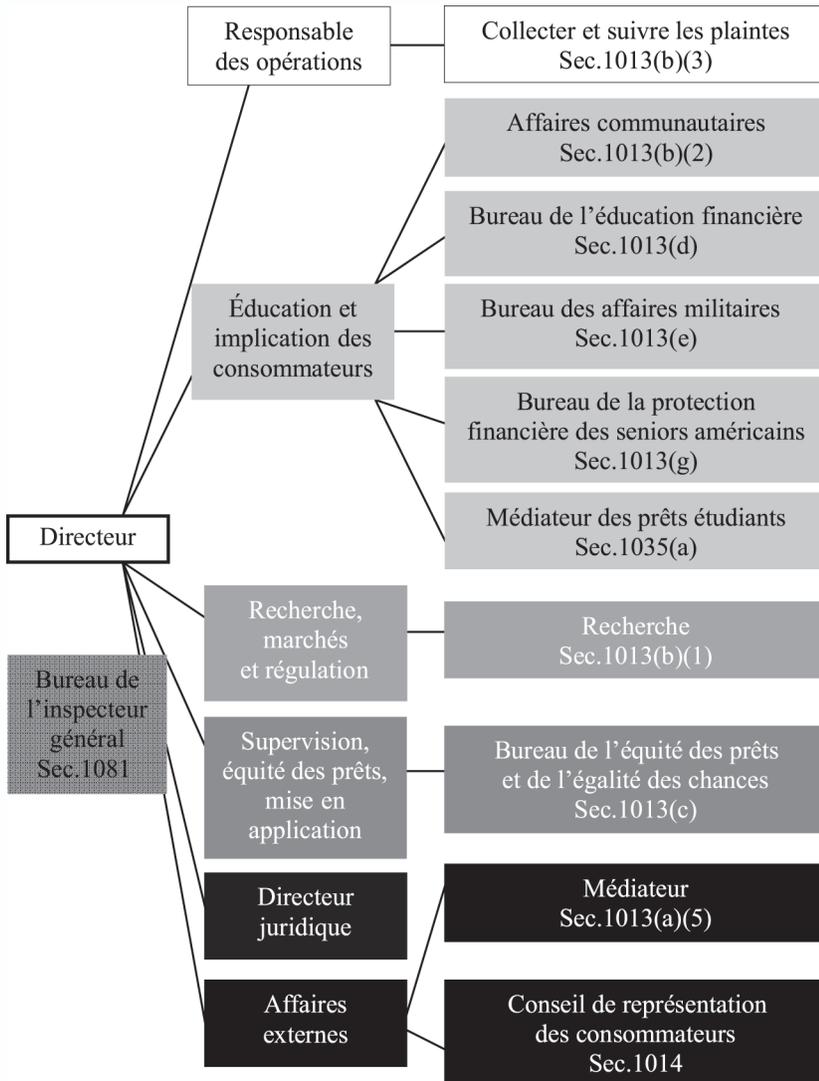
Le CFPB possède donc six divisions :

- engagement et éducation du consommateur ;
- supervision, prêt équitable, mise en application ;
- recherche, marchés et régulation ;
- direction juridique (*general counsel*) ;

- affaires externes ;
- bureau du responsable des opérations.

Sa structure mandatée⁵³ est représentée dans le schéma 1.

Shéma 1
Structure du CFPB



Source : www.consumer.finance.gov/the-bureau/.

QUE FAUT-IL ESPÉRER DU CFPB ?

Le CFPB a ouvert ses portes le 21 juillet 2011, un an après la promulgation du *Dodd-Frank Act*, sans directeur. Dans les jours qui

ont précédé la nomination par le président Obama de Richard Cordray, il était évident que cette nomination ne serait pas prise en compte par le Sénat⁵⁴. Se faisant les porte-parole de réticences sur la structure de gouvernance de la nouvelle agence, quarante-quatre sénateurs républicains ont adressé le 5 mai 2011 au président Obama une lettre dans laquelle ils annonçaient leur décision de bloquer toute nomination si cette structure n'était pas modifiée⁵⁵. Plus spécifiquement, ils demandaient : (1) la mise en place d'un conseil d'administration et non d'un seul directeur, (2) une dotation de moyens financiers annuelle soumise à l'approbation du Congrès et (3) le pouvoir pour les agences bancaires – et non du seul FSOC – d'interdire les règlements du CFPB qui pourraient affecter la sécurité et la solidité d'une institution. Ces changements n'étaient en général pas acceptables par le président Obama et les élus démocrates du Congrès.

Le *Dodd-Frank Act* imposant qu'il ait un directeur pour exercer l'étendue de ses pouvoirs, le CFPB voyait donc son action entravée. Entre autres choses, il était dans l'incapacité de lutter contre les pratiques « abusives » et, peut-être plus inquiétant, il n'était pas à même de superviser les sociétés financières non bancaires, perpétuant ainsi les inégalités de concurrence entre les banques et leurs concurrents non bancaires⁵⁶.

304

Le 4 janvier 2012, ce problème n'étant pas réglé, le président Obama a contourné le processus de ratification par le Congrès et a nommé, en dehors de la session parlementaire, Richard Cordray, premier directeur du CFPB⁵⁷. Immédiatement après sa nomination, Cordray a déclaré que le CFPB pouvait commencer à superviser les sociétés de prêts hypothécaires non bancaires, les sociétés pratiquant des avances sur salaires et les fournisseurs de crédits aux étudiants et qu'il ferait des propositions pour superviser les grandes compagnies financières non bancaires actives dans le recouvrement des créances, l'évaluation des capacités de remboursement des consommateurs, le financement automobile et les services de paiement⁵⁸. Il a également exprimé son soutien aux initiatives prises par le CFPB pour simplifier les informations financières relatives aux conditions des crédits par cartes bancaires, des crédits hypothécaires et des crédits étudiants⁵⁹.

Le long épisode d'impasse politique a retardé les efforts entrepris pour mettre en place un nouveau cadre de protection du consommateur de produits financiers. La controverse juridique autour de la nomination de Cordray a prolongé l'incertitude relative à la capacité du CFPB à exercer les pleins pouvoirs qui lui ont été conférés par le *Dodd-Frank Act*. Du temps sera nécessaire pour que se dessinent les véritables contours du nouveau régime. Le CFPB se conduira-t-il comme un superviseur bancaire, prenant des mesures ponctuelles pour imposer le respect des rè-

gles ? Ou bien fonctionnera-t-il comme la SEC, décourageant les pratiques inappropriées par des actions très médiatisées de mise en application ? Les agences bancaires utiliseront-elles leur autorité résiduelle en matière de protection des consommateurs avec plus de vigilance⁶⁰ ? Ou continueront-elles à se focaliser presque exclusivement sur des questions prudentielles ? Le nouveau régime nuira-t-il au crédit et à l'innovation comme allégué par ses détracteurs ? Ou bien comblera-t-il les espoirs de ses partisans en conduisant à un marché financier plus juste, transparent et compétitif ? Répondre à ces questions prendra du temps et c'est seulement maintenant, avec la nomination de son directeur, qu'il est possible de commencer à le faire.

NOTES

1. Les sondages ont montré que 74 % des électeurs sont en faveur d'une agence unique en charge de la protection des consommateurs de produits financiers américains. Voir, par exemple, le site : www.responsiblelending.org/media-center/press-releases/archives/New-Poll-Demonstrates-Broad-Support-for-Financial-Reform.html.

2. Frank Barney, député, indique : « Nous avons la responsabilité (...) de proposer un ensemble de règles qui permettent au système de libre entreprise de s'épanouir et d'apporter tous les bénéfices possibles tout en réduisant les abus, en protégeant les consommateurs, en rassurant et encourageant les investisseurs et, essentiellement, en nous apportant les bénéfices du fonctionnement du système financier. » *National Press Club*, 27 juillet 2009.

3. 12 USC 5481(6).

4. Témoignage d'Edward Yingling, de l'American Bankers Association, auprès du Senate Banking Committee, le 14 juillet 2009 : « [Le CFPB] nuira à l'innovation et à la concurrence, limitera le choix du consommateur et réduira la disponibilité du crédit. »

5. Lettre des sénateurs républicains au président Obama du 5 mai 2011. Disponible sur le site : <http://helby.senate.gov/public/index.cfm/2011/5/44-u-s-sens-to-obama-no-accountability-no-confirmation>.

6. Lettre des inspecteurs généraux de la Fed et du Trésor à Spencer Bachus, président du House Financial Services Committee, 10 janvier 2011. Voir le site : www.federalreserve.gov/oig/files/Treasury_OIG_Posted_PDF_-_Response_CFPB.pdf.

7. Voir le site : www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/01/04/president-obama-announces-recess-appointments-key-administration-posts.

8. Lettre du sénateur Grassley à Holder, 6 janvier 2012. Voir le site : www.grassley.senate.gov/news/Article.cfm?customel_dataPageID_1502=38462. Voir le site de l'Office of Legal Counsel : www.justice.gov/olc/2012/pro-forma-sessions-opinion.pdf. Voir : note 7.

9. En fonction de sa charte, un établissement de dépôt se trouvait supervisé, concernant sa conformité vis-à-vis des consommateurs, par le FRB, l'Office of the Comptroller of the Currency (OCC), l'Office of Thrift Supervision (OTS), la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) ou la National Credit Union Administration (NCUA) – et, dans certains cas, par des régulateurs également étatiques, comme le New York State Banking Department.

10. Une entreprise privée qui rassemble des informations concernant les historiques de crédit des consommateurs et les vend à des organismes pourvoyeurs de crédits. Ces entreprises sont principalement régies par le *Fair Credit Reporting Act*, 15 USC, p. 1681 et suivantes.

11. Entretien avec Ann Jaedicke (auparavant *Deputy Comptroller for Compliance Policy* à l'OCC et actuellement directrice générale du Promontory Financial Group), 9 août 2011 : « Avant la crise, moins de 10 % du temps de l'OCC était passé sur la protection du consommateur, avec un groupe séparé d'investigateurs bancaires réalisant les expertises sur le sujet. »

12. Rapport du Senate Banking Committee sur le *Restoring American Financial Stability Act*, 30 avril 2011 : « Placer la réglementation et la mise en application de la protection du consommateur au sein des régulateurs chargés de la sûreté et de la sécurité ne mène pas à une meilleure coordination des deux fonctions, comme certains peuvent le prétendre. Comme il l'a été suffisamment démontré, quand ces deux fonctions appartiennent à la même agence, la protection du consommateur ne parvient pas à concentrer l'attention et les moyens qu'elle mérite. Protéger les consommateurs n'est pas la priorité des agences bancaires et ne devrait pas non plus l'être. »

13. Entretien avec Ann Jaedick : « Le challenge dans la conduite simultanée d'une supervision prudentielle et tournée vers la protection du consommateur repose sur les intérêts contradictoires en jeu. Par exemple, les plans de protection contre le découvert sur les comptes chèques, s'appliquant automatiquement, sans consentement du consommateur se révélaient très rentables pour les banques, mais superflus et coûteux pour les consommateurs ; la Fed publia des règles définitives sous la *Regulation E* (12 CFR Part 205), requérant que les institutions financières laissent le choix aux consommateurs d'opter ou non pour cette protection, effectives depuis le 1^{er} juillet 2010. » (Federal Register, vol. 74, n° 220, p. 59033, 17 novembre 2009).

14. À la suite de la crise, de nombreux rapports dénoncent ces décisions comme y ayant contribué. Dans le cas de la faillite de la Washington Mutual Bank, le régulateur mit l'accent sur les profits de court terme plutôt que sur les fondamentaux à long terme : « [Le régulateur] renonça à sa responsabilité d'assurer la sûreté et la sécurité à long terme de la Washington Mutual Bank en concluant que les profits à court terme obtenus par la banque rendaient inutile toute mesure visant à stopper l'émission d'emprunts de mauvaise qualité, les pratiques de titrisation et la prolifération de crédits incertains et risqués. » (US Senate Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, *Wall Street and the Financial Crisis : Anatomy of a Financial Collapse*, 13 avril 2011, p. 164).

15. 15 USC 1639.

16. 15 USC 45(a)(1).

17. 15 USC 57(a). Les barrières procédurales à l'élaboration de règles par la FTC dépassent celles rencontrées par les autres agences dont les processus de réglementation, par voie d'avis et d'observations, sont régis par l'*Administrative Procedures Act* (5 USC 553).

18. Avec seulement soixante-dix employés contrôlant les centaines de sociétés financières, au cours des vingt-cinq dernières années, la FTC n'a mené que vingt-cinq actions en justice contre des émetteurs de prêts hypothécaires, prêteurs sur salaires et recouvreurs de dettes (*Wall Street and the Financial Crisis : Anatomy of a Financial Collapse*, p. 139, note de bas de page 12).

19. Certains des plus importants fournisseurs de crédits *subprimes* – WMC, Ameriquest et Option One – étaient seulement supervisés par des régulateurs d'État.

20. Le marché des *subprimes* gonfla, avec une augmentation des prix des propriétés qui passèrent de 125 Md\$, ou 12 % du marché total d'émission des crédits, en 2000 à 1 000 Md\$, ou 34 % du marché, en 2006. Ces chiffres sont probablement sous-estimés car ils incluent les prêts *subprimes*, Alt-A et à option, mais pas les prêts sur valeur nette immobilière. Voir : Government Accountability Office (GAO), Rapport n° GAO-10-805, *Prêts « non-prime » : analyse de la performance des prêts, facteurs associés au défaut de paiement et sources d'informations*, août 2010. Voir aussi : *Financial Crisis Inquiry Commission on Subprime Origination*, p. 70.

21. Souvent, ces prêts se basaient sur les revenus déclarés par l'emprunteur, sans vérification. Ainsi, même les taux initiaux pouvaient excéder les moyens réels du consommateur.

22. Pratiquement, tous les souscripteurs d'option ARM optèrent pour le paiement minimum (*Wall Street and the Financial Crisis : Anatomy of a Financial Collapse*, p. 59).

23. Ces types de prêts différaient significativement des emprunts *plain-vanilla* les précédant, qui requéraient des apports importants, la vérification des revenus (incluant talons de chèques de paye et déclarations d'impôts) et un score suffisamment haut garantissant la solvabilité. Ces crédits *plain-vanilla* pouvaient présenter un composant variable dans leurs taux, mais requéraient en général des remboursements suffisants à l'amortissement complet.

24. L'OCC a établi la liste des « Pires originateurs de crédits *subprimes* » ; 12 sur les 21 étaient uniquement supervisés par des régulateurs d'État. Voir le site : www.occ.treas.gov/news-issuances/news-releases/2009/nr-occ-2009-112b.pdf. Comme noté plus haut, la FTC possédait l'autorité répressive sur les compagnies de crédit en dehors du système bancaire, mais ne disposait d'aucun droit pour examiner ou superviser ces entités.

25. La Fed prit finalement des mesures sous le *Home Ownership and Equity Protection Act*, 15 USC 1639, en 2009, qui prirent effet en 2010.
26. Les agences publièrent des règles communes de souscription aux prêts hypothécaires non traditionnels en 2006, après deux ans de tractation. Voir le site : www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/2006/SR0615.htm.
27. 12 USC 1639(b).
28. 15 USC 1639(c).
29. *Ibid.*
30. 12 USC 5532(f). Le CFPB effectue des tests auprès des consommateurs pour mettre au point le formulaire. Ces tests devraient garantir qu'il sera compréhensible et facile d'usage. Une amélioration significative des documents concernant les prêts, souvent longs et juridiquement techniques.
31. Voir : *Building the CFPB*, un rapport de progression publié par le CFPB, 18 juillet 2011.
32. Raj Date, directeur intérimaire du CFPB, dans un discours, le 5 octobre 2011, en réponse à la controverse concernant les frais liés à l'usage des cartes de débit : « Cela ne concerne pas uniquement certains frais ou certaines banques. Le problème est que les comptes courants entraînent souvent une variété de coûts inattendus qui peuvent rapidement s'ajouter pour le consommateur. Idéalement, celui-ci devrait avoir un moyen simple d'évaluer les coûts liés à son compte courant. Le CFPB possède la capacité de simplifier la communication des termes liés à ces comptes, une idée que certains groupes de consommateurs et certaines banques ont déjà développée. Rendre les coûts transparents est bénéfique pour les consommateurs et la concurrence. »
33. 12 USC 5511(a).
34. Le *Dodd-Frank Act* définit un produit ou acte abusif comme celui qui (1) interfère matériellement avec la capacité du consommateur à comprendre un terme ou une condition d'un produit ou service qui lui est destiné, ou (2) tire un avantage déraisonnable de (a) un manque de compréhension de la part du consommateur concernant les risques matériels, les coûts ou les conditions du produit ou service, (b) l'incapacité du consommateur de protéger ses intérêts lors de la sélection ou de l'usage d'un produit ou service financier, ou (c) la raisonnable confiance d'un consommateur à laisser une personne autorisée à agir dans son intérêt. 12 USC 5531(d).
35. Cet aspect spécifique a alarmé l'industrie bancaire. Ses acteurs ont souligné le fait que le CFPB pourrait ne pas être sensible ou réactif aux problématiques de sécurité et sûreté et qu'il pourrait aller jusqu'à mener des actions qui mettraient en péril les opérations des banques. Voir, par exemple : le témoignage de Leslie Anderson au nom de l'American Bankers Association, le 6 avril 2011, devant le House Committee on Financial Services.
36. 12 USC 5513. Voir : la discussion ci-après sur le FSOC.
37. Le *Dodd-Frank Act* transfère au CFPB le pouvoir d'éditer les réglementations pour la protection du consommateur de ces agences : FRB, OCC, OTS, FTC, FDIC, NCUA et Department of Housing and Urban Development.
38. Cependant, les banques nationales bénéficient de la préemption fédérale sur certaines lois étatiques. Le *Dodd-Frank Act* modifie ces standards de préemption sous le *National Bank Act*. Voir : 12 USC 25(b) et 12 USC 5551.
39. Dans un communiqué commun avec la NAAG, publié le 11 avril 2011, le CFPB et la NAAG se sont également mis d'accord pour coordonner leurs programmes de formation, « se supporter mutuellement, dans toute la mesure permise par la loi » dans les opérations de mise en application et créer et encourager les technologies pour partager l'information et améliorer la traçabilité des plaintes.
40. 12 USC 5493(b)(3)(B), 5495.
41. L'État doit généralement fournir une notification écrite ou électronique au CFPB dix jours avant de lancer le processus. Il existe des exceptions en cas d'urgence, les États peuvent alors communiquer l'information plus tard. Voir le site : www.federalregister.gov/articles/2011/07/28/2011-19034/state-official-notification-rules.
42. Le texte envoyé par l'administration au Congrès faisait état d'une agence indépendante, tout comme la version du texte HR 4173 qui passa originellement la Chambre des représentants.

43. 12 USC 5492. Le CFPB est similaire, sur ce point, à l'OCC. Ce dernier est un bureau indépendant du département du Trésor. Le *Comptroller of the Currency* (contrôleur de la monnaie) est nommé par le président et soumis à l'approbation du Sénat pour un mandat de cinq ans. Le budget de l'OCC est financé par les banques nationales et les associations d'épargne fédérales.

44. 12 USC 5491(b).

45. 12 USC 5496(a) : les hauts fonctionnaires des agences de régulation passent régulièrement devant le Congrès pour rendre compte de leurs actions et opérations.

46. 12 USC 5513. Le FSOC a été créé par le *Dodd-Frank Act* pour mesurer et gérer les risques pour la stabilité financière. Il est présidé par le secrétaire du Trésor et composé des dirigeants des agences de régulation fédérales, ainsi que d'un expert en assurance indépendant. Les membres non votants sont généralement des représentants des autorités étatiques de régulation. Renverser une règle du CFPB sous cette autorité requiert une pétition de l'un des membres de l'agence, supportée par les deux tiers des membres du FSOC.

47. 5 USC 609(d).

48. La proposition de l'administration, comme reflétée par le projet de loi introduit le 2 décembre 2009, exclut les institutions régulées par la SEC.

49. Le CFPB a publié, le 29 juin 2011, une invitation à soumettre des commentaires concernant la définition des participants non bancaires. Il a l'intention de publier ses règles finales au plus tard le 21 juillet 2012, comme requis par le *Dodd-Frank Act*.

50. Voir le site : www.consumerfinance.gov/wp-content/uploads/2011/06/Larger_Participant_Notice_201115984.pdf.

51. 12 USC 5481.

52. 12 USC 5517, 5519.

53. La taille finale du CFPB n'a pas encore été divulguée, mais elle est estimée comme étant inférieure ou égale à 2 500 employés. Voir le site : www.creditslips.org/files/cfpb-launch-071510.pdf.

54. Cordray était responsable de la mise en application au sein du CFPB, au moment de sa nomination.

55. Lettre des sénateurs républicains au président Obama, 5 mai 2011.

56. D'après les inspecteurs généraux du département du Trésor et du FRB, sans directeur, le CFPB n'est pas en droit : de prohiber les actes ou pratiques injustes, trompeurs ou abusifs liés aux produits et services financiers destinés aux consommateurs ; d'édicter des règles et d'exiger l'utilisation de formulaires de communication pour assurer que les termes d'un service ou produit financier sont communiqués de façon juste, appropriée et efficace à la fois à la souscription et pendant la durée de vie du service ou produit ; de mettre en place des règles demandant la réalisation de rapports à l'attention du CFPB dans le but de déterminer si un organisme autre qu'un établissement de dépôt devrait être supervisé par le CFPB ; de superviser ces institutions non dépositaires. Voir : *Lettre au président Bachus*, House Financial Services Committee, 10 janvier 2011.

57. Il est largement admis que Cordray n'était pas le favori du président Obama pour ce poste. Pendant plusieurs mois après l'adoption du *Dodd-Frank Act*, un certain nombre d'hommes politiques et d'avocats de l'intérêt public ont vigoureusement fait campagne pour la nomination à la tête du CFPB du professeur Elizabeth Warren, à qui revient l'idée de la création d'une agence de protection des consommateurs. Le président Obama l'a nommée spécial assistant et le secrétaire au Trésor Geithner l'a désignée pour prendre cette fonction, mais elle ne fut jamais instituée, car jugée trop controversée pour être confirmée par le Sénat.

58. Voir le site : www.consumerfinance.gov/pressrelease/consumer-financial-protection-bureau-launches-nonbank-supervision-program/.

59. Voir le site : www.washingtonpost.com/business/industries/qanda-director-of-consumer-watchdog-agency-says-clear-disclosures-not-enough/2012/01/19/gIQARKgsBQ_story.html.

60. Par exemple, la FDIC a récemment créé la Division of Depositor and Consumer Protection, encourageant la vigilance vis-à-vis des problématiques liées aux consommateurs au sein des banques possédant moins de 10 Md\$ d'actifs. Voir le site : www.fdic.gov/news/news/press/2010/pr10184.html.