

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE NANTES

ECOLE DOCTORALE N° 599

Droit et Science politique

Spécialité : *Droit privé*

Par

« Agathe BONNIGAL »

« *Compliance et soft law* en matière bancaire et financière »

Thèse présentée et soutenue à Paris, le 5 janvier 2021

Unité de recherche : Institut de recherche en droit privé (IRDP), EA 1166

Rapporteurs avant soutenance :

Juliette Morel-Maroger
Antoine Gaudemet

Professeur des Universités - Université de Bourgogne Franche-Comté
Professeur des Universités - Université Paris 2 Panthéon-Assas

Composition du Jury :

Examineurs :

Thierry Bonneau
Juliette Morel-Maroger
Antoine Gaudemet

Professeur des Universités - Université Paris 2 Panthéon-Assas
Professeur des Universités - Université de Bourgogne Franche-Comté
Professeur des Universités - Université Paris 2 Panthéon-Assas

Dir. de thèse :
Philippe Briand

Professeur des Universités - Université de droit de Nantes

Co-dir. de thèse :
Véronique Bourginaud

Maître de Conférences HDR - Université de droit de Nantes

Titre : *Compliance* et *soft law* en matière bancaire et financière

Mots clés : *Compliance*, *soft law*, réglementation, densification normative

Résumé : Les normes de *soft law*, règles ou principes entendus comme les actes non-contraignants pouvant émaner des autorités publiques comme des acteurs privés, permettent d'appréhender ce qu'on appelle communément le droit souple. Classiquement écartées de la panoplie des sources formelles du droit, les normes de *soft law* sont reléguées le plus souvent au rang de sources nées de la pratique. Cependant, face aux nombreux effets juridiques qu'elles produisent et à la variété de leurs manifestations, on peut raisonnablement penser que les normes de *soft law* dont la *compliance* prend sa source, ont une réelle utilité pour encadrer l'activité bancaire et financière. La pertinence de recourir au *soft law* comme outil de conception de la *compliance* et de régulation du secteur bancaire et financier fera ainsi l'objet de notre réflexion dans une première partie. Après avoir démontré la diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières, nous analyserons le passé de la régulation. Nous nous interrogerons à cet effet, sur l'intégration du *soft law* dans l'ordre juridique interne.

Puis, nous prolongerons notre réflexion en étudiant plus précisément la pratique de la *compliance*, qui dissimule un arsenal normatif complexe et des obligations éthiques visant à prémunir les établissements bancaires et financiers contre tout risque de non-conformité. Dès lors, nous tenterons de mesurer l'efficacité du système normatif de régulation dans la défense d'intérêts privés mais également d'enjeux nationaux et déterminerons les progrès restant à parcourir pour lutter contre ses insuffisances. Pour ce faire, nous nous intéresserons dans une seconde partie à la *compliance* comme expression de la densification normative du *soft law* en matière bancaire et financière.

Title: Compliance and soft law in banking and finance

Keywords: compliance, soft law, regulation, normative densification

Abstract: The soft law norms, rules or principles defined as non-binding acts emanating from public authorities as well as private actors, allow us to understand what is commonly called in French law the *droit souple*. Traditionally excluded from the panoply of formal sources of law, soft law norms are most often relegated to the rank of sources born of practice. However, in view of the numerous legal effects they produce and the variety of their manifestations, it is reasonable to think that the soft law norms from which compliance originates have real usefulness in regulating banking and financing activity. The relevance of using soft law as a tool for designing compliance and regulation in the banking and financial sector will thus be the subject of our reflection in the first part of that thesis. After demonstrating the diversification of sources in the normative framework of banking and financial activities, we will analyze the history of regulation. In this respect, we will examine the integration of soft law into the internal legal system.

We will then extend our reflection by looking more closely at the practice of compliance, which conceals a complex normative arsenal and ethical obligations aimed at protecting banking and financial institutions against any risk of non-compliance. Therefore, we will attempt to measure the effectiveness of the normative system of regulation in defending private interests but also national issues and determine the progress still to be made to combat its shortcomings. To do this, we will focus in the second part of that thesis on compliance as an expression of the normative densification of soft law in banking and finance.

Remerciements

Je remercie Madame Véronique Bourgninaud et Monsieur le Professeur Philippe Briand, pour l'attention et la disponibilité avec lesquelles ils ont dirigé ce travail, ainsi que pour les précieux conseils qu'ils m'ont prodigués tout au long de son élaboration. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma plus sincère reconnaissance.

Je remercie également Madame et Messieurs les Professeurs Juliette Morel-Maroger, Thierry Bonneau, Antoine Gaudemet d'avoir accepté de constituer le jury de soutenance de cette thèse.

Enfin, mes remerciements vont :

À Pierre-Yves sans l'aide et la présence duquel rien n'aurait été possible.

À mes parents, grands-parents, frères et sœurs, pour l'affection dont ils m'ont entourée.

À mes amis et à ma belle-famille, pour leur soutien et leur patience.

Sommaire

Introduction.....	1
Partie I : Le <i>soft law</i>, outil de conception de la <i>compliance</i> et de régulation du secteur bancaire et financier.....	12
Titre I : La diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières.....	13
Chapitre I : La construction doctrinale du <i>soft law</i>	14
Chapitre II : Les manifestations du <i>soft law</i> en matière bancaire et financière : le point d'ancrage de la <i>compliance</i>	42
Titre II : L'intégration des normes de <i>soft law</i> dans l'ordre juridique interne	79
Chapitre I : L'évolution de la régulation du secteur bancaire et financier	81
Chapitre II : La reconnaissance du <i>soft law</i> dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières : la montée en puissance de la <i>compliance</i>	116
Partie II : La <i>compliance</i>, expression de la densification normative du <i>soft law</i> en matière bancaire et financière	179
Titre I : L'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	182
Chapitre I : La <i>compliance</i> , dispositif de modernisation du secteur bancaire et financier	183
Chapitre II : La <i>compliance</i> , dispositif de lutte contre le crime financier à la disposition des établissements bancaires et financiers	215
Titre II : L'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier ..	267
Chapitre I : Le nécessaire renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	269
Chapitre II : L'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	305
Conclusion générale	341

Liste des abréviations et des acronymes

AAI	Autorités administratives indépendantes
ABA	American Bankers Association
ABE	Autorité bancaire européenne
ACP	Autorité de contrôle prudentiel
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
AES	Autorités européennes de surveillance
AFA	Agence française anticorruption
AFB	Association française des banques
AFECEI	Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissements
AFEP	Association française des entreprises privées
<i>AJD</i>	<i>Actualité juridique Dalloz</i>
al.	alinéa
AMAFI	Association française des marchés financiers
AMF	Autorité des marchés financiers
ANR	Autorités nationales de régulation
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
ASF	Association française des sociétés financières
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BaFin	German Federal Financial Supervisory Authority
BC-FT	Blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme
BCE	Banque centrale européenne
<i>BJB</i>	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
C.civ.	Code civil
C.com	Code de commerce
C.monét.fin.	Code monétaire et financier
C.pén.	Code pénal

LISTE DES ABREVIATIONS ET DES ACRONYMES -X

C.proc.civ.	Code de procédure civile
C.proc.pén.	Code de procédure pénale
CA	Cour d'appel
Cass.1re civ.	arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass.ch.mixte	arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Cass.com.	arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass.crim	arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass.soc.	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CBCB	Comité de Bâle sur le contrôle bancaire
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CCSF	Comité consultatif du secteur financier
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEP	Conseil européen des paiements
CERS	Comité européen du risque systémique
CESE	Comité économique et social européen
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COB	Commission des opérations de bourse
COLB	Conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment de et le financement du terrorisme
Comm. (UE)	Commission européenne
Cons. (UE)	Conseil européen
CRF	Cellule de renseignement financier
CRU	Conseil de résolution unique
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i>
D.	décret
Dir. (UE)	directive européenne
Dir. Cons. (UE)	directive du Conseil européen
Dir. Parl. Cons. (UE)	directive du Parlement et du Conseil européens
Doct.	doctrine
DoJ	Department of Justice
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
EBA	Euro Banking Association
éd.	édition

EEE	Espace économique européen
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EPC	European Payments Council
et s.	et suivants(es)
FBE	Fédération bancaire européenne
FBF	Fédération bancaire française
FCA	Financial Conduct Authority
FGDR	Fonds de garantie des dépôts et de résolution
FMI	Fonds monétaire international
FRBG	Federal Reserve Board of Governors
FSB	Financial Stability Board
GAFI	Groupe d'action financière
<i>Gaz .Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
HCSF	Haut Conseil de la stabilité financière
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> , au même endroit
<i>Infra</i>	ci-dessous
Instr.	instruction
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur périodique</i> , édition entreprise
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur périodique</i> , édition générale
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel de la Communauté européenne</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
L.	Loi
LCB-FT	Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme
lég.	législation
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
Obs.	Observation, commentaire doctrinal à la suite de la publication d'une décision de justice
OCDE	Organisation de coopération et de développement
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , cité précédemment
Ord.	Ordonnance
Parl. (UE)	Parlement européen
PRA	Prudential Regulation Authority

préc.	précité
<i>PUAM</i>	<i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires de France</i>
RAN	Radicalisation Awareness Network
<i>RB</i>	<i>Revue Banque</i>
<i>RDAI</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDBF</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
recomm.	recommandation
Règl.	Règlement
Règl. (UE)	Règlement européen
Règl. Parl. Cons. (UE)	Règlement du Parlement et du Conseil européens
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
RGAMF	Règlement général de l'Autorité des marchés financiers
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RISF</i>	<i>Revue internationale des services financiers</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>RJSP</i>	<i>Revue des juristes de Sciences Po</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RMCUE</i>	<i>Revue du marché unique européen</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique et de droit prospectif</i>
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD Com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD Eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	plus haut, précédemment
TRACFIN	Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins
UE	Union européenne
UEM	Union économique et monétaire
v.	voir

Introduction

*Des entreprises américaines soufflent
en France le vent de la compliance¹*

1. Pratique anglo-saxonne traduite le plus souvent par « conformité »², la *compliance* dissimule un arsenal normatif complexe et des obligations éthiques visant à prémunir les établissements bancaires et financiers contre tout risque de non-conformité³. Si étrangère et intrigante soit-elle, comment expliquer le développement en France de ce phénomène ? S'agit-il d'un effet de mode ou doit-on s'attendre à une pratique qui perdure ? Pour répondre à ces interrogations, la *compliance* doit être étudiée en profondeur au même titre que le *soft law*, plus communément appelé le « droit souple »⁴ et entendu ici comme les actes non-contraignants, règles ou principes pouvant émaner des autorités publiques comme des acteurs privés. Ces deux concepts qui sont le résultat d'une expérimentation du droit, ont ceci de

¹ CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, n°4, Janv. 2011, 69, p.149 : « La loi américaine Sarbanes-Oxley du 31 juillet 2002, adoptée en réponse aux scandales financiers (*Enron* notamment), institue en particulier une procédure d'alerte (*whistleblowing*) par laquelle les salariés sont invités à dénoncer des pratiques illicites dont ils auraient connaissance. ».

² Il n'existe pas de traduction littérale du terme « *compliance* », mot d'origine française (complaître) entré dans la langue anglaise (étymologie : « *to comply with* » - respecter, être en conformité) : la traduction française de « conformité » semble, dans ces conditions, s'en rapprocher le plus.

³ Art. 10 p), arrêté ministériel, 3 nov. 2014, relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, *JO* n°0256, 5 nov. 2014, p.18598 : le risque de non-conformité est défini comme « le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, nationales ou européennes directement applicables, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions des dirigeants effectifs prises notamment en application des orientations de l'organe de surveillance ».

⁴ Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, *Rapport quadriennal 2003-2007*, 15 nov. 2007, p.9, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_rapp_terminologie.pdf> : L'expression a été consacrée par la Commission de terminologie et de néologie en matière juridique qui la définit comme une « [n]otion doctrinale relative à des textes ou des dispositions juridiques n'ayant pas par eux-mêmes d'effets contraignants mais susceptibles de contribuer dans certaines conditions à la formation de nouvelles règles juridiquement contraignantes », v. notamment *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009.

commun - outre le fait qu'ils font l'objet de nombreuses critiques - de répondre aux besoins de la pratique et de produire des effets juridiques.

2. Saisissons donc l'occasion de rendre hommage à ces instruments habituellement relégués au second plan car dépourvus de force juridique contraignante mais dotés d'une force normative indéniable⁵. Le *soft law* est décrit comme un droit qui s'énonce sous forme de propositions ou de principes abstraits, et est construit en opposition avec le *hard law* ou « droit dur »⁶ constitué des normes d'origine légale assorties d'une force obligatoire, rendant la frontière entre *soft law* et *hard* très poreuse⁷. L'existence du *soft law* trouve alors son fondement dans l'altération des qualités intrinsèques du droit dur, témoignant d'une dégradation du droit, ou bien, au contraire, d'une véritable mutation de celui-ci, vers la construction d'un droit nouveau et l'hypothèse d'évolution⁸. Cette idée de gradation de la norme juridique permet ainsi de mieux comprendre l'origine du concept de droit souple, qui est d'abord apparu en droit international public pour jouer plus aisément un rôle de régulation des relations internationales⁹. L'absence de caractère obligatoire et sanctionné du droit souple englobe, selon cette définition, un certain nombre d'actes novateurs à l'apparence « non-juridique » et aux noms les plus divers : avis, recommandations, lignes directrices, chartes, codes de conduite etc. Le Conseil d'Etat propose à partir de l'examen des développements concrets du phénomène, une définition du droit souple qui regroupe l'ensemble des instruments qui « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. »¹⁰. L'hommage ainsi rendu pourrait-il conduire à accorder aux différents instruments de *soft law* dont la *compliance* prend sa source, une place de choix dans la régulation des activités bancaires et financières ?

⁵ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p.813-846.

⁶ ABI-SAAB (G.), « Éloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p.60.

⁷ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5e éd., Bruylant, 2020, p.15 : « Ce qui conduit à penser que la distinction de la *soft law* et de la *hard law* peut être mince – la porosité est telle que l'on parle dans certains cas de *soft law* contraignante – et les autorités sont investies d'un pouvoir réglementaire qui ne dit pas son nom. ».

⁸ CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ-Lextenso, 2014, p.22-23 : « On ne saurait trop mettre en relief la phrase sur laquelle s'ouvre la *Grundlegung* : « Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque..., comme en tout temps, ne doit être cherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même » ».

⁹ THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », *RTD Civ.*, 2003, p.599.

¹⁰ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, EDCE, 2013, p.9 en ligne : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>>.

La *compliance* n'est-elle pas un substitut au droit apparemment impuissant à remplir cette fonction ? Il convient à ce sujet de définir ce que l'on entend par régulation.

3. La notion juridique de régulation¹¹ fait souvent l'objet de confusion selon qu'elle est définie au regard du droit français ou comprise dans le sens anglo-saxon du terme. En effet, la traduction française du terme anglo-saxon « *regulation* » désigne dans un sens étroit la « réglementation », telle qu'elle résulte des lois et textes de droit contraignant. À la différence, le concept de « régulation » au sens du droit bancaire et financier français que nous retiendrons dans le cadre de cette étude, se présente dans une acception beaucoup plus large et inclut toutes les normes de droit, qu'elles soient contraignantes ou non-contraignantes¹². Elle doit être comprise de façon étendue désignant aussi bien la réglementation étatique que la supervision des institutions financières. Dans cette configuration, la régulation a précisément pour objectif premier et immédiat de rendre les marchés bancaires et financiers les plus efficaces, sous le couvert évocateur de transparence, d'égalité, d'intégrité et de sécurité des transactions¹³. La particularité du droit de la régulation bancaire et financière réside alors dans son contenu, et dans le rôle déterminant joué par les autorités de supervision dans l'élaboration et le contrôle de ce corpus normatif. A titre d'illustration, il existe une multitude d'acteurs publics – énumérés limitativement ci-dessous – qui créent et utilisent le *soft law* pour permettre la convergence des pratiques de régulation du secteur bancaire et financier. Ainsi, en France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) adossée à la Banque de France qui est le superviseur national banque/assurance¹⁴, a publié presque concomitamment à l'Autorité des marchés

¹¹ FRISON-ROCHE (M-A.), « Le Droit de la régulation », *D.*, Chron., 2001, p.610 : « le droit de la régulation constitue une branche du droit regroupant l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes, comme le droit de la régulation financière [...]. C'est alors le droit qui prend en charge la construction, la surveillance et le maintien de force de ces grands équilibres. » ; FRISON-ROCHE (M-A.), « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, Chron., 2004, p.126 : « la régulation est synonyme d'équilibre entre les pouvoirs et de reconstruction des rapports de force. Le droit peut tout entier jouer ce rôle dans son rapport avec l'économie mais, si l'on recherche une définition à l'intérieur même du système juridique, elle visera l'appareillage juridique qui construit des secteurs économiques sur un équilibre entre la concurrence et d'autres impératifs hétérogènes. » ; TIMSIT (G.), « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, 2004-1, n°109, p. 5-11.

¹² BONNEAU (Th.), « Régulation bancaire et financière et État de droit », *RDBF*, janv.-févr. 2014, Repère 1.

¹³ DABIN (L.), « Commentaire », *RIDE*, 2002/2 (t.XVI), p.561.

¹⁴ ACPR, « Les missions nationales et européennes de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution », Juin 2017, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/11/21/vf_a2020-action_9-valoriser_lacpr.pdf> : « Créée le 9 mars 2010 en application de l'ordonnance du 21 janvier 2010, l'ACP (devenue l'ACPR en 2013) est issue de la fusion des autorités de contrôle des secteurs de la banque et de l'assurance et des autorités d'agrément. La création de cette autorité aux compétences élargies constitue une réponse aux nouveaux enjeux apparus lors de la crise financière de 2008. Elle contribue à la stabilité financière et à la protection des clientèles dans un cadre européen intégré. ».

financiers (AMF)¹⁵, la liste des instruments juridiques non-contraignants¹⁶ qu'elles émettent afin d'encadrer l'exercice de leur activité et/ou de clarifier le sens et la portée de certaines dispositions législatives et réglementaires.

Au niveau européen, l'Eurosystème¹⁷, composé de la Banque centrale européenne (BCE)¹⁸ et des banques centrales nationales, concourt lui-aussi à l'émission de recommandations et avis qui n'ont pas de portée obligatoire pour renforcer la stabilité des prix et l'intégration financière européenne¹⁹. Tout comme les Autorités européennes de surveillance (AES)²⁰ créées en novembre 2010 et dépourvues de pouvoir réglementaire, qui participent à la production de lignes directrices, orientations dans le cadre de la supervision micro-prudentielle qu'elles exercent²¹.

À l'échelon international, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)²² créé en 1974, réunissant les superviseurs de 28 pays ou juridictions, est également un acteur incontournable de l'élaboration du *soft law*. Il travaille à améliorer l'efficacité du contrôle prudentiel et la coopération entre les régulateurs par l'émission de normes, recommandations et bonnes pratiques²³.

¹⁵ AMF, « Missions & Compétences », 21 juin 2017, en ligne : <<https://www.amf-france.org/L-AMF/Missions-et-competences/Presentation> ?> : « Créée par le législateur en 2003, en application de la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, l'AMF édicte les règles s'appliquant aux acteurs et produits de la place financière française et veille au bon fonctionnement des marchés financiers. Elle réglemente, autorise, surveille, contrôle et, lorsque c'est nécessaire, enquête et sanctionne. Elle veille également à la bonne information des investisseurs et les accompagne, en cas de besoin, grâce à son dispositif de médiation. ».

¹⁶ AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers*, Autorité des Marchés Financiers, 17 juill. 2014, en ligne :

<<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Principes%20de%20doctrine.pdf>>; ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juill. 2011, modifiée en Juin 2017, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/09/13/2017-politique-de-transparence-de-l-acpr.pdf>>.

¹⁷ Eurosystème, « Les missions de l'Eurosystème », 2019, en ligne :

<<https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/eurosystem-mission/html/index.fr.html>>.

¹⁸ BCE, « La mission de la BCE », 2019, en ligne : <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/ecb-mission/html/index.fr.html>> : « La Banque centrale européenne est chargée de la surveillance prudentielle des établissements de crédit établis dans la zone euro et les États membres participants n'appartenant pas à la zone euro, au sein du mécanisme de surveillance unique, qui comprend également les autorités compétentes nationales. Elle contribue ainsi à la sauvegarde et à la solidité du système bancaire et à la stabilité du système financier, au sein de l'Union européenne et de chaque État membre participant. ».

¹⁹ DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGER (J.), *Droit Bancaire*, 2^e éd., Revue Banque, 2014, p.45.

²⁰ ACPR, « Système européen de supervision financière », 19 mars 2019, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/europe-et-international/cooperation-et-aspects-transversaux/systeme-europeen-de-supervision-financiere>>.

²¹ VABRES (R.), « L'articulation des autorités européennes de surveillance et des régulateurs nationaux - Présentation générale », *BJB*, n°12, 2015, p.584.

²² ACPR, « Comité de Bâle », 9 mai 2019, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/europe-et-international/banques/instances/comite-de-bale>>.

²³ Art. 12, CBCB, *Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Janv. 2013, en ligne : <http://www.bis.org/bcb/bis/charter_fr.pdf>.

4. Du côté de la sphère privée, on observe le même phénomène. De toutes parts, se multiplient les instruments juridiques non-contraignants²⁴. Les associations professionnelles du secteur bancaire et financier n'hésitent plus à se servir de différents supports juridiques pour créer leurs sources privées. La Fédération bancaire française (FBF) élabore depuis plusieurs années des normes et bons usages professionnels qu'elle applique à la profession bancaire²⁵. Dans le même sens, les professionnels régulés – volontairement restreints dans cette étude aux seuls établissements de crédit et entreprises d'investissements – accordent une place grandissante à d'autres formes de régulation²⁶ par le biais de l'« autorégulation » et de la « corégulation ». Ces mécanismes de régulation qui découlent tout droit d'une culture utilitariste anglo-saxonne s'inscrivent dans une logique de dépassement du droit et se traduisent par le recours à de nombreux instruments de *soft law*. Si l'autorégulation se résume à la capacité d'un système à se réguler lui-même, la corégulation se conçoit à l'inverse à l'aune des pouvoirs publics, l'action de régulation étant partagée entre les acteurs publics et privés du secteur. Sous l'impulsion des pratiques anglo-saxonnes, les entreprises se réfèrent à d'autres systèmes de valeurs que ceux institués par le législateur. Les programmes de conformité, codes de conduite, chartes éthiques et autres standards de marchés se multiplient pour faire face à de nouveaux risques liés aux pratiques opérationnelles. A cet égard, le développement du *soft law* dans la sphère privée est à l'origine de la *compliance*.

5. Bien que la *compliance* fasse aujourd'hui beaucoup parler d'elle, seuls quelques rares auteurs se risquent à la définir dans leurs contributions et ouvrages²⁷. Souvent présentée de manière négative comme un ensemble lourd, coûteux et vide de sens, « l'obligation de se conformer aux exigences découlant des normes juridiques apparaît évidente dans un Etat de droit »²⁸. Il semble alors opportun dans cette étude d'interroger les professionnels de la *compliance* pour savoir ce qu'ils en pensent. Le Cercle de la Compliance²⁹ qui a pour mission

²⁴ v. notamment, DEUMIER (P.), « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Hommage au professeur Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p.350 ; OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p.509.

²⁵ FBF, *Normes et préconisations professionnelles*, Fédération Bancaire Française, 1^{er} juill. 2015, en ligne :

<<http://www.fbf.fr/fr/la-federation-bancaire-francaise/normes-et-preconisations-professionnelles/normes-et-preconisations-professionnelles>>.

²⁶ MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, n°2, vol. 43, Juin 2002, p.143 ; CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p.675.

²⁷ v. notamment, FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le Droit de la compliance », *D.*, Chron., 29 sept. 2016, n°32 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, 2017 ; GAUDEMET (A.), *La Compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon-Assas, 2016 ; BOURSIER (M.-E.), « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », *D.* n°25, 9 juill. 2020, p.1420.

²⁸ LENAERTS (K.), « Le juge de l'Union européenne dans une Europe de la compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.1.

²⁹ Le Cercle de la Compliance, « A propos », en ligne :

de faire connaître la *compliance* en France, réunissant des professionnels de tous horizons, la conçoit comme : « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflés par les dirigeants »³⁰. Cet outil de management du risque est ensuite retranscrit dans un programme de conformité constitué d'un ensemble de mesures et de moyens concrets mis au service des valeurs de l'entreprise et placé sous la responsabilité de la direction de la conformité, constituée de *compliance officers*³¹. La notion de « conformité » est donc à distinguer de celle de « légalité », car ce qui relève du légal n'est pas forcément conforme³². Si la direction juridique a la charge de définir les conditions légales dans lesquelles l'établissement bancaire et financier a la faculté d'agir, la direction de la conformité, quant à elle, décide dans ce cadre légal préalablement défini quelles seront les directions à donner au programme de conformité et les développements à entreprendre. Elle constitue dans ce sens, « une méthodologie qui permet de transformer des valeurs éthiques, des principes d'intégrité et une volonté de bien faire, en règles explicites, en actions de prévention tangibles et en résultats »³³. La *compliance* concerne toutes les branches du droit de l'entreprise et réside dans l'introduction au sein des établissements bancaires et financiers de techniques et de procédures préventives pour diminuer le risque d'infraction aux règles³⁴.

6. La *compliance* se différencie de la notion de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) qui se définit aujourd'hui comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »³⁵. L'introduction en France de la loi « PACTE » promulguée le 22 mai 2019³⁶ amplifie le mouvement de la RSE avec la consécration récente dans le Code

<<https://www.lecercladelacompliance.com/association/>> : « Le Cercle de la Compliance est une association créée en 2011. Elle réunit des professionnels de la compliance de tous horizons, en interne (compliance officers, juristes, responsables de l'audit, du contrôle interne, de la supply chain, des achats, des ressources humaines) et en externe (cabinets d'avocats, consultants et les CompTech qui sont les prestataires de services compliance) ».

³⁰ COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H.-B.), ROQUILLY (C.), *Risque juridique et Conformité. Manager la compliance*, Lamy Conformité, 2011, p.22.

³¹ CHACORNAC (H.), « La mise en œuvre de dispositifs préventifs chez Siemens » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.223.

³² LEVY-GARBOUA (V.), « La Compliance au-delà des sentiers bancaires », Dossier Sciences-Po Executive Education, 2018, en ligne :

<<https://www.sciencespo.fr/executive-education/la-compliance-au-dela-des-sentiers-bancaires>>.

³³ DELHAYE (C.), « La compliance, plus d'une défense de l'éthique à la compliance », *le journal du management juridique et réglementaire*, n°69, mars-avr. 2019, p.63.

³⁴ GAUDEMET (A.), « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire*, vol. numéro 165, no.I, 2019, p.110 : « La *compliance* fait voir autre chose. Ce qui lui importe est moins de savoir si les entreprises enfreignent les règles qui s'appliquent à elles que de savoir si elles mettent en œuvre, en leur sein un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles. ».

³⁵ Comm. (UE), *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Commission Européenne, COM(2011) 681 final/2, 7 nov. 2012, p.4 en ligne :

<<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/FR/1-2011-681-FR-F2-1.Pdf>>.

³⁶ Loi n°2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO n°0119, 23 mai 2019, texte n°2.

civil de l'obligation pour toute société d'être gérée « dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »³⁷. Par essence, la RSE est non obligatoire et volontaire³⁸, elle procède d'une démarche incitative auprès des entreprises pour aller au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement³⁹. Ainsi appréhendée, elle est l'expression même du *soft law*. La *compliance* se distingue de la RSE car elle ne constitue pas des actions mises en place par l'entreprise pour aller au-delà de la loi. Au contraire, elle consiste en une « internalisation », par l'entreprise et dans l'entreprise, de systèmes de conformité (cartographie des risques, procédures, vigilance, alerte) qui conduisent *in fine* les opérateurs économiques à assister les Etats dans la réalisation de leurs missions »⁴⁰. Il apparaît délicat de dater la conformité au sein des établissements de crédit et entreprises d'investissement qui a la particularité d'être une fonction en pleine évolution.

7. La *compliance* est apparue dans les textes à la fin du XX^{ème} siècle⁴¹. Pour preuve, la fonction de responsable du contrôle de la conformité telle que définie actuellement au sein des banques⁴² est le fruit d'un lent processus de création. Ce dernier a d'abord vu le jour dans le secteur financier au sein du Règlement général de l'AMF qui impose de désigner, au sein de chaque prestataire de services d'investissement, un Responsable de la conformité des services d'investissement (RCSI)⁴³. Ce n'est que quelques années plus tard, avec la modification du Règlement n°97-02 par un arrêté ministériel du 17 juin 2005, que la fonction a été étendue au secteur bancaire⁴⁴.

Au sein de l'UE, la *compliance* a mis du temps avant d'émerger timidement dans les textes⁴⁵. En matière bancaire tout d'abord, la directive du 14 juin 2006 marque un tournant pour les établissements de crédit qui doivent désormais se doter d'un dispositif solide de gouvernance d'entreprise comprenant des procédures efficaces de détection, de suivi et de déclaration des

³⁷ C.civ. art. 1833.

³⁸ Comm. (UE), *Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Commission Européenne, COM(2001) 366 final, 18 juill. 2001, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366>.

³⁹ Comm. (UE), *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, *op.cit.*, p.4.

⁴⁰ BOURSIER (M-E), *op.cit.*, p.1419.

⁴¹ CORDIER (B.), « La *Compliance*, une fonction en pleine évolution », *Analyse financière* n°58, *Le Cercle de la Compliance*, Janv.-Févr.-Mars 2016, p.80.

⁴² Art. 28 à 42, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°0256, préc.

⁴³ Art. 2-4-1, Régl. gén. AMF tel que modifié par l'arrêté ministériel du 2 mai 2002 portant homologation de modifications du règlement général du Conseil des Marchés Financiers, JO n°105, 5 mai 2002, p.8612.

⁴⁴ Arrêté ministériel, 17 juin 2005 relatif au cantonnement des fonds de la clientèle des entreprises d'investissement, modifiant le Règl. n°97-02, 21 févr. 1997 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, JO n°147, 25 juin 2005, p.105.

⁴⁵ BONNEAU (Th.), « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.81.

risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, mais également un dispositif adéquat de contrôle interne⁴⁶. Puis la directive dite « CRD IV » du 26 juin 2013 vient préciser le rôle des organes de direction pour assurer la supervision et le suivi des effectifs des décisions prises en matière de gestion, et prévoit également le dispositif de signalement des infractions aux autorités compétentes⁴⁷. Pour ce qui relève ensuite de la matière financière, la directive « MIF I » du 21 avril 2004 représente une étape importante prévoyant que « toute entreprise d'investissement met en place des politiques et procédures permettant de garantir qu'elle-même ainsi que ses directeurs, ses salariés et ses agents liés respectent les obligations fixées dans la présente directive »⁴⁸. Ces dispositions vont être reprises dans la directive « MIF II » du 15 mai 2014 qui vient développer la directive « MIF I » et imposer des règles de conduite⁴⁹. Au niveau international, le CBCB a publié dès 2003, un document consultatif relatif à la fonction de conformité dans les banques, remplacé en avril 2005 par la version finale intitulée *Compliance and the compliance function in bank*⁵⁰, qui énonce des principes de haut niveau sur la gestion du risque de non-conformité dans les banques. Dans le cadre du suivi de la publication de ce document, le Comité a demandé à son groupe de travail sur la comptabilité d'évaluer dans quelle mesure les principes de conformité ont été mis en œuvre, ainsi que d'examiner les récents incidents et défis liés à la conformité auxquels l'industrie est confrontée⁵¹.

8. De ce constat de la présence voire de l'omniprésence du *soft law* et de la *compliance* dans le système juridique actuel, il faut tirer un enseignement. La *compliance* participe à l'essor du *soft law* et constitue au même titre que lui, un outil de direction des conduites humaines. On les dit dépourvues de force contraignante mais ces deux notions ont vocation à produire l'une comme l'autre des effets juridiques et participent donc à l'élaboration du droit. La production de

⁴⁶ Art. 74, §1^{er}, Dir. Parl. Cons. (UE) n°2006/48, 14 juin 2006 transposé au sein de l'article concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), JOUE n° L177, 30 juin 2006. v. C.monét.fin. art. L.511-55 créé par l'Ord. n°2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière.

⁴⁷ Art. 91 & 71, Dir. Parl. Cons. (UE) n°2013/36, 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JOUE n°L176, 27 juin 2013. v. C.monét.fin. art. L.511-33 II créé par l'Ord. n°2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JO, 21 févr. 2014, p.3022.

⁴⁸ Art. 13, §2, Dir. Parl. Cons. (UE) n°2004/39, 21 avr. 2004 concernant les marchés d'instruments financiers modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JOUE n°L145, 30 juin 2004. v. art. 313-2 Régl. général de l'AMF dans sa version applicable le 2 janv. 2018.

⁴⁹ Art. 24, Dir. Parl. Cons. (UE) n°2014/65, 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte), JOUE n°L173/349, 12 juin 2014. v. C.monét.fin. art. L.533-1 créé par l'Ord. n°2207-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

⁵⁰ CBCB, *Compliance and the compliance function in banks*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Avr. 2005, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>>.

⁵¹ *Ibidem*. Le Comité va publier un résumé de cette évaluation basé sur une enquête à laquelle vingt et une juridictions ont participé

ces normes est encouragée par les pouvoirs publics et elles envahissent le paysage bancaire et financier. Agissant dans un espace laissé vacant à la manière d'outils pratiques, on peut s'interroger sur leurs interactions et les influences réciproques qu'elles entretiennent. Le développement croissant du *soft law* est sans nul doute à l'origine de la création des programmes *compliance* au sein des établissements bancaires et financiers, contraints d'internaliser plus rapidement cette charge normative. A l'inverse, le renforcement de la fonction *compliance* au sein des professionnels régulés ouvre la voie du *soft law*, permettant une régulation plus importante du secteur bancaire et financier ainsi qu'une meilleure compréhension de la loi et de la réglementation dans l'entreprise. Ainsi appréhendée la *compliance* aurait une vertu pédagogique et jouerait le rôle de diffuseur du droit.

9. En ce qui concerne le secteur bancaire et financier, il convient ici de souligner que cette étude privilégiera une approche transversale en ne faisant pas systématiquement la différence entre la matière bancaire et la matière financière, alors qu'elles désignent chacune des services distincts. Les établissements de crédit qui fournissent des services bancaires, peuvent obtenir des dépôts de clients tandis que les entreprises d'investissement qui constituent des institutions financières non-bancaires, proposent une gamme de services financiers tels que la gestion d'actifs. Cependant, la distinction entre banque et finance apparaît de plus en plus floue, nombre d'établissements et grands groupes bancaires offrant désormais des services financiers à leurs clients sur le modèle de la banque universelle. La rencontre du système bancaire et du système financier illustrée par l'intervention des banques sur les marchés financiers est une réalité qui invite à ne pas considérer au cours de cette étude, une approche purement sectorielle.

Le champ de recherche relatif à la *compliance* et au *soft law* sera également restreint à l'analyse de la seule matière bancaire et financière, excluant volontairement les références à d'autres branches de droits tels que le droit de la concurrence par exemple. Le droit des sociétés ne sera dans ce sens que très peu évoqué pour aborder succinctement les pratiques de gouvernement d'entreprise et autres codes de gouvernance des sociétés cotées. Les établissements bancaires et financiers ne sont pas des entreprises comme les autres. En tant que professionnels régulés, ils nécessitent une surveillance prudentielle de leurs activités par les autorités de régulation et un corpus de règles plus strictes que celles prévues en droit des sociétés.

10. Le domaine bancaire et financier constitue un formidable laboratoire pour observer l'émergence du *soft law* et des initiatives de conformité, une large part des techniques bancaires résultant de la pratique, avec au centre du dispositif l'action des régulateurs. Face à la diversification des sources dans l'encadrement normatif des acteurs du secteur, cette étude débutera par l'analyse doctrinale des contours et effets juridiques du *soft law*. Il conviendra ensuite d'établir une photographie à l'échelle française et européenne des différents

instruments juridiques non-contraignants utilisés en matière bancaire et financière selon l'origine du *soft law* et la qualité de son auteur. Les praticiens concourent au même titre que les autorités de régulation à l'élaboration de la norme faisant de la *compliance* l'une des manifestations du *soft law*.

Cette réflexion sera prolongée avec l'analyse du passé de la régulation, fortement marqué par la crise des *subprimes* et la construction *a posteriori* d'une nouvelle régulation bancaire et financière. À cet effet, l'architecture nationale et européenne de supervision bancaire et financière sera étudiée en profondeur afin d'appréhender les mécanismes et enjeux du dialogue existant entre les acteurs du secteur quant aux implications de l'utilisation du *soft law*. La confrontation entre le *soft law* et le *hard law* donnera également lieu à plusieurs développements pour attester de la reconnaissance du *soft law* dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières. Dans ce sens, ce travail de recherche insistera sur la portée de l'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne et son incidence sur les acteurs privés du secteur qui se traduit par la montée en puissance de la *compliance*. L'objectif de cette première partie sera alors de tenter de comprendre comment se met en place un système juridique complexe au sein duquel les sources traditionnelles n'ont plus l'exclusivité. Il s'agira ensuite de déterminer comment - à côté des sources de droit incontesté répertoriées - peuvent se développer de nouvelles normes de comportement et comment les deux s'articulent entre elles et coexistent. Les évolutions législatives et le caractère désormais contraignant de certaines règles de gouvernement d'entreprise à titre d'illustration, ne peuvent laisser indifférent⁵². Une appréciation critique sera donc menée tout au long de cette première partie quant à la pertinence de recourir aux différents instruments de *soft law* dont la *compliance* fait partie intégrante, pour prolonger la régulation du secteur bancaire et financier.

11. La seconde partie de cette étude sera consacrée à la structuration progressive de la *compliance*, et à sa participation à l'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier. À cet effet, il conviendra de déterminer dans quelle mesure l'invention de la « *compliance* à la française » – insufflée par les grandes multinationales américaines – peut représenter un vecteur de performance pour les banques et une source d'avantages concurrentiels, au cœur de la modernisation du secteur bancaire et financier. Plus largement, ce travail de recherche abordera une autre facette de la conformité, comme l'expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité⁵³. La contribution des établissements bancaires et financiers dans la défense d'intérêts nationaux sera étudiée, et plus précisément leur participation active à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT).

⁵² LECOURT (B.), « Le gouvernement d'entreprise dans les banques : lorsque le droit des sociétés doit s'adapter au droit bancaire (transposition de la directive "CRD 4") », *Rev. Soc.*, n°5, Mai 2014, p.335.

⁵³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le Droit de la compliance », *D., Chron.*, 29 sept. 2016, n°32.

De plus, un pan important de cette réflexion sera consacré au nécessaire renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier, dont la force et la crédibilité ne pourront être garanties que grâce à l'action législative. L'hypothèse d'un futur encadrement législatif des normes de *soft law* et initiatives de conformité sera évoquée vers le déploiement tangible d'un socle commun de conformité et d'une Europe de la *compliance*.

Enfin, l'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier sera envisagé à l'aune des nouveaux défis auxquels sont confrontées les équipes de *compliance officers*, à l'image du *Brexit* ou encore de la transformation digitale. La réflexion mènera donc à un jugement de valeur, celui consistant à déterminer quelles seront les perspectives d'évolution des mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur. Cette réflexion conduira inévitablement à s'interroger sur le point de savoir si la *compliance* constitue réellement un investissement pour l'avenir des établissements bancaires et financiers. C'est ainsi une question plus globale relative à la cohérence du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier qui est posée dans cette seconde partie.

12. Pour relever ce défi jusqu'alors inexploré et susceptible de nombreux angles d'approche, nous avons concentré notre attention autour des questions centrales suivantes : le *soft law* et la *compliance* participent-ils au processus de création et de renforcement de la normativité en matière bancaire et financière ? Constituent-ils des outils aptes à mieux saisir et appréhender les mutations de la régulation bancaire et financière ? Que révèlent-ils de notre société ? Aussi, ce n'est qu'à la condition de décrire l'état du *soft law* - dont les manifestations émanant des autorités publiques ne doivent pas être confondues avec celles provenant des professionnels régulés -, puis d'en analyser l'action, qu'il sera possible de rendre compte du phénomène de la *compliance*. Ce n'est donc qu'après avoir étudié le *soft law* comme outil de conception de la *compliance* et de régulation du secteur bancaire et financier (Partie I) qu'il conviendra d'évoquer la *compliance*, expression de la densification normative du *soft law* (Partie II).

Partie I : Le *soft law*, outil de conception de la *compliance* et de régulation du secteur bancaire et financier

Partie II : La *compliance*, expression de la densification normative du *soft law* en matière bancaire et financière

Partie I : Le *soft law*, outil de conception de la *compliance* et de régulation du secteur bancaire et financier

13. L'objet de cette première partie est d'analyser la pertinence de l'utilisation protéiforme en matière bancaire et financière des actes de *soft law*, qui se multiplient dans le paysage normatif français. Les autorités administratives indépendantes (AAI) utilisent le droit souple sous différentes formes (recommandations, de lignes directrices, etc.) dans le cadre de leur rôle de régulation. La vie des entreprises accueille aussi le droit souple sous la forme de charte éthique, code de conduite ou encore de programme de conformité ou *compliance program*.

14. Nous chercherons dans un premier temps à déterminer les caractéristiques qui permettent au *soft law* de s'élever au rang de véritable norme juridique à travers une conception graduelle de la force juridique et l'analyse de ses effets juridiques. Nous identifierons ainsi un modèle de classification des actes de *soft law* pour justifier de la diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières (Titre I)

15. Dans un second temps, nous analyserons la place occupée par les instruments de droit non-contraignants aux côtés des actes de droit dur, normes d'origine légale assorties d'une force obligatoire et nous envisagerons leur légitimité à réguler les établissements de crédit et entreprises d'investissement. Nous retracerons à cet effet, le passé de la régulation et les évolutions de la réglementation en matière bancaire et financière à l'échelon national et européen, pour apprécier l'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne (Titre II).

Titre I : La diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières

Titre II : L'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne

Titre I : La diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières

16. Les normes de *soft law*, à l'instar de la *compliance* participent depuis plusieurs années au renouvellement des instruments juridiques utilisés en matière bancaire et financière.

17. Si les enjeux pratiques liés à leur souplesse intrinsèque justifient le développement constant de leur utilisation en droit bancaire et financier, les actes de *soft law* peinent néanmoins à être reconnus comme de véritables sources dans l'encadrement normatif des banques. Leur rejet par la doctrine traditionnaliste peut surprendre, alors que ces normes de droit non-contraignant ont toutes les qualités pour s'adapter plus rapidement que les normes classiques aux évolutions de la pratique. Le chemin à parcourir pour faire prévaloir leur existence en tant que source du droit bancaire et financier mérite d'être étudié en profondeur, en ce qu'elles constituent un renouveau dans l'approche doctrinale classiquement adoptée. Aussi, nous étudierons dans un premier chapitre les différentes étapes de la construction doctrinale qui permettent de reconnaître le statut de norme juridique des actes de *soft law*, (Chapitre I).

18. Ensuite, dans un second chapitre, nous délimiterons les frontières du *soft law* en matière bancaire et financière dont le contenu, très disparate, s'apparente souvent à un indéfinissable fourre-tout. Pour ce faire, une analyse sémantique de la notion de *soft law* sera effectuée, et une architecture des instruments de droit souple utilisés aussi bien par les autorités de régulation à l'échelon national, européen et international que par les professionnels régulés et autres organisations professionnelles, sera élaborée. Un ordonnancement juridique sera alors proposé afin d'énumérer les différentes manifestations du *soft law* en matière bancaire et financière, dont la *compliance* fait partie intégrante (Chapitre II).

Chapitre I : La construction doctrinale du *soft law*

Chapitre II : Les manifestations du *soft law* en matière bancaire et financière : le point d'ancrage de la *compliance*

Chapitre I : La construction doctrinale du *soft law*

19. Certains auteurs anglo-saxons désignent le *soft law* par l'expression « *umbrella concept* »⁵⁴, soit le concept du parapluie, à même de contenir tous les phénomènes qui ressemblent à « quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique »⁵⁵. Dans ce cadre, la notion de *soft law* ne peut se comprendre que par rapport à une certaine théorie du droit, partagée par une partie de la doctrine qui va jusqu'à considérer que le *soft law* n'a théoriquement aucun sens, s'apparentant à « une parfaite absurdité »⁵⁶.

20. Même s'il est difficile de concevoir pour la doctrine majoritaire que le droit souple puisse faire l'objet d'une reconnaissance croissante à travers l'affirmation d'une mutation de la norme, plusieurs contributions permettent désormais d'ouvrir la voie⁵⁷. Le rapport annuel du Conseil d'Etat réalisé sur le droit souple y contribue grandement officialisant l'existence d'une normativité graduée⁵⁸. En effet, depuis de nombreuses années, la construction du *soft law* alimente le débat doctrinal à travers le refus de l'attribution du statut de source du droit au *soft law* (Section I). Si l'approche doctrinale de la normativité juridique n'en finit pas de se renouveler, la reconnaissance du statut de norme juridique des actes de *soft law* est un long chemin (Section II).

Section I : Le refus de l'attribution du statut de source du droit au *soft law*

Section II : La reconnaissance du statut de norme juridique des actes de *soft law*

⁵⁴ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004, p.236.

⁵⁵ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p.72.

⁵⁶ KLABBERS (J.), « The Redundancy of soft law », *Nordic Journal of International Law*, 1996, n°65, p.167 : « Half rights and obligations, which seem so natural in common life are, when it comes to applying the law, nothing else but perfect absurdities ».

⁵⁷ CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ-Lextenso, 2014, p.47 : « le jeune spécialiste qui cultive une branche nouvelle de la science, est porté à souhaiter donc à prédire une expansion illimitée du droit » ; THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », *op.cit.*, p.599 ;

⁵⁸ Conseil d'Etat, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, *op.cit.*, p.9

Section I : Le refus de l'attribution du statut de source du droit au *soft law*

21. La reconnaissance du statut de norme juridique des actes de *soft law* a été très disputée en doctrine, prenant la forme d'une lutte contre un certain fondamentalisme juridique (§1) et nécessitant le renouveau de l'approche doctrinale de la normativité du *soft law* (§2).

*§1 La remise en cause par la doctrine traditionnaliste du statut de source du droit au *soft law**

22. La construction doctrinale du *soft law* a fait l'objet d'une longue période de gestation, certains phénomènes ne correspondant pas à la théorie des sources du droit telle qu'elle a traditionnellement pu être identifiée (A.). On peut, dès lors, être surpris de l'accueil réservé au *soft law* parmi les sources nées de la pratique (B.).

A. La doctrine traditionnaliste de la suprématie de la loi

23. La suprématie de la loi présente dans la doctrine traditionnaliste du XIX^{ème} siècle (1&2.), perdure au XX^{ème} siècle (3.) et se propage encore au XXI^{ème} siècle (4.). Les grands penseurs ont été imprégnés par la philosophie grecque qui fait de la loi une source inspirée par les dieux.

1. La doctrine au XIX^{ème} siècle : le siècle des Lumières

24. La doctrine traditionnaliste de la suprématie de la loi s'est formée à l'aube des Lumières, où la passion de légiférer et la passion des lois⁵⁹ prédomine. Sous le règne de Louis XIV, on observe un foisonnement de littérature qui voit dans la loi l'expression de la volonté générale. Le philosophe et écrivain des Lumières Montesquieu consacra des volumes et du génie à *l'Esprit des Lois*, faisant de la loi un instrument privilégié de l'action politique⁶⁰. La thèse la plus célèbre de Montesquieu reste celle de la séparation des pouvoirs où le pouvoir législatif doit être séparé des pouvoirs exécutif et judiciaire pour ne pas craindre de la tyrannie. Le philosophe politique Jean-Jacques Rousseau a également grandement contribué à entretenir le culte de la loi. La passion législative est au cœur du *Contrat social* et décrite dans le chapitre du « Législateur » comme « une fonction particulière et supérieure qui n'a rien de commun avec l'empire humain », le recours au législateur étant utopique : « Il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes »⁶¹. L'aventure de *L'Encyclopédie* des philosophes Denis Diderot et Jean Le Rond d'Alembert participe encore de cet exclusivisme⁶² de la loi dans la doctrine au XIX^{ème} siècle : elle seule peut offrir aux hommes la liberté et la réforme des

⁵⁹ CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, Defrénois, 1995, p.123.

⁶⁰ PONS (A.), « Amour des lois et amour de la liberté chez Montesquieu », in *L'amour des lois*, (dir.) BOULAD-AYOUB (J.), MELKEVIK (B.), ROBERT (P.), Presses de l'Université de Laval-L'Harmattan, 1996, p.187.

⁶¹ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, L.II, Chap. VII., La Pléiade, Gallimard, 1766, p.312.

⁶² GERRY-VERNIERES (S.), *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non-contraignantes*, Economica, 2012, p.34 [Doctorat : Droit privé : Paris II, 2010].

mœurs. On peut lire des déclarations de principe dans *L'Encyclopédie* : « Chez un peuple où règne l'esprit de communauté, chaque homme devient (...) l'ami et non l'esclave des lois »⁶³.

25. Puis, sous la diversité des périodes et des ouvrages, la passion des lois s'intensifie et la pensée politique des Lumières précipite le mouvement de contestation politique jusqu'à la Révolution. Pour adapter le système juridique aux changements de la société, l'opinion publique réclame un droit unifié, clarifié et codifié pour mettre fin aux abus de la coutume : par la loi, la volonté humaine est capable de rationaliser le droit et le droit est capable de transformer les mœurs⁶⁴. De cette ferveur découle les premières rédactions du Code Napoléon où la loi simple et brève⁶⁵, censée avoir tout prévu, abroge expressément tout le droit antérieur. Ainsi, l'article 7 de la loi du 30 pluviôse an XII prévoit qu'« à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ».

26. Négligeant la coutume, la doctrine au XIX^{ème} siècle trouve son inspiration auprès des philosophes des Lumières, et affirme son inclination pour les lois. Cette passion législative se poursuit également dans la pensée du Professeur Julien Bonnecase, fervent défenseur de l'« École de l'Exégèse » (2.).

2. L'École de l'Exégèse : la pensée du Professeur Julien Bonnecase

27. Les travaux du Professeur Julien Bonnecase ont permis de retracer l'histoire de la science juridique contemporaine à travers l'analyse de tout un siècle de doctrine, de méthodes et de conceptions du droit⁶⁶. En effet, l'histoire de la doctrine privatiste contemporaine décrite dans son ouvrage offre une lecture simple et séduisante qui repose sur l'existence de deux courants de pensée. L'« École de l'Exégèse »⁶⁷, un courant conservateur, entièrement consacré à l'interprétation exégétique des divers codes, dont le Professeur Julien Bonnecase promeut la pensée, et l'« École scientifique » plus attachée à une science soucieuse des mutations économiques et sociales de son temps. L'existence de l'« École de l'Exégèse »,

⁶³ DIDEROT (D.), LE ROND D'ALEMBERT (J.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, T.9, Briasson, 1751-1765, p.357-363 : Chapitre V° relatif au Législateur.

⁶⁴ CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, op. cit., p.128.

⁶⁵ ROUSSEAU (J.-J.), *Discours sur l'Économie politique*, T.3, La Pléiade, Gallimard, 1765, p.261 : « Les lois écrites doivent être brèves et simples, pour être comprises, mémorisées même, non seulement par ces grands enfants que sont les citoyens mais aussi par ces futurs citoyens que sont les petits enfants ».

⁶⁶ HAKIM (N.), « Julien Bonnecase, historien de la science juridique ? », in *Histoire de l'histoire du droit*, (dir.) POUMAREDE (J.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p.293.

⁶⁷ BONNECASE (J.), *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, E. de Boccard, 1924, p.2 : « Qu'on le veuille ou non, il y a eu dans la science du droit civil au XIX^e siècle une grande École, une École qui sera la marque de l'histoire de notre science pendant cette période : l'École de l'Exégèse. »

mythe ou légende⁶⁸, trouve son fondement dans la reconnaissance d'une conception commune⁶⁹ qui s'exprime au travers d'une méthode et d'une doctrine correspondante. La caractéristique première de la doctrine de l'« École de l'Exégèse » résulte dans l'absorption du droit positif par les textes de lois négligeant la coutume et les sources réelles du droit. La loi est ainsi confondue avec le droit et la méthode exégétique procède d'une analyse littérale et servile du Code civil⁷⁰. Dans une étude intitulée *Julien Bonnecase, historien de la science juridique ?*, le Professeur Nader Hakim explique en grande partie le succès de l'œuvre du Professeur Julien Bonnecase par le fait qu'il marque de son empreinte l'histoire de la science du droit, mais aussi par l'objectif collectif poursuivi par le commentateur : « La critique de l'« École de l'Exégèse » sert en effet, la cause de la jeune "École scientifique" »⁷¹. Ainsi, en opposant la doctrine et la méthode de l'« École scientifique » à celle de l'« École de l'Exégèse », le Professeur Julien Bonnecase illustre la pensée du XIX^{ème} siècle en droit civil et crée un guide doctrinal qui servira de base pour bâtir l'avenir⁷².

28. Le renouveau doctrinal invoqué dans la pensée du Professeur Julien Bonnecase prend de l'importance et s'étoffe au XX^{ème} siècle avec les travaux de François GénY (3.).

3. La doctrine au XX^{ème} siècle : l'héritage du Professeur François GénY

29. Il aura fallu presque 100 ans après la publication du Code civil en 1804 avant qu'apparaisse l'esquisse d'un plan de reconstitution de la méthode et d'une théorie des sources⁷³. L'orientation nouvelle qui se dégage de la pensée du Professeur François GénY constitue un moment doctrinal et intellectuel fort, qui ouvre la voie à un changement de paradigme⁷⁴. Dans la célèbre préface du Professeur Raymond Saleilles, la parole du Professeur François GénY est assimilée à une lumière projetée sur une route incertaine qui rompt avec près d'un siècle de malentendu : « La fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout mais que la jurisprudence et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté et qu'elles ne faisaient que tirer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur »⁷⁵. Le Professeur Raymond Saleilles ne s'affranchit pas de la mise en œuvre du Code civil mais insiste sur le

⁶⁸ BUREAU (D.), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Collectif Paris II, Dalloz, 2004, p.171.

⁶⁹ BONNECASE (J.), *op. cit.*, p.3 : « On retrouve dans ces œuvres une conception commune et une conviction identique du bien-fondé de cette conception ».

⁷⁰ HAKIM (N.), *op. cit.*, p.291-302.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² BONNECASE (J.), *op. cit.*, p.6 : « Nous visions surtout en cela la formation des étudiants des Facultés de droit qui trop longtemps sont demeurés sans un guide bref et net leur permettant de voir ce que le XIX^e siècle avait pensé en droit civil. »

⁷³ GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., LGDJ, 1919, p.205.

⁷⁴ FRYDMAN (B.), « Le projet scientifique de François GénY », in *François GénY, mythe et réalités. 1899-1999*, (dir.) SAURET (A.), Balis-Dalloz-Bruylant, 2000, p.214.

⁷⁵ Extrait de la préface de SALEILLES (R.) dans l'ouvrage de GENY (F.), *op. cit.*, p.XI.

changement des conditions sociales qui l'ont inspiré en invoquant la création de droits nouveaux. Pour envelopper le travail du Professeur François GénY, il s'approprie alors la devise inspirée du juriste allemand Rudolf von Jhering⁷⁶ : « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil ». L'« au-delà » devient ainsi le mot d'ordre de tous les juristes⁷⁷.

30. Pour autant, malgré une critique négative de la méthode traditionnelle⁷⁸ mettant en relief les excès de l'interprétation exclusivement attachée à la loi écrite, le Professeur François GénY continue de placer la loi au centre du droit⁷⁹. Lorsqu'il dévoile l'inventaire des sources « formelles » du droit privé positif, la coutume présentée comme « un fait ou plutôt un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique »⁸⁰ se place inexorablement à un degré inférieur de la loi écrite. À côté de ces deux sources vivantes figurent, « hypothétiquement et sous réserve d'enquête plus sérieuse », la Tradition ou les Autorités s'exprimant « sous une forme non catégorique, consistant surtout en précédents de jurisprudence et opinions doctrinales »⁸¹. Dans ce contexte, la contribution du Professeur François GénY au renouveau de la théorie des sources est à relativiser⁸². Très marqué par les idées de l'« École de l'Exégèse » qu'il a étudiées, le Professeur François GénY « aime la loi et la respecte trop pour aller planter le drapeau de la jurisprudence à son sommet », résume parfaitement le Professeur Philippe Jestaz⁸³. Même si la jurisprudence se présente dans la pensée du commentateur comme le corollaire de l'étude du texte légal où jurisprudence et loi sont indissociables⁸⁴, la place réservée aux phénomènes juridiques reste très incertaine. Sur ce fondement et selon la pensée du Professeur François GénY, le phénomène juridique ne peut devenir du droit véritable, du droit positif, qu'une fois filtré et accepté par les sources formelles⁸⁵.

31. De l'héritage du Professeur François GénY naît un premier inventaire des sources dites « formelles » de droit privé qui contribue au renouvellement de la théorie des sources. Puis d'autres phénomènes juridiques vont faire leur apparition au XXI^{ème} siècle avec la contribution du Professeur Paul Roubier (4.).

⁷⁶ La publication en 1899 de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* participe d'un mouvement international de bouillonnement intense des idées juridiques, qui a agité d'abord l'Allemagne à l'initiative de Jhering dont la devise originelle était « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil ».

⁷⁷ Extrait de la préface de SALEILLES (R.) dans l'ouvrage de GENY (F.), *op. cit.*, p.XXV.

⁷⁸ GENY (F.), *op. cit.*, p.61-204.

⁷⁹ *Ibid.*, p.245 : GénY y définit la loi comme « l'expression d'une volonté, émanée d'un homme ou d'un groupe d'hommes à la lumière de leur intelligence ».

⁸⁰ *Ibid.*, p.320.

⁸¹ *Ibid.*, p.238.

⁸² GERRY-VERNIERES (S.), *op. cit.*, p.42.

⁸³ JESTAZ (Ph.), « François GénY : une image française de la loi et du juge », in *François GénY, mythe et réalités. 1899-1999*, (dir.) SAURET (A.), Balis-Dalloz-Bruylant, 2000, p.37.

⁸⁴ MARTIN (M.), « La conception du droit par GénY arrêliste », in *La pensée de François GénY*, (dir.) CACHARD (O.), LICARI (F.-X.), LORMANT (F.), Dalloz, 2013, p.119.

⁸⁵ CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ-Lextenso, 2014, p.22.

4. La doctrine au XXI^{ème} siècle : la conception du Professeur Paul Roubier

32. Il faudra attendre le XX^{ème} siècle et la thèse de droit du Professeur Paul Roubier pour voir la jurisprudence se hisser au rang des sources formelles. En effet, le Professeur Paul Roubier refuse de dissimuler la jurisprudence « sous le masque d'une simple interprétation judiciaire de la loi »⁸⁶. Il intègre les règles jurisprudentielles dans la catégorie des règles « formelles » : « elles tirent leur autorité de la forme dans laquelle elles sont présentées (...) et dont on a pu dire très heureusement que leur force obligatoire résultait de la raison d'autorité »⁸⁷. Mais si l'existence des sources « formelles » ne fait plus aucun doute depuis leur consécration par la pensée du Professeur François Gény, qu'en est-il des autres phénomènes juridiques ? Il y a lieu de se demander si le droit est plus grand que les sources formelles du droit⁸⁸.

33. C'est grâce à la contribution du Professeur Paul Roubier, qui démontre l'insuffisance des règles « formelles », que l'existence des sources dites « non-formelles » se révèle : « les sources formelles si elles ont été adoptées par les pouvoirs publics, remontent toujours à une origine antérieure, elles furent auparavant des sources non-formelles »⁸⁹. Le système des sources « non-formelles » s'appuyant soit sur l'autorité de l'expérience (les règles coutumières) soit sur l'autorité de la raison (les règles doctrinales) paraît alors constituer un immense progrès⁹⁰. Les sources « non-formelles » dans l'analyse du Professeur Paul Roubier s'apparentent à des « règles non-édictees en forme de commandement par les pouvoirs publics »⁹¹.

34. Toutefois, si la coutume et la doctrine rejoignent le rang des sources « non-formelles » définies par les commentateurs, on peut se demander quel est le sort que la doctrine réserve au *soft law* (B.).

B. Le classement du *soft law* parmi les sources nées de la pratique

35. Les prémices du *soft law* trouvent leur fondement dans certains ouvrages généraux d'introduction au droit et de droit civil, qui érigent la pratique au rang de « composantes » du droit, sans pour autant la consacrer juridiquement (1.). Dès lors, on peut observer que l'élargissement progressif des sources du droit et la prise en compte du *soft law* trouvent

⁸⁶ ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Recueil Sirey, 1951, p.10.

⁸⁷ *Ibid.*, p.8.

⁸⁸ CARBONNIER (J.), *op.cit.*, p.21.

⁸⁹ ROUBIER (P.), « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX siècle, Études offertes à Georges Ripert, T.I, Études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1959, p.9.

⁹⁰ ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, op. cit.*, p.11.

⁹¹ *Ibid.*, p.8.

davantage écho dans les ouvrages spéciaux de droit bancaire, où les sources nées de la pratique s'apparentent à de véritables « usages bancaires » (2.).

1. La réception mitigée du concept de *soft law* dans les ouvrages généraux d'introduction au droit et de droit civil

36. Face à la multiplication des sources, devenue un phénomène majeur, il est difficile de dresser un inventaire des éléments qui dessinent le paysage normatif actuel. En effet, les différents manuels d'introduction au droit et de droit civil ne s'accordent pas toujours pour déterminer le contenu même des sources du droit. Bien que la loi, la coutume, la doctrine et la jurisprudence aient désormais une place de choix dans ces ouvrages, le *soft law*, quant à lui, peine à s'intégrer. En effet, si les auteurs divergent sur la définition théorique qu'il convient de retenir pour les sources du droit, tous au fond s'accordent en pratique sur la distinction sources « formelles »/sources « informelles ». Certains auteurs prennent soin d'étudier successivement et à des degrés divers les sources du droit « entendues au sens large » : la doctrine n'étant « pas à proprement parler une source du droit positif au sens d'une source formelle »⁹². Ainsi, en dépit de la reconnaissance par la doctrine du développement du *soft law*⁹³, la plupart des manuels d'introduction au droit se limitent à l'étude du droit dur. Même si peu d'ouvrages font référence au *soft law* et à son omniprésence, leurs auteurs excluent tout développement pour ne s'attacher qu'au « noyau dur » du droit⁹⁴.

37. Pour autant, bien que le *soft law* ne soit pas retranscrit comme une source du droit à part entière, ses manifestations intègrent à maintes reprises et depuis plusieurs années les ouvrages de droit civil et quelques manuels d'introduction au droit. Parmi les sources du droit civil, on distingue dans l'œuvre du Doyen et Professeur Jean Carbonnier, en plus de la loi *stricto sensu*⁹⁵, les « catégories secondaires de textes » qui émanent d'une autorité publique ou d'organes habilités par une autorité publique⁹⁶. Dans le même sens, le Professeur Pascale

⁹² GOUBEAUX (G.), GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 1^{ère} éd., LGDJ, 1977, p.176 : « La loi, la jurisprudence, la coutume et la doctrine sont donc des sources du droit, certes à des degrés très divers qu'il conviendra de préciser. ».

⁹³ AMSELECK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.275 : « Le droit tend à devenir de plus en plus une sorte de technique de "cogestion" des conduites, qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés eux-mêmes. ».

⁹⁴ AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 16^e éd., Dalloz, 2016, p.4 : « Les développements de ce livre seront donc limités, en principe, au "droit dur", à l'exclusion du "droit mou" ou "souple", dont il faut quand même garder l'existence à l'esprit » ; CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2019, p.100 : « La question du fondement du droit ayant été déjà évoquée, nous ne traiterons ici que de sources formelles du droit ». BOFFA (R.), *Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille*, 2^e éd., LGDJ, 2019, p.68 : « Par sources directes, nous entendons les autorités légitimes (législateur, juge, peuple) qui peuvent élaborer une norme juridique sanctionnée par le juge. ».

⁹⁵ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, Vol. 1, PUF, 2004, p.198 : La loi *stricto sensu* intègre la catégorie principale de textes.

⁹⁶ *Ibid.*, p.203-204.

Deumier consacre un chapitre entier au droit né de la pratique⁹⁷. La pratique entendue dans cette étude ne procède pas d'une raison juridique mais d'une infinité de comportements adoptés et répétés pour mener une action juridique : « c'est le droit du vécu »⁹⁸. La pratique ne dispose alors qu'à titre supplétif, pouvant être écartée à tout moment par la loi ou s'appliquant dans tous les espaces laissés vacants par la loi⁹⁹. Les destinataires de la règle sont ici les auteurs de la norme, amenés à faire une application régulière et répétitive du fait. Dans cette création du droit par le fait, le débat s'est généralement concentré sur « la seule forme de pratique parvenue au rang de source du droit : la coutume »¹⁰⁰. C'est pourquoi le Professeur Pascale Deumier a choisi une approche plus concrète et plus large de la pratique¹⁰¹. Cependant, la pratique se distingue des autres sources du droit par son absence d'existence officielle et visible, rendant délicate la question de son application judiciaire. On pourrait penser que, du fait de son importance, la pratique soit consacrée par une procédure juridique mais « ni sa création, ni son identification, ni son autorité ne sont précisées par le système juridique »¹⁰². Même si des efforts sont déployés pour tenter de ramener ces normes à la volonté du législateur, la pratique n'est pas un droit écrit qui trouve sa place parmi les sources du droit.

38. La contribution du Professeur François Terré est à l'origine quelques années auparavant de la rédaction d'un chapitre relatif aux « pratiques non coutumières » dont l'habitude sur le terrain répond aux besoins et aux attentes des praticiens, « laissant la voie ouverte à l'imagination créatrice du droit »¹⁰³. Les pratiques informelles et formelles sont alors recensées comme des « composantes du droit »¹⁰⁴. Cette notion de pratique soulève alors une question fondamentale : est-il concevable que puisse s'opérer progressivement le passage du fait jusqu'au droit ?¹⁰⁵ L'association du Professeur Henri Capitant s'est penchée sur la question dans une étude relative au rôle de la pratique dans la formation du droit. Il est précisé alors que dans la construction du droit moderne, il va sans dire qu'il faut d'abord « incorporer les éléments importants qui forment la vie juridique (...) Cette vie se trouve en partie dans la pratique du droit ». Ces questions contribuent donc à « l'élargissement des sources et du domaine des phénomènes juridiques » qui constituent « la tâche propre de la doctrine moderne »¹⁰⁶. Enfin,

⁹⁷ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, 5^e éd., LGDJ, 2019, p.351 et s. : Ce Chapitre est évoqué juste après celui du droit né de l'interprétation relatif à la jurisprudence et à la doctrine. Il intègre le Titre III intitulé « Le droit des normes vivantes ».

⁹⁸ *Ibid.*, p.323.

⁹⁹ *Ibid.*, p.349.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.333.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012, p.369.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.302.

¹⁰⁵ BLONDEL (Ph.), « Le fait source de droit », in *Mélanges Draï*, 2000, p.203.

¹⁰⁶ SURIOL (J.-L.), « Rapport Français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit (Journées Suisses)*, T. XXXIV, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Economica, 1983, p.85.

il faut noter une nette évolution dans certains ouvrages généraux d'introduction au droit qui font désormais référence dans les dernières éditions publiées aux « petites sources »¹⁰⁷ du droit qui se tiennent à côté des « sources du droit » ou encore à « l'étude des sources non-contraignantes »¹⁰⁸ dans un chapitre préliminaire. Ces développements ont été récemment rajoutés et n'existaient pas dans les éditions précédentes, caractérisant ainsi l'essor considérable du *soft law*.

39. Il ressort de cet exposé que le *soft law* n'est pas unanimement considéré comme une source du droit dans la plupart des ouvrages généraux de droit civil et d'introduction au droit. Seules ses manifestations semblent être prises en compte, ce qui le place dans une position ambivalente. On peut alors se demander s'il en est de même dans les ouvrages spéciaux et plus particulièrement dans les manuels de droit bancaire (2.).

2. La réception mitigée du concept de *soft law* dans les ouvrages spéciaux de droit bancaire

40. Le droit bancaire ne diffère pas des autres branches du droit en ce qui concerne ses sources¹⁰⁹. La loi et la jurisprudence sont reprises dans le Code monétaire et financier¹¹⁰ promulgué en 2000¹¹¹. La jurisprudence a d'ailleurs une place significative en droit bancaire, ayant joué un rôle d'interprète et de créateur du droit avant la codification de certaines pratiques¹¹². Mais la particularité du droit bancaire se trouve ailleurs. Au moment d'énumérer les fondements du droit bancaire dans le manuel *Droit bancaire*¹¹³, le Professeur Thierry Bonneau souligne que : « La force obligatoire de ces diverses sources varie selon l'autorité dont elles émanent et certaines d'entre elles ne constituent pas au sens strict du terme des sources du droit ». Il ajoute néanmoins qu'il est nécessaire d'envisager ces différents textes fondateurs « en raison de leur importance pratique et de leur incidence sur le droit positif »¹¹⁴. À cet effet, on peut observer que les usages, rattachés dans certains ouvrages de droit bancaire

¹⁰⁷ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Dalloz, 2019, p.301 : Les « petites sources » sont définies dans cet ouvrage comme les « sources infra-législatives, publiques comme privées déléguées par l'Etat ou spontanées ».

¹⁰⁸ GOUBEUX (G.), GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5^e éd., LGDJ, 2018, p.321 : « Les sources non-contraignantes se divisent en une source non-contraignante identifiée depuis longtemps [...], la doctrine et une source plus récente et dont on a déjà mentionné l'essor ces dernières années, le droit souple. ».

¹⁰⁹ PIEDELIEVRE (S.), « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.441.

¹¹⁰ Le Code Monétaire et Financier est issu de la loi n°99-1071 du 16 décembre 1999.

¹¹¹ Le Code Monétaire et Financier a été promulgué par l'Ordonnance n°2000-1223 du 14 décembre 2000.

¹¹² À l'image du compte courant qui n'a pas fait l'objet d'une réglementation d'ensemble mais dont seules quelques dispositions ont été consacrées dans le Code de commerce. Ses règles ayant été déterminées pour l'essentiel par la jurisprudence et la pratique. v. dans ce sens : PIEDELIEVRE (S.), *op. cit.*

¹¹³ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p.16.

¹¹⁴ *Ibidem*.

aux sources « informelles »¹¹⁵, ont une importance particulière, naissant des besoins de la pratique. Pour certains auteurs, l'évolution actuelle des sources du droit bancaire tient nécessairement compte des usages bancaires dont on va jusqu'à reconnaître la valeur juridique, l'usage pouvant « aller parfois contre la loi »¹¹⁶.

41. Pour bien comprendre cette notion « d'usages bancaires », il y a lieu de distinguer les usages organisant les rapports entre professionnels de ceux régissant les rapports des établissements de crédit avec leur clientèle. Ainsi, dans les relations entre établissements de crédit, le juge est tenu de vérifier l'existence de ces usages lorsqu'ils sont invoqués. Dans le cas où leur existence est rapportée, les usages bancaires s'appliquent sans aucune restriction¹¹⁷, leur connaissance par les professionnels du secteur étant présumée. En revanche, dans les rapports entre les établissements de crédit et leur clientèle, l'opposabilité des usages est soumise principalement à leur connaissance par le client. L'usage est alors opposable si le client en a été informé lors de la conclusion du contrat¹¹⁸. Dans le cas contraire, l'usage sera inopposable au client, ce dernier n'étant pas en mesure, compte tenu de sa formation, de sa situation personnelle et de son expérience, d'avoir connaissance de cette pratique professionnelle¹¹⁹. Toutefois, le client supposé « averti » pourra se voir opposer l'usage bancaire, s'il est démontré qu'il est un habitué des opérations bancaires¹²⁰. L'opposabilité des usages dans les rapports entre les établissements de crédit et leur clientèle peut également être rapportée à travers la contractualisation des usages. L'opposabilité se justifie alors par le recours aux parères qui consistent à reconnaître un usage ou une pratique par le biais d'un acte juridique¹²¹. Délivré par l'Association française des banques, le parère sert de preuve à l'existence et au contenu d'un usage professionnel ou local¹²².

42. Par ailleurs, le Professeur Thierry Bonneau énonce parmi les sources du droit bancaire les textes professionnels, et opère une distinction selon qu'ils présentent ou non un caractère réglementaire¹²³. Les textes réglementaires dits « professionnels » peuvent être illustrés par le

¹¹⁵ DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGER (J.), *op.cit.*, p.19-20.

¹¹⁶ PIEDELIEVRE (S.), *op. cit.*, p.449.

¹¹⁷ BONNEAU (Th.), *Droit bancaire, op. cit.*, p.20.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.20.

¹¹⁹ Cass.com. 4 mai 1999, *Bull.civ.* IV, n°90, p.75 ; *Rev. dr. bancaire et bourse* n°74, 1999. 121, obs. CREDOT (F-J.) et GERARD (Y.) ; *Defrénois*, 1999, art. 37041, n°73, p.997 obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *Rev. trim. Dr. com.*, 1999. 731, obs. CABRILLAC (M.) ; *D.* 2000, *Cahier droit des affaires*, p.191, obs. DJOUBI (J.).

¹²⁰ Cass.com. 6 juill.1964, *Bull.civ.* n°350, *JCP G*, 1965, II. 14024, obs. GAVALDA (C.).

¹²¹ Cass.com. 12 déc. 1973, *Bull. civ.*, n°361, p.321.

¹²² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2006, p.645.

¹²³ BONNEAU (Th.), *Droit bancaire, op. cit.*, p.18.

Règlement général de l'AMF¹²⁴ qui fait l'objet d'une homologation par arrêté ministériel¹²⁵. Les actes non-réglementaires, quant à eux, sont très divers et caractérisés par leur portée différente. Ils regroupent, entre autres, les avis, les positions ou recommandations émis par les autorités du secteur bancaire et financier, ou encore les accords de place conclus entre les établissements de crédit. Face au développement des sources issues de la profession, d'autres auteurs dénoncent « la mutation des sources traditionnelles de droit bancaire »¹²⁶. Ils constatent à leur tour que les sources issues de la profession surgissent indirectement lorsqu'elles résultent de l'encadrement juridique du système bancaire au travers des autorités de régulation du secteur bancaire et directement lorsque la profession crée ses propres règles¹²⁷.

43. Force est de constater que l'évolution des sources du droit bancaire n'en finit pas d'être soulignée¹²⁸ vers un certain renouveau de l'approche doctrinale traditionnelle de la normativité juridique (§2.).

§2 *Le renouveau de l'approche doctrinale de la normativité du soft law*

44. Il existe plusieurs conceptions de ce qu'est un énoncé normatif. L'objet de cette étude ne réside pas dans le fait de lister exhaustivement toutes les conceptions de la normativité. Cependant, pour aborder le renouvellement par la doctrine de la normativité, il y a lieu d'évoquer dans un premier temps, les critères traditionnels de l'exigence de normativité (A.), pour envisager dans un second temps les nouvelles formes de normativité juridique qui permettent au *soft law* d'être normatif (B.).

A. Les critères traditionnels de l'exigence de normativité

45. Le caractère normatif du *soft law* peine à être reconnu et admis par la doctrine. En effet, la pensée kelsenienne exclut totalement le *soft law* de la voie normative par le biais d'une approche formelle de la normativité du droit, qui repose sur sa formulation par une autorité compétente et son enveloppe juridique (1.). La réflexion est la même pour les tenants du positivisme qui font reposer leur raisonnement sur le caractère impératif de l'énoncé pour constituer la norme (2.). Enfin, il convient d'évoquer le critère tenant à la réception de la norme par le juge qui ouvre petit à petit la voie de la normativité du *soft law* (3.).

¹²⁴ L'Autorité des marchés financiers (AMF), créée par la loi n°2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003, est issue de la fusion du Conseil des marchés financiers, de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF).

¹²⁵ C.monét.fin. art. L.621-6.

¹²⁶ PIEDELIEVRE (S.), *op. cit.*, p.444.

¹²⁷ *Ibid.*, p.450.

¹²⁸ DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGIER (J.), *op. cit.*, p.17.

1. L'insuffisance du critère formel de la normativité

46. Rechercher les sources du droit, c'est déterminer l'origine du droit, et plus précisément d'où vient la norme juridique. Si le droit comporte plus d'une définition dans sa maison¹²⁹, la recherche de la définition de la norme apparaît toute aussi fastidieuse. En outre, ce sont les travaux du juriste austro-américain Hans Kelsen qui ont contribué à populariser au XX^{ème} siècle le terme de « norme », bien que son emploi ait été développé au XIX^{ème} siècle par la théorie juridique allemande. Dans la théorie kelsenienne, le concept juridique de la norme exprime l'idée que « quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »¹³⁰. La norme est ainsi définie comme un acte de volonté, qui, selon l'intention de l'auteur, vise à provoquer une conduite d'autrui.

47. La question se pose alors de savoir ce qui définit la normativité d'un énoncé. L'approche formelle soutient qu'un énoncé est normatif, dès lors qu'il appartient à un ordre ou à un système normatif¹³¹. Quel que soit le contenu ou encore la structure de l'énoncé, celui-ci constituera une norme à partir du moment où il a été formulé par une autorité compétente¹³². À cet effet, Hans Kelsen démontre pourquoi toutes les propositions prescriptives, à l'image du *soft law*, ne sont pas considérées comme des normes et pourquoi seules certaines prescriptions peuvent accéder à ce statut¹³³. La conception kelsenienne est bâtie sur l'image d'une pyramide dans laquelle la validité de la norme repose sur d'autres normes du système¹³⁴. Chaque norme tire alors sa validité d'une norme supérieure qui fonde à son tour la validité de la norme inférieure. Ainsi, la norme juridique est établie non pas par la volonté subjective de celui qui a émis la norme – le percepteur – mais par sa conformité à une norme supérieure – la loi – dont l'existence est objective¹³⁵. Pour qu'une proposition prescriptive endosse la qualité de norme juridique, elle doit s'insérer dans un système hiérarchique. En d'autres termes, pour Hans Kelsen, le droit posséderait cette spécificité d'être un système dans lequel les normes sont créées, en vertu de l'autorité de leur géniteur.

48. Au regard de cette conception de la normativité, seule compte l'enveloppe formelle et le processus de validité de la norme. Dès lors, pour mettre à mal ce raisonnement et avant même de parler de *soft law*, on peut valablement admettre qu'« une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle » peut tout à fait « avoir un contenu qui ne représente pas une norme d'aucune sorte »¹³⁶. L'exigence de normativité devient dans ces termes « absurde

¹²⁹ CARBONNIER (J.), « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n°11-12, 1990, p.5.

¹³⁰ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p.13.

¹³¹ KELSEN (H.), op. cit., p.13.

¹³² ROSS (A.), *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, 1968, p.93.

¹³³ KELSEN (H.), op. cit., p.18.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ TROPER (M.), « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société*, n°50, vol. 1, 2002, p.43.

¹³⁶ KELSEN (H.), op. cit., p.71.

puisqu'elle consiste à requérir d'une norme qu'elle soit une norme »¹³⁷. Ainsi, sous le prisme de la conception formelle de la normativité, les codes de conduite provenant d'un mécanisme de création spontanée, issus d'acteurs privés et n'ayant pas fait l'objet d'un vote ou d'une adoption par une instance publique, ne sauraient être qualifiés de normes juridiques. Ce critère formel de la normativité où seule la règle édictée par le Parlement, ou par une autorité habilitée par lui, constituerait du droit ne semble donc pas un critère suffisant pour permettre au *soft law* d'accéder à la voie normative.

49. L'insuffisance du critère formel conduit à rechercher d'autres critères pour apprécier la normativité du *soft law* (2.).

2. L'essoufflement du caractère contraignant de l'énoncé

50. Le juriste et ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud déclarait : « La loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde [...]. La loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits »¹³⁸. L'énoncé normatif se présente ainsi, comme « celui qui formule un ordre, en permettant, obligeant ou interdisant une conduite. Il s'oppose à l'énoncé qui reconnaît, constate ou décrit une situation, promeut, favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations ou des avis »¹³⁹. Cette conception dominante de la norme se retrouve chez les tenants du positivisme¹⁴⁰ qui s'accordent sur le fait que celle-ci se caractérise fondamentalement par l'obligation juridique à laquelle l'acte de contrainte est attaché¹⁴¹. Si les obligations sont toujours à l'origine de contraintes, les contraintes à l'inverse ne découlent pas toujours d'obligations juridiques¹⁴². Aussi peut-on lire que le terme de « norme », employé dans une acception générale, évoque non pas l'idée de normalité, ni celle de rationalité, mais la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite¹⁴³. Certains auteurs vont même plus loin et consacrent l'hégémonie de la contrainte dans l'opinion courante et la théorie juridique : « La contrainte en question est considérée comme un élément structurel du

¹³⁷ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, Janv. 2007.

¹³⁸ MAZEAUD (P.), « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, Juill. 2005.

¹³⁹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *op. cit.*

¹⁴⁰ Il est inutile de multiplier les citations. v. les plus significatives : CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.1, 1920, p.56 et 211 ; ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, *op. cit.*, p.10 ; BATTIFOL (H.), *La philosophie du droit*, PUF, 1960, p.24 : « L'exercice de la contrainte appartient à l'État : le droit est donc le système de norme en lequel s'exprime l'État. »

¹⁴¹ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p.IX.

¹⁴² SOREL (J-M), « L'indifférence de la doctrine interne à la discipline internationale », in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, (dir.) DEUMIER (P.), SOREL (J-M.), LGDJ, 2018, p.24.

¹⁴³ CORNU (G.), *op. cit.*, p.693.

droit lui-même tel qu'il est édicté et à l'œuvre dans les sociétés humaines, comme un attribut inhérent des règles ou normes »¹⁴⁴. C'est ce que l'on peut appeler une conception matérielle de la norme, qui n'est pas fondée sur sa source mais bien sur son contenu dissocié de sa place dans l'ordre juridique.

51. Cependant, face à la prolifération indéniable des instruments de *soft law* auxquels recourent fréquemment les instances publiques mais aussi privées, cette conception traditionnelle de la normativité juridique semble s'essouffler. En effet, le caractère impératif de l'énoncé, consacré par les tenants du positivisme comme l'une des caractéristiques de la norme, ne permet pas à lui seul de rendre compte de toutes les règles de droit : il caractérise la positivité du droit mais ne la constitue pas¹⁴⁵. Pour consacrer la normativité du *soft law*, il faut dépasser la distinction entre les sources contraignantes et les sources non-contraignantes, et relativiser la frontière entre les deux. Pour le Professeur Catherine Thibierge, la multiplication de ces instruments directifs d'un nouveau genre procéderait d'une « métamorphose du rapport de l'autorité et de l'expression de l'autorité en général. À une autorité [...] jadis fortement caractérisée par la soumission et la contrainte, s'est en partie substituée une autorité soucieuse de légitimer son action, ouverte au dialogue, et en quête de l'adhésion de ses destinataires »¹⁴⁶. L'émission de ces nouveaux instruments de *soft law* par les acteurs privés du secteur en dehors du système hiérarchique de validité de la norme ne peut plus être ignorée sur le plan théorique.

52. Certains auteurs concluent que cette réalité appellerait un élargissement du concept de « norme » en supprimant l'un des éléments de sa définition, cause de son étroitesse : « l'obligatorité »¹⁴⁷. Le droit souple peut être générateur de contraintes, même s'il ne comporte pas d'obligations au sens juridique¹⁴⁸. Dans ce sens, le Professeur Philippe Jestaz précise que « si la contrainte peut faire défaut dans certains secteurs du droit (...), c'est qu'elle n'est pas inhérente à la règle de droit mais extérieure à elle »¹⁴⁹. À cela le Professeur Catherine Thibierge ajoute qu'une nouvelle vision de la normativité est en train de se construire, selon laquelle la règle juridique constitue en tant que telle « une référence ou un modèle capable d'influencer le comportement des individus »¹⁵⁰. La normativité ne se résume donc plus à l'impérativité de l'énoncé, qui ne peut fournir un critère fiable de qualification de toutes les règles de droit.

¹⁴⁴ AMSELEK (P.), « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *RRJ*, n°4, 2008, p.1847.

¹⁴⁵ DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Economica, 2002, p.253. [Doctorat : Droit privé : Toulouse 1 Capitole, 2000].

¹⁴⁶ THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », *RTD Civ.*, 2003, p.599.

¹⁴⁷ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p.673, not. p.677 ; ou encore AMSELEK (P.), « La phénoménologie et le droit », *APD*, T.XVII, 1972, p.243.

¹⁴⁸ SOREL (J.-M.), *op.cit.*, p.24.

¹⁴⁹ JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p.197.

¹⁵⁰ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p.815.

53. L'essoufflement du caractère contraignant de l'énoncé étant démontrée, le critère traditionnel relevant de la réception de la norme par le juge reste à envisager pour déterminer s'il convient, sous cet angle, de consacrer la normativité du *soft law* (3.).

3. Le critère de la réception de la norme par le juge

54. Le troisième critère tient à la réception de la norme par le juge, faisant des tribunaux la clé de voûte du phénomène juridique¹⁵¹. Ce critère repose sur le principe selon lequel lorsqu'un litige est à trancher, les magistrats soutiennent leur décision sur une ou plusieurs règle(s) de droit et les érigent par là-même. Le droit n'est alors pas contenu dans la loi mais dans son interprétation, les juges ayant le pouvoir de décider de ce qui relève ou non de la norme juridique. À la lumière de la doctrine traditionnaliste, le critère de l'application de la règle de droit par le juge ne peut être rempli que si « les destinataires publics, qui peuvent être les tribunaux ou l'administration, la mettent concrètement en œuvre dès lors que des faits le nécessitent »¹⁵². La motivation des juges exprimée dans le recours à une ou plusieurs règles de droit à l'appui de leur décision permet à elle seule de consacrer la normativité de la règle de droit. Ce critère remporte l'adhésion de nombreux auteurs, pour lesquels la « justiciabilité », ou application jurisprudentielle de la règle, est décisive eu égard au pouvoir de décision des juges¹⁵³. Seule « l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé »¹⁵⁴ peut suffire à donner à la norme son caractère juridique. Cependant, il faut noter que si le juge complète naturellement l'œuvre du Constituant ou du législateur, l'interprétation de la norme par le juge reste secondaire et peut être également exposée au désaveu du législateur et du Constituant s'ils souhaitent contrevenir à une jurisprudence¹⁵⁵. Sur ce fondement, même lorsque le juge vient à combler une lacune par l'interprétation qu'il fait de la loi, c'est la loi elle-même qui lui impose¹⁵⁶.

55. Pour certains, ce critère de la réception de la norme par le juge trouve son fondement dans le phénomène de « reconnaissance juridique croissante de règles "maquisardes", c'est-à-dire extérieures *a priori* à l'ordre juridique mais néanmoins appliquées par les tribunaux »¹⁵⁷. À cet effet, on observe que le droit souple est de plus en plus appréhendé par le juge¹⁵⁸ : « Les jurisprudences administrative et judiciaire, ainsi que celles de la Cour de justice de l'Union

¹⁵¹ VIRALLY (M.), *op. cit.*, p.104 ; GOUBEUX (G.), GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5e éd., LGDJ, 2018, p.98 : « C'est au juge de définir la normativité d'une disposition selon les critères mentionnés ».

¹⁵² BARRAUD (B.), *op. cit.*, p.396.

¹⁵³ v. notamment, FRISON-ROCHE (M-A.), « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, T.I Litec, 1998, p.21-27, évoquant la transparence du jugement par rapport à la loi.

¹⁵⁴ KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p.69.

¹⁵⁵ VIALA (A.), « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°6, Janv. 1999 ; BONNEAU (Th.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chr. p.24.

¹⁵⁶ V. notamment, GERRY-VERNIERES (S.), *op.cit.*, p.68.

¹⁵⁷ BARRAUD (B.), *op. cit.*, p.397.

¹⁵⁸ v. *infra* n°104.

européenne (CJUE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) illustrent de manière abondante que le juge peut être amené à contrôler le droit souple ou à le prendre en compte dans son raisonnement juridique »¹⁵⁹. L'une après l'autre, les règles issues d'usages, de standards de marché ou encore de codes de conduite sont régulièrement consacrées juridiquement. Pour autant, même si la tendance est à l'appréhension du droit souple par le juge, la place occupée par le *soft law* dans l'ordre juridique pose de nombreuses questions. L'application par le juge des règles ne peut constituer à elle seule un critère unique de normativité. Comme le précise le Conseil d'État dans l'étude annuelle menée sur droit souple en 2013, la réflexion reste ouverte quant à la possible contestabilité des instruments de droit souple, leur invocabilité devant le juge ou encore leur prise en compte dans la motivation des décisions juridictionnelles¹⁶⁰.

56. Si les actes de *soft law* ne peuvent être érigés au statut de normes sur le seul fondement des critères classiques de l'exigence de normativité, il convient alors d'élargir l'approche en étudiant d'autres formes nouvelles de normativité juridique (B.).

B. Les nouvelles formes de la normativité juridique

57. Le Conseil d'État, dans son rapport annuel de 2013 intitulé *Le droit souple*¹⁶¹, s'interroge sur les nouvelles formes de la normativité juridique¹⁶² et dresse en quelque sorte l'acte de naissance officiel du droit souple : « Il convient désormais, si ce n'était pas déjà fait, de prendre le droit souple au sérieux, de ne plus en faire l'économie, de ne plus s'abriter derrière la confortable mais bien incomplète description des sources traditionnelles du droit »¹⁶³. Ainsi, le Conseil d'État, dans ce rapport annuel, invite à porter un regard nouveau sur le droit souple à travers l'expression de « normativité graduée » permettant de qualifier les sources dont le caractère obligatoire est peu affirmé mais indubitable. Il en découle une « échelle d'obligatorité » à trois barreaux : dur, moyennement dur et souple (normativité graduée)¹⁶⁴. Ces nouvelles formes de normativité juridique sont directement inspirées de la pensée du Professeur Catherine Thibierge pour qui les « manifestations multiples de la force des normes » prennent la forme de normes juridiques obligatoires et contraignantes, mais aussi de normes juridiques qui, sans être dotées d'une force juridique obligatoire *ab initio*, n'en sont pas moins

¹⁵⁹ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, *op. cit.*, p.9.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, EDCE, 2013, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2013-Le-droit-souple>>.

¹⁶² THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », *op. cit.*, p.599.

¹⁶³ NICOLAS (E.), ROBINEAU (M.), « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G*, n°43, 2013, Doct. 1116.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.2.

revêtues d'une certaine force¹⁶⁵. Ce changement de paradigme répond alors à une crise du modèle pyramidal et hiérarchique d'engendrement du droit élargissant la vision d'un droit nécessairement dur et contraignant¹⁶⁶. La pensée selon laquelle la règle de droit ne participe plus de la fonction autoritaire du droit mais d'un mode de direction souple des conduites contrecarre manifestement la pensée du Professeur Hans Kelsen¹⁶⁷.

58. Là où certains auteurs perçoivent une dégradation de la norme juridique¹⁶⁸, le Professeur Catherine Thibierge affirme au contraire l'idée d'une « échelle de densité normative »¹⁶⁹ à travers un droit fait de différentes textures, des plus dures au plus souples. La caractéristique du droit souple réside alors dans sa pluralité, illustrée par trois facettes : « le droit flou, le droit doux et le droit mou »¹⁷⁰. Le droit flou, s'il est imprécis, indéterminé, n'est cependant pas indéterminable. Quant au droit doux, son caractère non prescriptif, non obligatoire n'empêche pas son respect et son application par ses destinataires. Il en va de même pour le droit mou qui, faute de caractère juridiquement contraignant, ne manque en rien d'efficacité sociale¹⁷¹. Le droit dur, de son côté, est présenté comme un droit d'en haut, rendu obligatoire et sanctionné par les autorités étatiques¹⁷². En ce sens, l'ampleur croissante du droit souple n'est pas le signe d'une « dégradation du droit, mais la preuve d'une gradation dans le droit »¹⁷³, où au sein des règles de droit dur, il existe des dispositions qui relèvent elles-mêmes du droit souple. Cette nouvelle conception de la normativité remet en cause la nature même de la règle de droit : là où la règle de droit dur impose à ses destinataires un modèle d'action, la règle de droit souple au sens du droit doux et mou constitue un modèle de référence proposé à ses destinataires sans pour autant fournir un instrument de mesure¹⁷⁴. La fonction directive du droit est alors moins autoritaire et plus souple, dépendant davantage de l'assentiment des intéressés : « un droit plus incitatif accompagne le droit impératif »¹⁷⁵.

59. Il y a lieu de retenir que l'acceptation de la normativité du *soft law* n'est pas acquise pour l'ensemble de la doctrine, qui reste divisée sur ce point. Cependant, même si tous les

¹⁶⁵ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., p.818.

¹⁶⁶ THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », op. cit., p.599.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ CARCASSONE (G.), « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, 1996, p.37.

¹⁶⁹ THIBIERGE C., *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., p.607 ; NICOLAS (E.), *Penser les flux normatifs, Essai sur le droit fluide*, Mare & Martin, 2018, p. 173 : « C'est la société elle-même qui secrète de la norme continûment, parce qu'elle en a besoin, ne sachant pas régler autrement les problèmes qu'elle crée. La Société (nos sociétés) est (sont) éminemment normative(s). L'homme (occidental moderne) est un animal normatif. »

¹⁷⁰ THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », op. cit., p.607.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple. Journées nationales*, T.XIII, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.1.

¹⁷⁴ THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », op. cit., p.607.

¹⁷⁵ THIBIERGE C., « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.159.

ouvrages ne s'accordent pas sur l'inscription du *soft law* comme une source du droit à part entière, ses manifestations sont paradoxalement prises en compte vers un renouveau progressif de l'approche doctrinale. La contribution du Professeur Catherine Thibierge dans ce sens participe très largement à ouvrir la voie de la normativité du *soft law* à travers l'affirmation d'une échelle de densité normative. L'étude annuelle du Conseil d'État réalisée en 2013 permet elle aussi de prendre le droit souple au sérieux, officialisant son existence, signe d'une véritable gradation du droit. L'évolution des sources du droit bancaire fait ainsi l'objet d'un lent processus de réflexion qui laisse à la doctrine tout le plaisir de débattre, vers la reconnaissance à venir du statut de norme juridique des actes de *soft law* (Section II).

Section II : La reconnaissance du statut de norme juridique des actes de *soft law*

60. Si la juridicité (ou fait d'être juridique)¹⁷⁶, est une qualité « liée à une observation externe et dépendant principalement des émetteurs ou sources de la règle », la normativité (ou fait d'être normatif) *a distinguo* est une « qualité qui provient exclusivement d'un jugement interne, celui des récepteurs ou destinataires de la règle »¹⁷⁷. Partant de ce constat, force normative et force juridique sont à différencier, bien que la normativité puisse servir sans réciprocité d'indice ou de critère à la juridicité. Dès lors, il convient dans cette étude d'envisager le statut de norme juridique des actes de *soft law*, à travers la reconnaissance préalable de la juridicité atténuée du droit souple (§1). Nous envisagerons dans un second temps l'efficacité et l'effectivité des actes de *soft law* – marqués par leur propension à influencer sur le comportement des acteurs juridiques – qui constituent la dernière justification à leur normativité (§2).

§1 La juridicité atténuée des actes de soft law

61. Pour bien comprendre les manifestations de la juridicité atténuée des actes de *soft law*, nous aborderons la portée normative du *soft law* qui lui donne son brevet de juridicité (A.) ainsi que la conception graduelle de la force juridique soulevée par plusieurs commentateurs (B.).

A. La voie d'accès du *soft law* à la juridicité

62. Dans son ouvrage, le Professeur Catherine Thibierge soulève un certain nombre de questions quant à l'origine et aux indicateurs de la force des normes en droit, concept jusqu'alors inexploré en tant que tel par la doctrine¹⁷⁸. La notion de force normative est ainsi désignée comme « la force de la norme elle-même » et se comprend des « forces qui créent,

¹⁷⁶ CORNU (G.), *op. cit.*, p.517.

¹⁷⁷ BARRAUD (B.), « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *APD*, 2013, p.365.

¹⁷⁸ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p.813-846.

façonnent, influencent, infléchissent la norme »¹⁷⁹, celles que le Doyen Ripert dénommait les « forces créatrices du droit »¹⁸⁰. Le concept de la force normative développé dans cet ouvrage collectif établit trois pôles qui représentent trois indicateurs susceptibles de constituer le phénomène juridique. Le premier indicateur, la valeur normative, est une dimension de la force en lien avec la source de la norme. Il « s'identifie à la force conférée à la norme par son émetteur »¹⁸¹. Le second indicateur, la portée normative, est en lien avec les effets de la norme. Illustrant son effectivité « sur le terrain », il incarne « la force perçue par les destinataires de la norme, et plus largement par les acteurs sociaux et les acteurs du droit, qu'ils soient auteurs de doctrine ou praticiens »¹⁸². Enfin, le troisième indicateur, la garantie normative, représente une dimension de la force en lien avec le respect de la norme¹⁸³.

63. Chacun des trois axes décrits ci-dessus est compris comme une voie d'accès spécifique à la juridicité¹⁸⁴. Et il est soutenu que « certaines normes puisent leur force à l'un seul de ces trois pôles ou revêtent une force en l'absence d'un des trois »¹⁸⁵. À cet effet, le Professeur Catherine Thibierge n'hésite pas à préciser que la valeur normative liée à la source de la norme ne se présente pas comme un indicateur suffisant pour évaluer à lui seul la force normative. Plusieurs contributions témoignent également de l'insuffisance de l'approche de la force par le seul prisme de sa source, estimant que « la force normative ne saurait avoir une origine unique, la force de certaines normes étant d'origine extra-juridique »¹⁸⁶. Pour revêtir une force normative, une norme n'a pas besoin d'avoir de la force à chacun des trois pôles, « ni que sa force y soit portée à son plus haut degré d'intensité »¹⁸⁷. Cette étude permet ainsi, au regard d'un nouveau critère, de donner au *soft law* son « brevet officiel de juridicité »¹⁸⁸. Après de longues avancées, il est désormais admis que la nature juridique d'un acte peut être caractérisée par sa capacité à produire un effet de droit¹⁸⁹. D'après ce critère, le droit est fondé sur le fait et naît d'événements réels. Une règle de droit prend vie dès le moment où ses destinataires appréhendent qu'il existe cette règle imposant de se conduire de telle ou telle manière. Elle apparaît à l'instant où les individus se convainquent qu'elle est apparue, mais

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.47-48.

¹⁸⁰ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p.80, n°28 : Il définit les forces créatrices du droit comme toutes les forces sociales qui entrent en lutte pour la création de la règle de droit.

¹⁸¹ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p.822.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibid.*, p.823.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.827.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.832.

¹⁸⁶ EDDAZI (F.), « La force normative des propositions de la commission départementale de la coopération intercommunale », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.774.

¹⁸⁷ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, *op.cit.*, p.832.

¹⁸⁸ NICOLAS (E.), ROBINEAU (M.), *op. cit.*, p.2.

¹⁸⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, p.591.

aussi et qu'il est obligatoire de ne pas la braver¹⁹⁰. Plus concrètement, cette réflexion témoigne d'un mouvement « d'objectivisation » du phénomène juridique et de la pensée du droit.

64. Si certains auteurs peinent à admettre ce critère, d'autres en revanche y adhèrent et reconnaissent « aux fins d'élaborer une science juridique, [qu'] il est opportun de considérer comme droit cet ensemble de règles qui, dans une société déterminée, sont effectivement suivies »¹⁹¹. Le principal attribut du *soft law* réside ensuite d'un point de vue conceptuel dans la notion de « juridicité atténuée »¹⁹². Cette hypothèse d'une juridicité naissante trouve son origine en droit international où la fonction pré-législative, paralégislative de certains instruments internationaux est difficilement contestable¹⁹³ et va dans le sens d'une gradation de la force juridique. En effet, la juridicité du *soft law* ne fait aucun doute pour le Professeur Catherine Thibierge, s'appuyant sur une approche qui « en lieu et place d'une frontière entre ce qui participe du juridique et ce qui n'y entre pas, pose une gradation : la juridicité s'analyse alors en une qualité, plus ou moins forte ou faible »¹⁹⁴. Le droit est alors formé progressivement en termes de « continuum »¹⁹⁵. Façonné sur le modèle d'une catégorie mouvante et étrangère à une classification binaire et rigide, le *soft law* produit des effets différents et se comporte autrement¹⁹⁶. À travers la production d'effets juridiques indirects, les actes de *soft law* influencent les pratiques¹⁹⁷ et le quotidien des praticiens.

65. De plus, la juridicité du *soft law* s'illustre également au regard de la conception graduelle de la force juridique (B.).

B. La conception graduelle de la force juridique

66. Malgré d'importantes contributions, la difficulté réside aujourd'hui dans le fait de déterminer l'élément permettant de reconnaître sans hésitation droit et non-droit. Pour certains

¹⁹⁰ BARRAUD (B.), « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *op. cit.*, p.399.

¹⁹¹ BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, LGDJ-Bruylant, 1998, p.36.

¹⁹² Terme emprunté à FEUER (G.) & CASSAN (H.), *Droit international du développement*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1985.

¹⁹³ DE SADELEER (N.), « Les actes hors nomenclature et le soft law européen » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.253.

¹⁹⁴ THIBIERGE C., *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p.599 ; THIBIERGE C., « La densification normative. L'exemple du « référentiel d'équivalence d'horaires », in *La densification normative – Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p.287 ; THIBIERGE C., « Conclusion », in *La densification normative – Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p.1101.

¹⁹⁵ POMART (C.), « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en termes de continuum », *RRJ*, n°3, 2004, p.1679.

¹⁹⁶ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p.673.

¹⁹⁷ SENDEN (L.), *op. cit.*, p.23 : Le *soft law* peut être défini comme l'ensemble des « règles de conduite énoncées dans des instruments auxquels n'a pas été conféré une force obligatoire en tant que telle, et qui peuvent néanmoins produire certains effets juridiques – indirects – et dont l'objet est potentiellement de produire des effets pratiques ».

auteurs, cette difficulté tient à l'existence d'une « internormativité »¹⁹⁸ qui brouillerait les frontières entre le droit et les autres normes de l'univers normatif. Qualifiée de phénomène, « l'internormativité » a notamment été décrite par le Professeur Norbert Rouland, qui constate que chaque société peut choisir « de qualifier (ou de disqualifier) de juridique des règles et comportements déjà inclus dans d'autres systèmes de contrôle social »¹⁹⁹. Le passage d'une norme ou d'un système à l'autre, ou encore l'interaction qui peut être observée entre plusieurs systèmes normatifs, caractérisent le mouvement de « juridicisation » et de « déjuridicisation » des normes²⁰⁰. On peut ainsi se demander à quelle qualification devrait prétendre une norme comportementale consacrée par le législateur. Est-ce une norme qui reste comportementale tout en entrant dans le giron du droit ? Ou s'agit-il d'une norme juridique qui perd sa qualification de norme comportementale ? Difficile de trancher, le droit se construisant et se déconstruisant sans cesse sous l'effet du phénomène « d'internormativité ».

67. Dans son ouvrage, l'enseignant-chercheur Boris Barraud envisage le pluralisme juridique dans le cadre de la théorie syncrétique du droit²⁰¹. Il observe qu'une « règle de droit est un phénomène qui se déclenche, acquiert vigueur, est intense, s'affaiblit, s'éteint. Selon l'instant son niveau de juridicité varie »²⁰². Il en résulte une conception graduelle de la force juridique où les phénomènes s'apparentant à du droit évoluent entre « le monde du simplement normatif et le monde du juridique »²⁰³. Sur ce fondement, c'est sans difficulté que le *soft law* se conçoit comme un droit faiblement ou moyennement juridique alors que d'autres normes, à l'image des lois, peuvent apparaître comme fortement juridiques. Cette idée d'un droit à degrés²⁰⁴ divers est illustrée par une « échelle de juridicité » faisant tomber les conceptions classiques du « mur » séparant le droit et l'isolant « de ce qu'il n'est pas »²⁰⁵. En dépassant la pensée traditionnelle, l'expérimentation de cette échelle de juridicité conduit à observer que des normes qui n'intégraient pas auparavant la catégorie des normes juridiques peuvent

¹⁹⁸ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p.391; CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, op. cit., p.251-270.

¹⁹⁹ ROULAND (N.), « Penser le droit », *Droits*, n°10, 1990, p.79.

²⁰⁰ ROCHER (G.), « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles » in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, (dir.) BELLEY (J-G.), LGDJ, 1996, p.25.

²⁰¹ BARRAUD (B.), *Théories du droit et pluralisme juridique. La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, T.2, PUAM, 2017, p.45-72 : La théorie syncrétique du droit souhaite associer l'ensemble des théories doctrinales du droit qui d'ordinaire s'affrontent.

²⁰² BARRAUD (B.), « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », op. cit., p.376.

²⁰³ *Ibid.*, p.375.

²⁰⁴ DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Dalloz-Sirey, 2009, p.139 : « le droit souple [...] est en tout état de cause le maître du degré et de la forme de sa réception. ».

²⁰⁵ *Ibid.*, p.376.

désormais y accéder, et ce même si elles ne répondent pas pleinement et entièrement aux critères classiques de normativité.

68. Pour traiter de la question essentielle de la force normative des actes du *soft law*, nous avons décidé de nous placer au cœur des effets juridiques de la norme en envisageant l'efficacité et l'effectivité des actes de *soft law* (§2).

§2 L'effectivité et l'efficacité des actes de *soft law*

69. L'effectivité des actes de *soft law* peut se mesurer à travers un faisceau d'indices, et elle est à distinguer de leur efficacité. En effet, les deux termes « effectivité » et « efficacité », étroitement liés, sont fréquemment confondus. Ils désignent pourtant deux réalités différentes²⁰⁶. L'effectivité s'entend davantage « du degré d'utilisation réelle du moyen »²⁰⁷ alors que l'efficacité s'entend « du degré de réalisation de l'objectif »²⁰⁸. Les actes de *soft law* sont « effectifs » s'ils se « traduisent par un effet, par des actes réels », tandis qu'ils sont « efficaces » en ce sens qu'ils produisent « l'effet qu'on en attend »²⁰⁹. L'efficacité d'une règle vise alors son « aptitude à procurer le résultat en vue duquel [elle] a été conçu[e] et fabriqué[e] »²¹⁰. Si l'efficacité induit l'effectivité l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Nous envisagerons dans un premier temps la mesure de l'effectivité des actes de *soft law* (A.), puis, nous étudierons dans un second temps l'efficacité du *soft law* renforcée par l'inefficacité de la loi (B.).

A. La mesure de l'effectivité des actes de *soft law*

70. L'effectivité des actes de *soft law* se mesure dans la capacité qu'ont les destinataires à reconnaître la norme et ensuite à la rendre obligatoire. L'identification de la norme à la loi (1.) ainsi que sa reconnaissance pleine et entière par le corps social (2.), sont les deux critères qui donnent au *soft law* une véritable force normative.

1. L'identification de la norme à la loi

71. Comment percevoir l'effectivité des actes de *soft law* sur les comportements réels à un moment donné ? La mesure de l'effectivité est une affaire délicate et n'apparaît pas comme une réalité objective et certaine, la démonstration de l'effectivité ne pouvant être assurée par

²⁰⁶ DEUMIER (P.), *op. cit.*, p.316.

²⁰⁷ PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979, p.91.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ REY (A.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2008.

²¹⁰ JEAMMAUD (A.), AUVERGNON (Ph.), *Le concept d'effectivité du droit*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p.50 ; CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ-Lextenso, 2014, p.136 : « L'effectivité prise en elle-même, n'a pas d'histoire. C'est l'ineffectivité qui est sociologiquement la plus intéressante. ».

une mesure statistique²¹¹. Le Doyen et Professeur Gérard Cornu retient qu'est effectif « ce qui a été réalisé, qui correspond à la réalité »²¹². Une norme juridique est donc réellement effective à condition qu'elle soit appliquée dans les faits. L'approche kelsenienne de l'effectivité de la norme conduit « à se préoccuper de son adéquation avec les comportements sociaux et des écarts éventuels (comme autant de manifestations d'ineffectivité) entre les normes juridiques et la réalité sociale qu'elles sont censées régir entre le droit et l'expérience »²¹³. L'effectivité d'une règle de droit s'entend ainsi « dans un premier sens, d'un rapport quantitatif, de conformité des situations ou opérations concrètes qu'elle vise au modèle que constitue cette norme. (...) Dans un second sens, elle est un rapport de conformité totale ou un degré très élevé de conformité ». Mais il s'agit davantage de mesurer « l'écart entre normes et pratiques, ou, si l'on préfère, entre le droit et le fait »²¹⁴.

72. Quelques auteurs témoignent de l'importance de la perception de la force de la norme par les acteurs et destinataires du droit²¹⁵. La norme sera appliquée effectivement si elle est perçue par ses destinataires comme obligatoire. L'élaboration d'un code de conduite, par exemple, procède d'une intention normative puisque son auteur cherche à créer des normes de conduite et à inciter les comportements. Les salariés de l'établissement, destinataires de ce code, perçoivent la force normative à partir du moment où ils se sentent liés par ce code « sinon juridiquement du moins moralement »²¹⁶. En effet, certains auteurs soutiennent qu'il est nécessaire de distinguer le caractère obligatoire d'une norme de sa juridicité²¹⁷. Ainsi, « une règle peut être obligatoire aux yeux des professionnels sans pour autant être assortie de sanctions juridiques »²¹⁸. Les codes de conduite répondent dans ce sens à une démarche néo-corporatiste²¹⁹. La pression du groupe auquel appartient le professionnel ou encore la menace de sanctions professionnelles renforcent ce sentiment d'obligation, révélateur de la « force symbolique du droit »²²⁰. Lorsque des sanctions disciplinaires sont prévues par le code de conduite, l'effectivité de celui-ci est naturellement renforcée car la sanction professionnelle peut

²¹¹ JEAMMAUD (A.), AUVERGNON (Ph.), *op. cit.*, p.43.

²¹² CORNU (G.), *op. cit.*, p.591.

²¹³ ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2004, p.583.

²¹⁴ JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D.*, 1992, Chron. p.263.

²¹⁵ CHARLOTTON (C.), « La force d'attraction économique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.635.

²¹⁶ MAZUYER (E.), « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.577.

²¹⁷ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, 1982, p.58.

²¹⁸ RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE*, n°4, 1996, p.409.

²¹⁹ HANNOUN (CH.), « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néocorporatisme », *RTD Com.*, 1989, p.442.

²²⁰ NOREAU (P.), « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.137.

être plus « durement ressentie que des sanctions juridiques »²²¹. Ce mécanisme s'apparente à un contrôle professionnel du respect des engagements par les destinataires de la norme qui contribue à accentuer l'effectivité des actes de *soft law*.

73. L'identification de la norme à la loi constitue un facteur déterminant dans la mesure de l'effectivité tout comme l'adhésion du destinataire à la norme (2.).

2. L'adhésion du destinataire à la norme

74. Il est possible d'induire de l'observation des actes de *soft law* l'existence d'effets tangibles. C'est là que réside le secret de la force des actes de *soft law* : dans leur existence même, dans le fait qu'une règle s'est constituée dans un groupe et y produit ses effets²²². La réception et l'adhésion de la norme de droit souple par ses destinataires témoignent ainsi de sa manifestation, de son action effective. Certains auteurs soulignent très justement que « l'essentiel de la force normative n'est plus véritablement dans le sens de l'énoncé, mais dans le rapport des destinataires à l'énonciation en tant que parole instituante »²²³. Mesurer l'effectivité de la force normative des actes de *soft law* revient donc à analyser l'adhésion des destinataires de la norme. Le corpus normatif empêche toute effectivité, faute de réception par le corps social. En effet, la réception de la norme par ses destinataires se réalise effectivement en cas d'adhésion pleine et entière. La question de l'effectivité de la norme renvoie alors à l'analyse de l'adhésion de valeurs dominantes portées²²⁴. On constate que les actes de *soft law* émis par les autorités de régulation nationales du secteur bancaire et financier en tant qu'Autorités administratives indépendantes (AAI) remportent une large adhésion des professionnels régulés. La première raison de cette effectivité repose sur le fait que « les avis et recommandations des AAI révèlent une expertise qui se justifie à trois égards : compétence de ses membres, larges pouvoirs d'investigation et connaissance du "terrain" »²²⁵. Pour toutes ces raisons, les autorités de régulation du secteur bancaire et financier, lorsqu'elles émettent un avis, une recommandation ou tout acte de *soft law*, inspirent confiance et remportent une large adhésion donnant à la norme une effectivité certaine. L'adhésion à la norme est corrélée à sa légitimité auprès du corps social mais également à sa pertinence technique²²⁶ puisque, la

²²¹ RACINE (J.-B.), *op. cit.*, p.409.

²²² DEUMIER (P.), *op. cit.*, p.315 : Effectue le même constat concernant l'effectivité du droit spontané.

²²³ BRUNET (F.), « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.403.

²²⁴ CHATELIN-ERTUR (C.), ONNEE (S.), « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.649.: Effectue le même raisonnement concernant les agences de notations.

²²⁵ BARTHEZ (A.-S.), « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple. Journées nationales*, T. XIII, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.59.

²²⁶ THIBIERGE C, *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p.779.

plupart du temps, les actes de *soft law* sont utiles et élaborés pour répondre à un besoin ou combler un vide juridique. On perçoit alors très bien comment la conjonction de la légitimité de la norme et de l'adhésion à celle-ci par ses destinataires peut lui conférer une force normative.

75. Le président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, à l'occasion d'un discours prononcé lors du Forum de Trans Europ Experts, réseau européen d'experts en droit, réaffirme son attachement en matière de gouvernance et d'innovation à une approche fondée sur le *soft law*²²⁷. Il précise que les actes de *soft law* doivent demeurer « un instrument normatif de prédilection »²²⁸ et souligne leurs multiples vertus. L'effectivité des actes de *soft law* tient à ce qu'ils permettent une acceptation plus importante de la norme par les acteurs de la gouvernance qui se trouvent plus responsabilisés. Participant d'une démarche souple, cette technique « offre un substitut adapté à des normes trop souvent foisonnantes et de qualité imparfaite »²²⁹. Les actes de *soft law* répondent ainsi à une fonction d'utilité sociale en ce qu'ils se conforment à un besoin, à une demande²³⁰. C'est parce que ce même besoin est partagé par l'ensemble du groupe que le *soft law* va se révéler effectif.

76. De plus, à l'effectivité des actes de *soft law* vient s'ajouter leur efficacité, résultant d'un besoin incessant de réactivité et d'adaptabilité de la norme juridique. Dès lors, face à l'inefficacité de la loi, le droit souple s'impose et devient incontournable pour les professionnels régulés, qui cherchent à combler les déficits d'un processus législatif parfois trop rigide (B.).

B. De l'inefficacité de la loi à l'efficacité du *soft law*

77. Le constat est sans appel : la souplesse dans l'édiction et la formulation de la norme ne présage en rien de son inefficacité²³¹. Tranchant avec la lourdeur des conditions d'élaboration de la loi, les actes de *soft law* répondent à une logique de souplesse²³². Le droit souple est par hypothèse « plus malléable »²³³ que le processus législatif. Le recours par le régulateur bancaire français aux différents instruments juridiques non-contraignants implique, sauf exception, une consultation de plusieurs parties prenantes. Dans le cadre de la procédure d'adoption, les instruments de l'ACPR sont adoptés par le Collège de l'Autorité, après saisine des commissions consultatives qu'il a instituées, et peuvent, le cas échéant, donner aussi lieu

²²⁷ GAILLY (P.-A.), « Propos Liminaires », *LPA*, n°130, 29 juin 2012, p.5.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ DEUMIER (P.), *op. cit.*, p.317.

²³¹ MAGNIER-MERRAN (K.), « Quelle utilité aux codes de déontologie en matière bancaire ? » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.67.

²³² GERRY-VERNIERES (S.), *op. cit.*, p.307.

²³³ MEKKI (M.), *op. cit.*, p.1.

à une consultation spécifique plus large²³⁴. De plus, l'ACPR accorde une grande importance à l'accessibilité des actes de *soft law* en publiant ces documents sur son site internet, au registre officiel de l'Autorité. Sur ce fondement de l'élaboration de la norme, les actes de *soft law* sont indéniablement très réactifs puisque, comparativement aux lois, ils ne sont pas soumis à un formalisme aussi poussé et contraignant. Les instruments juridiques non-contraignants émis par le régulateur bancaire résultent d'échanges, de réunions et de discussions informelles. Ils naissent d'un travail d'équipe et de consultation des différentes instances et professionnels régulés, au point de qualifier ce droit de « quasi-négocié »²³⁵.

78. À la souplesse dans l'édiction du *soft law* s'ajoute la rapidité et l'adaptabilité de ces normes répondant à un besoin renouvelé d'expression juridique. Le recours à ces instruments témoigne de l'accélération du temps juridique qui nécessite le renouvellement permanent du droit. À travers l'usage de formes et de supports toujours plus flexibles, les actes de *soft law* pallient en quelque sorte l'incertitude du droit en attendant l'intervention du législateur : « dès lors que les sources traditionnelles ne parviennent pas à combler ce besoin d'instantanéité »,²³⁶ les actes de *soft law* investissent la place : ils réagissent à un certain « état du droit »²³⁷. Dans ce contexte et au regard de leurs différentes caractéristiques, les actes de *soft law* mettent toutes les chances de leur côté pour être les plus efficaces possible. Délivrés des contraintes formelles et libérés du rapport au temps, ils interviennent efficacement dans le champ juridique lorsque la loi manque de réactivité.

79. Il faut retenir que les actes de *soft law* ne fondent pas leur caractère juridique au regard des critères classiquement retenus pour constituer le phénomène juridique. C'est dans le cadre d'une conception graduelle de la force juridique que le droit souple obtient son brevet officiel de juridicité. En suivant ce raisonnement, il est admis par une partie de la doctrine que la nature juridique d'un acte repose simplement sur sa capacité à produire un effet de droit. Ce mouvement d'objectivisation du phénomène juridique s'appuie sur la notion de juridicité atténuée qui permet de justifier de l'existence du droit souple en tant que norme juridique. Ainsi, la force juridique du *soft law* tient tout d'abord à son effectivité et à la capacité qu'ont les acteurs du secteur à percevoir cette norme comme obligatoire, l'assimilant à la loi. La réception de la norme et sa large adhésion par le corps social sont le signe d'une certaine légitimité dans la reconnaissance de son statut juridique. Face à l'inefficacité de la loi, le droit souple semble constituer une parade suffisante pour répondre aux besoins de la profession. La production

²³⁴ MOULIN (A.-M.), « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire. La politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 3, p.58.

²³⁵ GERRY-VERNIERES (S.), *op. cit.*, p.308.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ MEKKI (M.), *op. cit.*, p.1.

d'effets juridiques tangibles constitue par conséquent le seul argument valablement utilisé par une partie de la doctrine pour justifier de l'accession du *soft law* au rang de norme juridique.

Conclusion du Chapitre I

80. Il faut ici rappeler que la profusion ces dernières années de normes issues de la pratique ne peut plus aujourd'hui être éludée en tant que source du droit bancaire et financier face à l'efficacité et l'effectivité des actes de *soft law*. La construction du *soft law* est le fruit de plusieurs avancées doctrinales manifestées par la prise en compte de l'insuffisance des critères traditionnels de normativité et la nécessité d'un véritable renouveau de l'approche doctrinale en la matière. Dès lors, la nouvelle conception de la force normative portée par le Professeur Catherine Thibierge permet enfin d'ouvrir le champ des possibles, en dépoussiérant la pensée traditionnelle de la suprématie de la loi qui constitue un véritable frein à la consécration juridique du *soft law*.

81. Ainsi, la reconnaissance d'une échelle de densité normative donne naissance au droit souple et fonde son existence sur le modèle d'une gradation du droit allant du plus dur au plus souple. Les récentes contributions de la doctrine qui permettent l'affirmation d'une juridicité atténuée des actes de *soft law* et reconnaissent la production d'effets juridiques, innove et vont bien au-delà d'une conception désormais archaïque du mur séparant le droit et l'isolant du non-droit.

Chapitre II : Les manifestations du *soft law* en matière bancaire et financière : le point d'ancrage de la *compliance*

82. L'apparent désordre normatif créé par l'adoption constante d'actes de *soft law* impose une rationalisation dans l'articulation des divers instruments de droit non-contraignant. La difficulté tient alors à embrasser toutes les manifestations du *soft law* dans un même développement. Afin d'ordonner la matière, cette étude imposera de déceler dans un premier temps, les différentes fonctions et typologies de *soft law* pour les regrouper au sein de sous-catégories susceptibles de rendre compte des différents effets juridiques produits par le droit souple (Section I).

83. Puis dans un second temps, il sera nécessaire d'aller plus loin et d'effectuer un recensement des normes de *soft law* en matière bancaire et financière selon l'origine du *soft law* et la qualité de son auteur. Ce classement des normes de *soft law* permettra alors d'envisager les différents émetteurs publics et privés du droit souple. Il conviendra dans ce cadre, de s'intéresser plus précisément à la régulation privée pour bien comprendre l'origine de la *compliance* qui constitue l'une des manifestations du *soft law* (Section II).

Section I : Les différentes fonctions des actes de *soft law* dans le système juridique

Section II : Le recensement des actes de *soft law* en matière bancaire et financière

Section I : Les différentes fonctions des actes de *soft law* dans le système juridique

84. L'approche fonctionnelle qui consiste à analyser un phénomène en raison de la fonction qu'il assure dans le système juridique n'est pas inédite et reste très critiquée par les défenseurs de la conception formelle²³⁸. Certains auteurs y voient un moyen de justifier et de mettre en avant la position occupée par le droit souple dans le système juridique²³⁹. C'est le choix qui est également adopté dans cette étude, pour élaborer un classement des normes de droit souple et parler de l'ensemble des phénomènes juridiques susceptibles de revêtir la dénomination de *soft law*. Au regard de leurs différentes fonctions, les actes de *soft law* peuvent constituer tour à tour des instruments de réglementation à la disposition du législateur (§1), des instruments d'interprétation faisant l'apanage du juge et des autorités de régulation (§2) et enfin, l'expression du discours de régulation du secteur bancaire et financier (§3).

§1 Le soft law, un instrument de réglementation à la disposition du législateur

85. Le *soft law* peut constituer un instrument de réglementation à la disposition du législateur dont la typologie correspond à la notion de « *soft law* périlégislatif » (A.) telle que définie par le Professeur Isabelle Hachez. En outre, les composantes du « *soft law* périlégislatif » constituent une source matérielle du droit contraignant ou *hard law* par le biais de sa participation au processus législatif (B.).

A. La définition de la typologie de « *soft law* périlégislatif »

86. La fonction réglementaire des actes de *soft law* se conçoit comme la faculté à mettre en œuvre des politiques de droit contraignant tout en utilisant des instruments juridiques non-contraignants. Dès lors, la frontière entre le *soft law* et le *hard law* reste très poreuse, la fonction réglementaire des actes de *soft law* se déployant dans l'environnement du droit positif en vigueur. À titre d'exemple, on peut citer les actes qui participent au fonctionnement interne des institutions ou encore à la constitution d'une doctrine administrative. Il résulte de cette idée que les actes de *soft law* viennent encadrer la réglementation contraignante et en dévoile « les subtilités et les raffinements normatifs »²⁴⁰. Cette typologie correspond à la notion de « *soft law* à caractère périlégislatif » définie par le Professeur Isabelle Hachez²⁴¹. Au cours de cette étude, le « *soft law* périlégislatif » peut se traduire comme l'ensemble des instruments juridiques non-

²³⁸ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, n°851, 1950, I, §4.

²³⁹ GERRY-VERNIERES (S.), *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non-contraignantes*, Economica, 2012. [Doctorat : Droit privé : Paris II, 2010].

²⁴⁰ CAZALA (J.), « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.17.

²⁴¹ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°2, vol. 65, 2010, p.42.

contraignants situés en périphérie du droit, si bien que « loin d'être absolue, la frontière entre *soft law* et *hard law* s'apparente à une zone grise à telle enseigne que le passage de l'un à l'autre se conçoit sous la forme d'un *continuum*, et non sous celle du franchissement d'un seuil »²⁴². Ainsi, le *soft law*, dans le cadre de sa fonction réglementaire, entretient des rapports ambigus avec le droit contraignant qu'il convient d'envisager.

87. Pour ordonner cette matière, il est préférable de se référer à la grille élaborée par certains auteurs²⁴³ à partir de laquelle une grande variété d'instruments juridiques non-contraignants semble se réunir en amont ou en aval de processus législatif, autour des fonctions « pré-législatives » et « post-législatives » qui font partie intégrante de la notion de « *soft law* périlégislatif ». Au regard de la fonction « pré-législative », l'acte de *soft law* prévient de « l'adoption plus ou moins imminente de futures réglementations contraignantes »²⁴⁴ et cherche à orienter l'action du législateur²⁴⁵. Il incite à une action normative et constitue une étape dans la construction du droit : « le *soft law* d'aujourd'hui, est ou énonce le *hard law* de demain »²⁴⁶. La fonction « post-législative »²⁴⁷, quant à elle, diffère de la précédente en ce qu'elle a pour objectif de « faciliter, voire d'accélérer, la mise en œuvre d'une réglementation contraignante »²⁴⁸. Là où la fonction « pré-législative » se situe en amont, en phase de gestation de la norme, la fonction « post-législative » suppose au préalable une entrée dans le processus d'élaboration de la norme. Plus précisément, la différenciation entre ces typologies de « *soft law* pré-législatif et post-législatif » est marquée au travers des mouvements d'impulsion et d'accompagnement générés à l'encontre du droit contraignant. Si le « *soft law* pré-législatif » sert de « banc d'essai à la réglementation »²⁴⁹ et impulse la réflexion, il en va tout autrement du « *soft law* post-législatif » qui vient rationaliser et accompagner l'application du droit dur. Ensemble, ils favorisent et permettent à la réglementation de s'établir.

88. Un bon nombre d'actes de *soft law* peuvent en ce sens intégrer cette classification de « *soft law* périlégislatif » en tant qu'instruments de réglementation. Pour bien comprendre la place et l'utilité que leurs confèrent le législateur, il y a lieu de définir plus précisément dans quelle mesure le *soft law* participe au processus de création de la loi et de la réglementation, et constitue à cet effet, une source matérielle du droit contraignant ou *hard law* (B.).

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ SENDEN (L.), *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, Vol. 9, EJCL, 2005, p.236.

²⁴⁴ DE SADELEER (N.), « Les actes hors nomenclature et le *soft law* européen » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, op. cit., p.256.

²⁴⁵ HACHEZ (I.), op. cit., p.49.

²⁴⁶ DEUMIER (P.), « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Hommage au professeur Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p.350.

²⁴⁷ SENDEN (L.), op. cit., p.236.

²⁴⁸ DE SADELEER (N.), op. cit., p.257.

²⁴⁹ *Ibidem*.

B. Le « *soft law* périlégislatif », une source matérielle du *hard law*

89. Le processus classique d'élaboration de la loi ou de la réglementation résulte dans un premier temps d'un long travail de négociation et de discussion dont les premières étapes se manifestent par la mise en place d'études d'impact, de documents de réflexion, etc. Cette documentation illustre parfaitement le mouvement d'impulsion du « *soft law* pré-législatif », au moment de la création de normes de droit dur (1.). Dans un second temps, il n'est pas rare que des actes de « *soft law* post-législatif » soient émis après le déploiement du droit contraignant afin d'assurer une bonne compréhension de la norme de *hard law* par ses destinataires (2.)

1. La fonction d'impulsion du « *soft law* pré-législatif »

90. Depuis quelques années, les institutions européennes, et plus particulièrement la Commission européenne, n'ont cessé de promouvoir les initiatives de simplification et d'amélioration de l'environnement réglementaire²⁵⁰. À cet effet, le programme pour une meilleure réglementation *Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union*²⁵¹ consiste à élaborer et évaluer les politiques et les législations de l'UE en tenant compte des avis des citoyens et des parties intéressées. Il vise à obtenir une « réglementation ciblée »²⁵² n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs réglementaires poursuivis. Concrètement, avant de proposer une nouvelle législation, la Commission européenne évalue l'impact prévu et réel des mesures à chaque étape du processus décisionnel. Une planification et une analyse détaillées sont effectuées avant toute action. Les citoyens et les parties intéressées peuvent donner leur avis sur les feuilles de route et les analyses d'impact initiales, pour lesquelles la Commission européenne présente de nouvelles idées de politiques et de législations. En parallèle, le Comité d'examen de la réglementation²⁵³ créé par la Commission européenne a pour mission de vérifier la qualité de l'ensemble des analyses d'impact. Institué en 2006, ce Comité s'est déjà positionné sur plus de 700 analyses d'impact²⁵⁴.

91. Dans le même sens, les pouvoirs publics français ne réglementent eux aussi que lorsqu'une étude d'impact accompagnant les projets de loi a été formalisée. Ainsi, sauf

²⁵⁰ Exemples de ces initiatives à travers : COM (2007) 23 : Le programme d'action sur la réduction des contraintes administratives dans l'UE, ou encore COM (2010) 543 final : Communication sur la réglementation intelligente.

²⁵¹ COM(2016) 615 final.

²⁵² Comm. (UE), « Améliorer la réglementation : pourquoi et comment », en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_fr/>.

²⁵³ La Commission Européenne, dans une communication du 19 mai 2015 C(2015) 3262 final, a annoncé que le comité d'analyse d'impact serait transformé en un comité indépendant d'examen de la réglementation afin de renforcer le système actuel de contrôle de la qualité. Pour plus d'informations sur les missions, tâches et composition de ce comité, en ligne :

<http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/c_2015_3262_fr.pdf>.

²⁵⁴ C(2015) 3262 final, p.2.

exceptions prévues par la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009, tous les projets de loi sont accompagnés d'une étude d'impact, réalisée par le gouvernement et « définissant les objectifs poursuivis, exposant les motifs du recours à une nouvelle législation, l'état actuel du droit dans le domaine visé, l'articulation du projet avec le droit européen, l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions du projet et les modalités d'application envisagées ainsi que leurs conséquences »²⁵⁵. La mise en place de ce régime d'évaluation a assurément pour effet de limiter la croissance du nombre d'actes contraignants²⁵⁶. Cette nouvelle approche témoigne d'une volonté de produire des normes juridiques mieux calibrées à travers une démarche plus souple de formalisation du droit. En ce sens, la fonction principale du « *soft law* pré-législatif » résulte d'une impulsion politique²⁵⁷ en ce qu'il encourage l'information et le débat réglementaires. L'utilisation de ces instruments conduit alors nécessairement à élaborer des textes dont l'articulation est plus visible. Ils permettent de franchir, en douceur, des pas décisifs et de faire émerger progressivement une nouvelle « culture décisionnelle »²⁵⁸ où les parties prenantes peuvent donner leur avis. L'élaboration de la loi « PACTE » promulguée le 22 mai 2019²⁵⁹ en est une excellente illustration, avec la mise en place d'un plan élaboré en « co-construction » avec une multitude d'acteurs. À cet effet, les pouvoirs publics ont sollicité la contribution de plusieurs organisations professionnelles et acteurs de la société civile pour formuler un certain nombre de propositions en amont du processus législatif et participer à une première consultation. Un travail de restitution des travaux conduits par les parlementaires et chefs d'entreprise au cours d'ateliers thématiques a été effectué en phase préliminaire pour cibler au plus près les besoins exprimés²⁶⁰. L'étude d'impact ainsi menée a abouti à la rédaction de près de 700 pages constitutives du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises²⁶¹. À la lecture du nombre de pages produites, on peut vraisemblablement penser que cette démarche répond certes à une formalisation plus souple du droit mais ne semble pas pour autant source de simplification.

²⁵⁵ Ass. Nat., « Études d'impact – dépôt des contributions », en ligne : <<http://etudesimpact.assemblee-nationale.fr/>>.

²⁵⁶ DE SADELEER (N.), *op. cit.*, p.256.

²⁵⁷ RUBIO (N.), « Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires », *RTD Eur.* 2007, p.597.

²⁵⁸ DE SADELEER (N.), *op. cit.*, p.256.

²⁵⁹ Loi n°2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JO* n°0119, 23 mai 2019, texte n°2.

²⁶⁰ Ministère de l'économie et des finances, « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. Restitution des travaux conduits par les parlementaires et chefs d'entreprise », 21 déc. 2017, en ligne :

<https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=C89E8587-D182-400F-8E3A-A8D9B3AE995E&filename=272%20-%20DP%20PACTE.pdf>.

²⁶¹ Ass. Nat., « Etude d'impact – Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises », 18 juin 2018, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b1088_etude-impact>.

92. Par ailleurs, l'auteur des instruments juridiques qualifiés de « pré-législatifs » peut être habilité à légiférer. C'est le cas de la Commission européenne, qui, outre les analyses d'impact, a recours aux livres verts²⁶² et blancs²⁶³ ou « *Green & White papers* ». Ces documents de réflexion déployés au niveau européen sont destinés à alimenter la discussion entre les différentes parties prenantes (*stakeholders*)²⁶⁴ et participent d'un processus de consultation et de débat sur la base de propositions. Dans certains cas, les livres verts sont à l'origine de développements législatifs²⁶⁵ qui sont ensuite exposés dans les livres blancs vers une ouverture du débat avec le public, le Parlement et le Conseil européens, et un consensus politique²⁶⁶. Mais le « *soft law* pré-législatif » peut tout aussi bien émaner d'acteurs privés, à l'image du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton sur les gouvernements d'entreprise des sociétés cotées, déployé à l'initiative de l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) et du Mouvement des entreprises française (MEDEF)²⁶⁷. Ce rapport, qui succède aux rapports de juillet 1995 et juillet 1999 du Comité sur le gouvernement d'entreprise, présidé par Marc Viénot, constitue « l'antichambre » de la loi de sécurité financière (LSF) du 1^{er} août 2003²⁶⁸. Sur le fondement du rapport Bouton, la LSF a créé pour les sociétés cotées une obligation nouvelle d'information des actionnaires et du marché en matière de gouvernement d'entreprise et de contrôle interne. Plus récemment, le rapport Notat-Senard relatif à « l'entreprise, objet d'intérêt collectif »²⁶⁹ est une source d'inspiration pour l'adoption de la loi « PACTE »²⁷⁰. Il vise à renforcer la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans la stratégie et l'activité des entreprises.

93. En somme, le « *soft law* pré-législatif » vient enrichir le processus législatif en ce qu'il impulse et participe activement à la création de normes de droit contraignant. Il va de soi que l'adoption de normes de droit souple après l'édiction de la loi ou de la réglementation ou « *soft*

²⁶² Europa, *Glossary of summaries*, en ligne : http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ DE SADELEER (N.), *op. cit.*, p.261.

²⁶⁵ À titre d'exemple, Comm. (UE), *Green paper on the EU Corporate governance framework*, Commission Européenne, COM(2011) 164 final, Avr. 2011, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0164&qid=1478108370041&from=FR>.

²⁶⁶ À titre d'exemple, Comm. (UE), *White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, Commission Européenne, COM(2007) 807 final, Déc. 2007, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0807&qid=1478109825225&from=FR>.

²⁶⁷ AFEP-MEDEF, *Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton. Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, Oct. 2003, en ligne : http://www.paris-europlace.net/files/a_09-23-02_rapport-bouton.pdf : Ce rapport a ensuite donné naissance au Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP-MEDEF publié en décembre 2008.

²⁶⁸ Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, JO 2 août 2003, p.13220.

²⁶⁹ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 9 mars 2018, en ligne : https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=FAA5CFBA-6EF5-4FDF-82D8-B46443BDB61B&filename=entreprise_objet_interet_collectif.pdf.

²⁷⁰ v. *supra* n°91.

law post-législatif » joue elle aussi un rôle important d'accompagnement, au moment du déploiement et de la mise en application du *hard law* (2.).

2. La fonction d'accompagnement du « *soft law* post-législatif »

94. Les actes atypiques²⁷¹ adoptés par les institutions européennes illustrent parfaitement cette typologie de « *soft law* post-législatif » en ce qu'ils peuvent apporter des précisions et des aménagements institutionnels qui n'étaient pas susceptibles de figurer en détail dans le droit contraignant. N'intégrant pas la catégorie des actes juridiques prévus par le traité sur le fonctionnement de l'UE²⁷², ils peuvent concerner le fonctionnement et l'organisation des institutions communautaires comme les modalités de collaboration entre les institutions, et traduisent essentiellement l'opinion des institutions sur certaines problématiques européennes ou internationales. À titre d'exemple, le Parlement européen exprime certaines de ses positions politiques par des résolutions²⁷³ ou des déclarations²⁷⁴. De même, le Conseil européen adopte régulièrement des conclusions, des résolutions²⁷⁵ ou des orientations à l'issue de ses réunions.

95. Les autorités de régulation françaises, à l'instar des institutions européennes, publient ponctuellement des documents explicatifs afin de donner des précisions jugées importantes – de leur propre chef – sur un point particulier de la réglementation applicable²⁷⁶. Ainsi, dans un souci de transparence et de prévisibilité, l'ACPR adopte des positions²⁷⁷ pour l'application des dispositions législatives et réglementaires par les organismes soumis à son contrôle. Ces positions permettent au régulateur bancaire français d'exposer la manière dont il analyse le

²⁷¹ Europa, *Summaries of EU legislation*, Nov. 2015, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=URISERV:ai0037>>: Les actes atypiques constituent une catégorie d'actes adoptés par les institutions européennes. Ils peuvent être relatifs à l'organisation interne de l'Union européenne ou avoir une portée plus générale en portant sur des domaines politiques précis.

²⁷² JOUE C 326, 26 octobre 2012.

²⁷³ À titre d'exemple, Parl. (UE), *Résolution sur le rapport annuel 2011 de la Banque centrale européenne* (2012/2304(INI)), Parlement Européen, 17 avr. 2013, JOUE C 45, 5 févr. 2016, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1481895099502&uri=CELEX:52013IP0176>>.

²⁷⁴ À titre d'exemple, JO C 293E du 2 décembre 2006, : Parl. (UE), *Déclaration sur l'approvisionnement des associations caritatives agréées pour la mise en œuvre du programme européen d'aide alimentaire aux plus démunis*, Parlement Européen, 4 avr. 2006, JOUE C 293, 2 déc. 2006, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006IP0125&qid=1481895099502&from=FR>>.

²⁷⁵ À titre d'exemple, Cons. (UE), *Résolution relative à une régulation plus efficace des marchés des valeurs mobilières dans l'Union européenne*, Conseil européen, 23 mars 2001, JOUE C 138, 11 mai 2001, en ligne :

<[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1481896837347&uri=CELEX:52001XG0511\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1481896837347&uri=CELEX:52001XG0511(01))>.

²⁷⁶ ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juill. 2011, modifiée en Juin 2017, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/09/13/2017-politique-de-transparence-de-l-acpr.pdf>>.

²⁷⁷ À titre d'exemple, ACPR, *Position 2014-P-07 relative à la désignation des « dirigeants effectifs » au sens de l'article L. 511-13 et du 4 de l'article L. 532-2 du Code monétaire et financier*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 20 juin 2014, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20140620-position-2014-p-07-de-l-acpr_0.pdf>.

texte concerné et dont il doit être appliqué par les établissements assujettis. De son côté, l'AMF publie également des documents explicatifs tels que des positions²⁷⁸, dans lesquelles elle indique la manière dont elle applique les dispositions législatives et réglementaires à des cas individuels²⁷⁹. L'adoption de ces actes de « *soft law* post-législatif » plaide inéluctablement en faveur d'un mouvement de déréglementation²⁸⁰ largement adopté ces dernières années par les États-Unis²⁸¹. L'autorité publique habilitée à légiférer fait un « choix délibéré »²⁸² d'opter pour une démarche souple plutôt que de poursuivre une approche contraignante. La diminution de la pression réglementaire à travers le recours aux instruments juridiques non-contraignants traduit une véritable volonté d'accompagnement des destinataires de la norme dans la mise en place du droit contraignant.

96. La typologie de « *soft law* périlégislatif » et son interaction avec les normes de droit contraignant permet d'évoquer et de répertorier sous l'appellation *soft law* un certain nombre de documents qui participent de près ou de loin à la construction du droit et au renforcement de son application. Ainsi, ces normes de droit souple se sont imposées progressivement autour de la loi et de la réglementation avec une réelle volonté de faciliter mais aussi de concevoir le processus législatif différemment. En outre, les actes de *soft law* peuvent avoir une fonction interprétative forte, qu'il convient de souligner (§2).

§2 Le *soft law*, un instrument d'interprétation à la disposition du juge et des autorités de régulation

97. Le droit souple peut avoir une finalité interprétative et constituer une aide pour mieux comprendre les normes juridiques contraignantes (A.). Celui-ci peut également représenter un moyen d'interprétation, auxiliaire de la règle de droit à la disposition du juge (B.).

A. Les normes de *soft law* à finalité interprétative

98. Au travers de normes dites « interprétatives »²⁸³, les autorités de régulation livrent leurs interprétations des lois et règlements dont elles contrôlent le respect. Essentiellement

²⁷⁸ À titre d'exemple, AMF, *Position AMF n°2012-17, Exigences relatives à la fonction de conformité*, Autorité des Marchés Financiers, 26 nov. 2012, modifié le 1^{er} août 2014 en ligne : <http://www.afg.asso.fr/wp-content/uploads/2014/08/2014_08_01_Position%20AMF%20n%C2%B02012-07%20-%20conformite.pdf>.

²⁷⁹ AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers*, Autorité des Marchés Financiers, 17 juill. 2014, en ligne : <<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Principes%20de%20doctrine.pdf>>.

²⁸⁰ v. *infra* n°183.

²⁸¹ MULLER (A.-C.), « La régulation bancaire et financière dans l'Union européenne après la crise », *BJB*, n°7-8, 2015, p.348 : Au début des années 1980, l'État s'est progressivement désengagé pour arriver à un recul remarquable de son intervention (du moins outre-Atlantique).

²⁸² HACHEZ (I.), *op. cit.*, p.49.

²⁸³ MARLY (P.-G.), « L'arsenal normatif de l'Autorité de Contrôle Prudentiel », *BJB*, n°10, 2011, p.258.

explicatif, le droit souple à finalité interprétative ne crée aucune obligation au passif des organismes contrôlés et ne peut fonder une quelconque mesure administrative ou disciplinaire à son encontre. L'action du régulateur se coule dans le moule de l'interprétation et ne prétend pas appliquer autre chose qu'une disposition légale ou réglementaire²⁸⁴. Cependant, s'il n'ajoute rien à la loi ou au règlement, le régulateur livre son interprétation du texte et dévoile le sens qu'il en retient. Cette analyse constitue des directives supplémentaires à la disposition des professionnels régulés qui souhaitent se conformer rapidement aux évolutions législatives et réglementaires applicables à leurs activités.

99. La pratique est fréquente : on peut mentionner les « documents généraux d'analyse et d'interprétation »²⁸⁵ de l'ACPR, à l'image des notices²⁸⁶ émises en matière prudentielle afin d'apporter des explications aux personnes contrôlées par exemple sur les modalités de mise en œuvre de la réforme réglementaire européenne Solvabilité II. C'est le cas également des lignes directrices²⁸⁷ ou encore des principes d'application sectoriels publiés par l'ACPR, qui analysent et explicitent la réglementation applicable en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT). Pour l'AMF, le droit souple est surtout destiné à faciliter l'appropriation du Règlement général par les acteurs du secteur ou à promouvoir des bonnes pratiques allant au-delà de leurs obligations. L'article L.621-6 du Code monétaire et financier reconnaît ainsi expressément à l'AMF le pouvoir de « publier des instructions et des recommandations aux fins de préciser l'interprétation du Règlement général ». Le droit dur ne pouvant se saisir de tout, compte tenu de l'évolution constante des activités financières, une abondante production de normes d'interprétation semble nécessaire.

100. En Europe, les autorités de régulation du secteur bancaire et financier publient sur le même principe, à destination des professionnels régulés, un ensemble de normes interprétatives, à l'image des « *guidances* »²⁸⁸ ou « *interpretative guides* »²⁸⁹ qui ne sont pas juridiquement contraignantes. L'autorité de régulation britannique, la Financial Conduct

²⁸⁴ SYNVET (H.), « Le "soft law" en matière bancaire et financière », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 8, p.78.

²⁸⁵ ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, op. cit.

²⁸⁶ À titre d'exemple, ACPR, *Notice « Solvabilité II » Système de gouvernance*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 17 déc. 2015, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20151218-notice-solvabilite2-systeme-gouvernance.pdf>>.

²⁸⁷ À titre d'exemple, ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution & Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins, 15 févr. 2018, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/24/022018_Id_ds_tracfin_0.pdf>.

²⁸⁸ Terme traduit de l'anglais par « Orientation ».

²⁸⁹ Terme traduit de l'anglais par « Guide d'interprétation ».

Authority (FCA), a ainsi publié une « *finalised guidance* »²⁹⁰ suite à la mise en place des *Payments Accounts Regulations* en 2015. L'autorité de régulation allemande Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) a de son côté eu recours aux « *interpretative guides* »²⁹¹ pour analyser une ordonnance relative aux exigences prudentielles qui incombent aux institutions bancaires. En somme, ces différentes normes ont en commun de porter l'analyse du régulateur sur le droit positif, ce qui justifie pour certains de leur statut proprement doctrinal²⁹².

101. Par ailleurs, le régulateur, au travers de cet arsenal normatif, peut se laisser aller jusqu'à des « interprétations créatrices »²⁹³ et franchir la limite des textes. Le discours de l'interprétation rejoint alors inéluctablement le discours de la réglementation précédemment évoqué à travers la notion de « *soft law* post-législatif ». À titre d'exemple, lorsque l'AMF entreprend de prévenir le risque d'une commercialisation inadaptée d'instruments financiers complexes auprès du grand public, on est bien loin d'une simple interprétation des dispositions du Code monétaire et financier ou du Règlement général de l'AMF. L'instrument juridique utilisé est alors la position²⁹⁴.

102. En outre, il n'est pas rare que l'autorité judiciaire fasse référence aux normes de *soft law* pour étayer ses décisions, comme moyen d'interprétation auxiliaire de la règle de droit (B.).

B. Le moyen d'interprétation auxiliaire de la règle de droit

103. Si par principe le *soft law* n'est pas utilisé par le juge comme le serait une règle de droit classique, il peut néanmoins être appréhendé différemment par ce dernier. Dans le processus interprétatif, le juge peut s'appuyer sur le droit souple comme moyen d'interprétation auxiliaire de la règle de droit²⁹⁵. Le recours aux actes de *soft law* constitue alors un outil supplémentaire à la disposition du juge qui permet la prise en compte du contexte de la norme, objet de l'interprétation. Ainsi, toutes les dispositions relatives à l'interprétation d'une norme

²⁹⁰ FCA, *Finalized Guidance on Payment Accounts Regulations 2015 Definition of a 'Payment Account'*, Financial Conduct Authority, Août 2016, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg16-6.pdf>>.

²⁹¹ BaFin, *Interpretation Guide to the Ordinance on the Supervisory Requirements for Institutions' Remuneration Systems*, German Federal Financial Supervisory Authority, 2014, en ligne : <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Auslegungsentscheidung/BA/ae_140101_institutsvergv_en.html>.

²⁹² MARLY (P.-G.), *op. cit.*, p.528.

²⁹³ SYNDET (H.), *op. cit.*, p.78-81.

²⁹⁴ AMF, *Position AMF n°2010-05 Commercialisation des instruments financiers complexes*, Autorité des Marchés Financiers, 15 oct 2010, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/07/24/2010-05-position-commercialisation-instrument-complexe.pdf>>.

²⁹⁵ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, EDCE, 2013, en ligne : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>>.

juridiquement contraignante jouent un rôle primordial en ce qu'elles permettent de définir « le sens ordinaire des termes à la lumière de l'objet et du but de la norme interprétée »²⁹⁶. Cet effort de contextualisation a un impact certain sur le résultat de l'interprétation puisque le juge confronté à des notions non-définies dans la norme interprétée ne va pas hésiter à se référer à des instruments plus précis, qu'ils soient contraignants ou non. La référence au contexte de la disposition interprétée peut alors devenir un élément essentiel. Comme l'indique le Professeur Robert Kolb, « la fonction générale du « contexte » comme élément d'interprétation est d'éclairer un texte ou un ensemble normatif en permettant de le voir ou de le supposer comme un tout cohérent »²⁹⁷.

104. La réception du droit souple par le juge tant européen que national témoigne d'une ouverture des sources d'interprétation à la disposition du juge²⁹⁸. En effet, la référence aux normes de *soft law* intervient dans la méthode de raisonnement des juges européens, qui intègrent les avis, les livrets verts et rapports d'experts dans les questionnements de la CEDH ou encore de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)²⁹⁹. Le juge de la Cour de cassation peut également tenir compte des instruments dépourvus de tout caractère contraignant dans l'examen de la contestation d'un acte juridique contraignant ou pour combler un vide juridique³⁰⁰. La Cour de cassation prend elle aussi en considération « des données non juridiques dans la détermination de certaines politiques juridiques »³⁰¹. À titre d'illustration, on peut citer l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 22 avril 1980 à propos des avis de la Banque de France. Dans cette affaire, le demandeur faisait grief à la Cour d'appel d'avoir méconnu le caractère obligatoire des avis aux cédants édictés par la Banque de France. A cet égard, comme le souligne l'un des commentateurs de cet arrêt, la Cour de cassation rejette le moyen formé en précisant que lesdits avis « n'ont pas de caractère réglementaire », et rappelle dans un second temps qu'ils peuvent néanmoins constituer « des normes professionnelles imposant des obligations de prudence et de diligence, dont la violation constituerait une faute »³⁰². Dès les années 1980, cet arrêt de cassation démontre à demi-mot la volonté d'utiliser ces instruments de droit souple comme moyen d'interprétation supplémentaire à la disposition du juge comme du justiciable.

²⁹⁶ CAZALA (J.), *op. cit.*, p.17.

²⁹⁷ KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, 2006, p.474.

²⁹⁸ v. *supra* n°54.

²⁹⁹ DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.119.

³⁰⁰ OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p.509.

³⁰¹ DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p.120.

³⁰² Cass.com. 22 avr. 1980, n°78-13.892, *SA Marseillaise de Crédit c/ SA Banque Hervet*, *RTD civ.* 1995, p.509, obs. OSMAN (F.).

105. De plus, si la Cour de cassation ne fait pas directement référence aux normes de droit souple dans le corps d'un arrêt rendu, il est possible de les deviner, « derrière la façade du syllogisme judiciaire », dans les travaux préparatoires d'arrêts³⁰³. La référence aux normes de droit souple est alors parfois divulguée dans les communiqués accompagnant l'arrêt, comme une source sans force décisive³⁰⁴. Par ailleurs et afin d'éviter toute confusion, il est nécessaire de rappeler que la prise en compte par le juge de normes de droit souple n'a pas d'incidence sur leur nature juridique³⁰⁵ et ne va pas jusqu'à les transformer en règles de droit dur. La prise en compte du *soft law* par le juge ne peut avoir lieu jusqu'alors que par un renvoi opéré par l'énoncé de la norme de droit dur interprétée : « le *soft law* joue un rôle de relais ou, mieux encore [permet d'] agir en synergie avec le droit positif en vigueur considéré comme inadéquat ou insuffisant »³⁰⁶.

106. En somme, la force interprétative du *soft law* ne doit pas être sous-estimée sous prétexte que le juge n'y fait pas directement référence au visa des arrêts rendus. Bien au contraire, les instruments de droit souple alimentent les sources du droit bancaire et financier et constituent un moyen supplémentaire à la disposition des professionnels pour mieux interpréter la loi ou la réglementation. De plus, le *soft law* peut constituer un lieu d'expression du discours de régulation du secteur bancaire et financier (§3). En témoigne la multiplication des actes de *soft law* créés, d'une part par les autorités de régulation pour encadrer l'action des professionnels et, d'autre part, par les praticiens qui utilisent le droit souple pour s'autodiscipliner.

§3 Le soft law, l'expression du discours de régulation du secteur bancaire et financier

107. Le concept de « régulation » se conçoit ici différemment de la « réglementation », en ce qu'il désigne tous les mécanismes par lesquels l'administration n'agit pas par la contrainte mais préfère le registre du conseil, de la recommandation ou de l'incitation³⁰⁷. En ce sens, la fonction régulatrice des actes de *soft law* découle des autorités de régulation, qui sont de grands émetteurs de normes juridiques non-contraignantes (A.). Elle résulte également du processus de régulation privée, qui intègre la typologie de « *soft law* paralégislatif » (B.) telle que définie par le Professeur Isabelle Hachez.

³⁰³ DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p.120.

³⁰⁴ *Ibid.*, p.121.

³⁰⁵ CAZALA (J.), *op. cit.*, p.17.

³⁰⁶ JACQUET (J.-M.), « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p.334.

³⁰⁷ GERRY-VERNIERES (S.), *op. cit.*, p.237.

A. Le *soft law*, l'instrument privilégié des autorités de régulation

108. La force du régulateur, contrairement à ce que l'on peut penser, n'est pas entièrement contenue dans ses prérogatives de puissance publique mais tient « à sa connaissance des milieux professionnels régulés et son expertise sur les enjeux du secteur, qui doivent lui permettre de susciter l'adhésion à ses prises de position »³⁰⁸. Face au recul de l'interventionnisme de l'État au cours des années 1980 et 1990, les AAI françaises se sont vues attribuer de nouvelles fonctions de régulation. Cette notion de régulation renvoie à « des formes ignorées de la normativité classique » qui emploient un droit nouveau³⁰⁹. À titre d'illustration, dans le cadre de l'exercice de sa mission de contrôle, l'ACPR a reçu le pouvoir normatif d'adopter et de publier des actes techniques de portée générale et obligatoire, relatifs aux informations qui lui sont adressées³¹⁰. Ces normes sont retranscrites dans des instructions et chartes de contrôle auxquelles les professionnels régulés doivent se conformer, sous peine de faire l'objet de mesures de police administrative ou de l'ouverture de procédures disciplinaires³¹¹. Bien que circonscrites aux seuls rapports entre le contrôleur et les contrôlés, ces normes techniques vont assurément plus loin que les normes interprétatives et témoignent d'un véritable pouvoir de réglementaire attribué à l'ACPR.

109. Les autorités de régulation sont légalement investies de la faculté de constater des bonnes pratiques ou de les édicter sous forme de recommandations dans les limites imposées par les textes³¹². À cet effet, l'AMF a recours au *soft law* comme instrument de régulation « afin d'encadrer les comportements des émetteurs et de leurs dirigeants dans des domaines non-couverts par les règles de droit positif, tout en maintenant une flexibilité importante et une capacité d'adaptation »³¹³. Elle publie régulièrement des recommandations³¹⁴ qui constituent une « invitation à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition ou comportement qu'elle considère comme susceptibles de faciliter la réalisation des objectifs des normes ou principes généraux relevant de son champ de compétence »³¹⁵. Même si elles ne

³⁰⁸ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, op. cit.

³⁰⁹ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne. Droit et société*, Vol. 35, 4^e éd., LGDJ, 2014, p.145-146.

³¹⁰ ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, op. cit.

³¹¹ C.monét.fin. art. L.612-24 et R.612-21.

³¹² À titre d'illustration, C.monét.fin. art. L.612-1, II, 3^o et L.612-29-1, al.2 consacrent ce pouvoir à l'ACPR.

³¹³ LETREGUILLY (H.), « Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise », *LPA*, n°10, 14 janv. 2016, p.14.

³¹⁴ Exemple concret : AMF, *Recommandation AMF n° 2012-02 Gouvernement d'entreprise et rémunération des dirigeants des sociétés se référant au code AFEP-MEDEF*, Autorité des Marchés Financiers, 9 févr. 2012 modifié le 22 déc. 2015, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Gouvernement%20d'entreprise%20et%20la%20r%C3%A9mun%C3%A9ration%20des%20dirigeants%20des%20soci%C3%A9t%C3%A9s%20se%20r%C3%A9f%C3%A9rant%20au%20code%20AFEP-MEDEF%20-%20Pr%C3%A9sentation%20consolid%C3%A9e%20des%20recommandations%20contenues%20dans%20les%20rapports%20annuels%20de%20l'AMF.pdf>.

³¹⁵ AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers*, op. cit.

sont pas impératives, les recommandations revêtent un caractère fortement incitatif, en ce que le simple fait pour les professionnels régulés de s'y conformer nourrit une « présomption de conformité à la réglementation »³¹⁶. Ces normes rangées sous le qualificatif d'« éthiques »³¹⁷ délimitent les comportements que les personnes régulées sont incitées à suivre dans leurs relations avec la clientèle, leur irrespect pouvant entraîner *a minima* une mise en garde³¹⁸.

110. La frontière entre le discours de recommandation, d'interprétation, de réglementation ou de dissuasion s'avère délicate à tracer. Le régulateur peut parfois tenir un double voire un triple langage en alternant les discours tout au long de la vie des instruments de droit souple. Aucun discours n'est exclusif l'un de l'autre, un acte pouvant « basculer de l'un à l'autre avec le temps, sans compter que les frontières [...] demeurent passablement poreuses »³¹⁹. Quoiqu'il en soit, les recommandations et bonnes pratiques émises par les différentes autorités de régulation témoignent des nouvelles responsabilités qui leur incombent, à savoir « veiller au respect d'une morale sectorielle dont elles sont parfois même l'instigatrices »³²⁰.

111. Les professionnels régulés s'inspirent très largement des recommandations et bonnes pratiques constatées et émises par le régulateur pour définir, à titre d'exemple, leurs codes de conduite qui émanent d'un processus de régulation privée (B.).

B. Le « *soft law* paralégislatif », le processus de régulation privée

112. Les appels des institutions à une ouverture plus importante du processus législatif à la société civile ont généré, depuis quelques années, l'éclosion d'une « production alternative du droit »³²¹. Ce nouveau mode de production du droit « serait le fait essentiellement d'acteurs privés divers »³²² concevant un droit en parallèle ou en concurrence avec le droit positif. Cette idée est retranscrite dans la notion de « *soft law* paralégislatif »³²³ qui ne se situe pas en périphérie du droit dur à l'image du « *soft law* périlégislatif », mais s'érige à côté des normes de droit contraignantes. Le préfixe grec « para », déjà utilisé pour parler de « para-légalité »³²⁴, définit alors une opposition, une résistance à la réglementation contraignante. Il constitue également dans ce sens « le produit final et non seulement une étape ou une phase

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ MARLY (P.-G.), *op. cit.*, p.528.

³¹⁸ C.monét.fin. art. L.612-30 et L.612-39.

³¹⁹ HACHEZ (I.), *op. cit.* : En parlant des différentes catégories qui composent le *soft law*.

³²⁰ MARLY (P.-G.), *op. cit.*, p.528.

³²¹ THIBIERGE C., « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.527.

³²² HACHEZ (I.), *op. cit.*

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ DUMONT (H.), « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in *Les sources du droit revisitées. Vol. 4, Théorie des sources du droit*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2013, p.639.

intermédiaire dans le cycle de la vie du droit ; le produit voulu ou le plus approprié pour l'utilisation instrumentale qu'on envisage »³²⁵.

113. Différents instruments de droit souple, allant des chartes éthiques et codes de conduite aux bonnes pratiques professionnelles, remplissent cette fonction « paralégislative » et connaissent depuis quelques années un essor important en droit bancaire et financier. En effet, de nombreux établissements de crédit ont mis en place depuis une vingtaine d'années leurs propres codes de conduite à l'image de la Société générale³²⁶ ou encore de la BNP-Paribas³²⁷. Ces codes privés émanant de la pratique présentent une particularité en la personne de leur auteur : une personne privée³²⁸. En France, le développement de ces codes privés n'est pas nouveau et trouve son origine au sein de la déontologie financière, où la désignation d'un déontologue s'est imposée en premier lieu dans le domaine financier, et est devenue obligatoire en 1998 pour les prestataires de service d'investissement³²⁹. À l'époque, l'objectif de ces règles était d'instaurer un modèle original de déontologie des activités financières qui repose sur des objectifs de transparence et d'intégrité des marchés financiers³³⁰. Puis, ce n'est que plus tardivement – dans le courant des années 1990 – que la profession bancaire contracte à son tour ses premiers engagements déontologiques³³¹. Le concept de déontologie inspiré par Jeremy Bentham³³² se concevait alors comme une morale utilitaire, un ensemble de règles « d'autodiscipline destinées à encourager les comportements moraux d'une profession »³³³. Aujourd'hui, les codes de conduites privés sont à distinguer nettement des codes de déontologie³³⁴, qui ont vocation à encadrer et à régir la profession et ne peuvent, dans ce sens, être assimilés à du *soft law*.

³²⁵ ABI-SAAB (G.), « Éloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p.66.

³²⁶ Société Générale, « Code de conduite du Groupe », 2013, mis à jour en Févr. 2019 en ligne : <https://www.societegenerale.com/sites/default/files/documents/Code%20de%20conduite/code_de_conduite_fr.pdf>.

³²⁷ BNP-Paribas, « Code de conduite du Groupe BNP-Paribas », 31 mars 2016, mis à jour le 23 janv. 2018, en ligne : <https://group.bnpparibas/uploads/file/codeofconduct_fr_16_01_2018_40p.pdf>.

³²⁸ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, 1982, p.47.

³²⁹ v. notamment, CAPLAIN (Y.) « Les déontologues, boucliers de l'éthique », *Banque magazine*, Févr. 2002, p.70.

³³⁰ JOBARD (J.-P.), « "Business Ethics" et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? » in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, (dir.) DE LA BRUSLERIE (H.), Economica, 1992, p.59.

³³¹ À titre d'exemple la charte des services bancaires de base du 9 juin 1992.

³³² BENTHAM (J.), *Déontologie ou Science de la morale*, 22^e éd., Encre Marine, 2006. p.25.

³³³ LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), « Banque - Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *RDBF*, Mai-juin 2014, Doss. 21, p.97.

³³⁴ v. dans ce sens BOURGNINAUD (V.), *Droit privé et déontologie*, S.I., 1996. [Doctorat : Droit Privé : Université de droit de Nantes, 1996].

114. La plupart des établissements de crédit, et plus largement la quasi-totalité des grandes entreprises mondiales, ont adopté à ce jour ces instruments de « *soft law* paralégislatif » dans le cadre d'une « initiative volontaire destinée à matérialiser leur responsabilité sociale »³³⁵. Ces documents ont vocation à promouvoir les principes et les règles de conduite de l'entreprise et achèvent un processus d'élaboration de la norme et de régulation privée. L'intérêt le plus pressant de ces documents est sans doute de « normaliser l'activité professionnelle à l'égard de la clientèle »³³⁶, en faisant la démonstration aux yeux des parties prenantes de l'établissement d'une réputation sérieuse. Les codes de conduite et chartes éthiques constituent dans ce sens une véritable vitrine vers l'extérieur qui a vocation à garantir le respect par l'entreprise de la réglementation et des pratiques professionnelles vis-à-vis de l'opinion publique. Cet affichage est d'autant plus important que la pratique du « *Name and Shame* »³³⁷ se développe en France. L'« autodiscipline largement orientée vers les relations externes »³³⁸ influe également sur les relations internes. Les normes de conduite édictent des « prescriptions de comportement »³³⁹ à l'intention des salariés, reflétant ainsi l'expression morale de l'entreprise.

115. Il est nécessaire de retenir que les actes de *soft law* occupent une place essentielle au sein du milieu bancaire et financier, dont les manifestations participent à la conduite des acteurs juridiques. Précisément, ils assurent une fonction de réglementation qui permet au législateur d'inclure les acteurs de la société civile dans le processus d'élaboration de la loi. Ils représentent également un soutien non négligeable à la disposition du juge et des autorités de régulation pour interpréter la règle de droit et aider les professionnels régulés dans l'application de la loi et de la réglementation. Enfin, ils constituent un instrument de régulation des comportements, reposant sur un mode d'action à la fois souple et concret des acteurs privés et publics du secteur. Pour toutes ces raisons, l'insertion dans le système juridique de ces normes de *soft law* a une propension à influencer sur les pratiques juridiques et nécessite un véritable recensement en matière bancaire et financière (Section II).

Section II : Le recensement des actes de *soft law* en matière bancaire et financière

116. Après avoir étudié les différentes fonctions que peuvent revêtir les actes de *soft law*, cette étude consiste à proposer un classement permettant de répertorier la grande majorité des normes de droit souple émises en matière bancaire et financière, qui sont pour le moins hétérogènes. En effet, pour ordonner une matière *a priori* rétive aux classifications, il y a lieu

³³⁵ PEREIRA (B.), « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue Management et Avenir*, n°21, 2009, p.26.

³³⁶ FARJAT (G.), *op. cit.*

³³⁷ v. *infra* n°335. CUZACQ (N.), « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p.473.

³³⁸ *Ibidem.*

³³⁹ PEREIRA (B.), *op. cit.*, p.26.

de faire une distinction selon l'origine du *soft law* et la qualité de son auteur. Sur ce fondement, le *soft law* d'origine privée (§1) se distingue naturellement du *soft law* d'origine publique (§2) en ce qu'il émane des acteurs privés du secteur bancaire et financier eux-mêmes et non de la puissance publique.

§1 Les normes d'origine privée

117. Les normes d'origine privée trouvent leur fondement auprès des acteurs privés du secteur bancaire et financier, qui participent activement au processus de régulation privée tel que défini précédemment³⁴⁰. Les organisations et associations professionnelles du secteur (A.) sont en effet d'importants émetteurs de *soft law*, tout comme les établissements bancaires et financiers (B.).

A. Les initiatives de codification privée des organisations et associations professionnelles

118. Les établissements bancaires et financiers sont regroupés au sein d'organisations et d'associations professionnelles, auxquelles ils adhèrent pour défendre leurs intérêts auprès des autorités de régulation. Dans le cadre de leurs actions, ces instances professionnelles contribuent grandement à produire des normes de *soft law* qu'il convient d'énumérer (2.). Toutefois, la distinction entre organisation et déontologie professionnelles s'impose en premier lieu, pour bien comprendre le fonctionnement de ces organismes (1.).

1. Organisation et déontologie professionnelles

119. Bien que très disparates, les initiatives d'autorégulation privée ont en commun de « régir les comportements et les pratiques des acteurs de la place »³⁴¹ à travers le déploiement de normes non-contraignantes. Ainsi, en matière d'organisation professionnelle, les manifestations de cette autorégulation subsistent dans le domaine bancaire et financier. Il découle de l'organisation des professions bancaires un ensemble de règles, de codes de bonne conduite, de codifications privées qui s'imposent aux acteurs du secteur. Cependant, pour éviter toute confusion, ces normes sont à différencier des règles de déontologie bancaire et financière en ce que ces dernières, relèvent « au premier chef de dispositions législatives et réglementaires dont il incombe aux tribunaux et au régulateur d'assurer le respect »³⁴². Les normes déontologiques qualifiées de « légales » viennent encadrer et régir certaines professions dont l'exercice est soumis à un ensemble d'exigences en matière de qualification et d'honorabilité³⁴³. Par conséquent, elles ne peuvent pas inclure la typologie des normes de

³⁴⁰ v. *supra* n°110.

³⁴¹ DOUVRELEUR (O.), « Le "soft law" en matière financière : le point de vue de l'Autorité des Marchés Financiers », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 5, p.63.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ À titre d'exemple, les professions de conseiller en investissement financier ou encore de commissaire aux comptes sont encadrées par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

soft law d'origine privée et ce même si l'organisation ou l'association professionnelle se trouve investie par la loi de la faculté d'émettre et de contrôler le respect des règles déontologiques.

120. Pour bien circonscrire cette notion de *soft law* d'origine privée, il est nécessaire de déterminer en quoi consiste l'organisation professionnelle des banques. Sur le plan interne, les établissements de crédit français sont tous regroupés au sein d'associations professionnelles régies par la loi du 1^{er} juillet 1901. L'adhésion à une association est obligatoire et organisée précisément par la loi en ce que les établissements de crédit sont tenus d'adhérer à un organisme professionnel ou à un organe central affilié à l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (AFECEI)³⁴⁴. Cette association instituée en 1984³⁴⁵ est née de la volonté initiale de tous les réseaux bancaires de se doter d'une structure de dialogue et d'un outil de travail commun pour traiter un nombre croissant de questions se posant à l'ensemble des établissements bancaires³⁴⁶. Pour exercer au mieux cette mission, l'AFECEI est investie de la faculté d'émettre des normes de *soft law* au travers de « l'élaboration de codes de conduite applicables aux établissements de crédit, aux sociétés de financement et aux entreprises d'investissement en vue de leur homologation dans les conditions mentionnées à l'article L. 611-3-1 »³⁴⁷. Elle émet également un ensemble de normes juridiques non-contraignantes en publiant des positions, à l'image de celle relative au financement par la foule ou « *crowdfunding* »³⁴⁸. Cependant, il faut noter qu'en pratique les établissements de crédit n'adhèrent pas directement à cette association mais à un organisme professionnel lui-même affilié à cette association, à l'image de la Fédération bancaire française (FBF) ou de l'Association française des sociétés financières (ASF)³⁴⁹. La profession bancaire a créé le 27 novembre 2010 une organisation professionnelle, la FBF, pour représenter et défendre les intérêts de toutes les banques installées en France³⁵⁰. Affiliée à l'AFECEI, elle rassemble 378 entreprises bancaires adhérentes de toutes origines (commerciales, coopératives ou mutualistes) françaises ou étrangères, afin de promouvoir d'une seule voix l'activité de la profession bancaire³⁵¹.

³⁴⁴ C.monét.fin. art. L511-29.

³⁴⁵ Son existence a été consacrée par l'article 23 de loi bancaire du 24 janv. 1984.

³⁴⁶ AFECEI, « Présentation de l'AFECEI », en ligne :

<<http://www.afecei.asso.fr/Web/Afecei/content.nsf/DocumentsByIDWeb/7S74JE?OpenDocument>>.

³⁴⁷ C.monét.fin. art. L511-29, al.2.

³⁴⁸ AFECEI, *Position de l'AFECEI sur le « financement par la foule »*, Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissements, 2014, en ligne :

<[http://www.afecei.asso.fr/web/AFECEI/content.nsf/DocumentsByIDWeb/9J2DAN/\\$File/PositionAFEC EI_FinanctParLaFoule%20\(2\).pdf](http://www.afecei.asso.fr/web/AFECEI/content.nsf/DocumentsByIDWeb/9J2DAN/$File/PositionAFEC EI_FinanctParLaFoule%20(2).pdf)>.

³⁴⁹ DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGER (J.), *op.cit.*, p.49.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ FBF, « Rôles et missions de la FBF », en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/la-federation-bancaire-francaise/missions/roles-et-missions-de-la-fbf>>.

121. Plus précisément, les organisations et associations professionnelles sont à l'origine de plusieurs initiatives de codification privée qu'il convient de détailler, afin de déterminer ce qui relève réellement du *soft law* d'origine privée (2.).

2. La production normative des organisations et associations professionnelles

122. À l'instar de l'ASF qui joue un rôle équivalent pour les établissements de crédit ayant le statut de sociétés financières, la FBF assure une mission de protection des intérêts collectifs de la profession bancaire vis-à-vis de l'extérieur, sans toutefois disposer d'un pouvoir disciplinaire³⁵². Cette mission se matérialise entre autres par l'élaboration, depuis plusieurs années, de normes et de préconisations professionnelles s'appliquant à la profession bancaire³⁵³. Mais ces textes peuvent-ils intégrer la catégorie des actes de *soft law* d'origine privée ? La question se pose inévitablement au regard du cadre légal dans lequel la FBF positionne ces textes, justifié par le contrôle des autorités de supervision³⁵⁴. En effet, la FBF impose aux établissements bancaires d'appliquer les normes professionnelles³⁵⁵ au travers d'une « obligation de moyen » et de mettre en œuvre les bons usages professionnels³⁵⁶ par le biais d'une « obligation de résultat »³⁵⁷. Ces obligations de moyen et de résultat trouvent leur fondement, selon la FBF, au travers du contrôle de l'ACPR et l'AMF quant à la bonne application de ces normes. En insistant sur le fait que « les banques ont l'obligation d'appliquer la norme professionnelle »³⁵⁸, on peut se demander si la FBF ne cherche pas à jouer aux « apprentis sorciers » en s'octroyant un pouvoir réglementaire. Ainsi, si les normes et bons usages professionnels ont toute l'apparence des actes de *soft law*, elles ne peuvent intégrer cette catégorie et présentent un statut hybride se rapprochant davantage de celui des règles déontologiques. Seules les préconisations professionnelles de la FBF³⁵⁹ semblent échapper à ce cadre légal et constituer un ensemble de normes juridiques non-contraignantes qui répondent à la définition du *soft law* d'origine privée.

³⁵² DECOQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGER (J.), *op. cit.*, p.50.

³⁵³ FBF, *Normes et préconisations professionnelles*, Fédération Bancaire Française, 1^{er} juill. 2015, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/la-federation-bancaire-francaise/normes-et-preconisations-professionnelles/normes-et-preconisations-professionnelles>>.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ À titre d'exemple : FBF, *Norme professionnelle : Convention AREAS*, Fédération Bancaire Française, Févr. 2016, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/files/A6SLQA/Norme-professionnelle-affichette-info-AERAS-fevrier2016.pdf>>.

³⁵⁶ À titre d'exemple : FBF, *Bon usage : Dispositif de mobilité bancaire*, Fédération Bancaire Française, 2015, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/files/ACHARS/Bon-usage-mobilite-bancaire-03082016.pdf>>.

³⁵⁷ FBF, *Normes et préconisations professionnelles*, *op. cit.*

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ À titre d'exemple : FBF, *Préconisation : Lisibilité des tarifs des produits de financement bancaire court terme destinés aux professionnels et TPE*, Fédération Bancaire Française, Juill. 2016, en ligne : <http://www.fbf.fr/fr/files/ABKBE6/preconisation%20_FBF_OFE_Lisibilit%C3%A9_des_tarifs-internet.pdf>.

123. Dans le même sens, les associations professionnelles européennes participent de cette organisation de la profession bancaire en ce qu'elles se présentent comme les porte-paroles de leurs membres auprès des autorités communautaires. On trouve parmi ces institutions la Fédération bancaire européenne (FBE) et l'Association bancaire pour l'euro. Créée en 1960, la FBE réunit 32 associations professionnelles nationales du secteur bancaire en Europe et se présente comme la voix du secteur bancaire européen³⁶⁰. À travers la publication de diverses positions³⁶¹ et lignes directrices ou « *guidances* »³⁶², la FBE contribue largement à la production de la codification privée. De même, l'Association bancaire pour l'euro a recours elle aussi à tout un panel d'instruments juridiques non-contraignants pour représenter ses membres auprès des instances nationales européennes pour toute question relative à l'utilisation de l'euro et à la compensation des transactions en euros³⁶³. On peut ainsi retenir les « *regulatory guidances* »³⁶⁴ ou autres « *discussion papers* »³⁶⁵ et « *opinions papers* »³⁶⁶.

124. En marge des organisations et associations professionnelles, il existe d'autres acteurs du secteur qui participent au quotidien à l'effort normatif de production du *soft law* d'origine privée. C'est le cas des établissements bancaires et financiers, professionnels régulés qui sont les principaux concernés (B.).

B. Les professionnels régulés : les établissements bancaires et financiers

125. La très grande majorité des établissements bancaires et financiers disposent de codes de conduite privés qui constituent le tout premier signe apparent de la normalisation professionnelle (1.). Puis, les labels et certifications de type ISO spécifiques à la responsabilité sociale des entreprises (RSE) ont également fait leur apparition (2.) jusqu'à l'entrée progressive

³⁶⁰ FBE, *The European Banking Federation*, en ligne : <<https://www.ebf-fbe.eu/about-us/>>.

³⁶¹ À titre d'exemple : FBE, *EBF response to the European Commission consultation on the possible impact of CRR and CRD IV on bank financing of the economy*, Fédération Bancaire Européenne, 7 oct. 2015, en ligne : <http://www.ebf-fbe.eu/wp-content/uploads/2015/10/EBF_017354-EBF-response-to-the-EC-consultation-on-CRR-CRD-IV_1.pdf>.

³⁶² À titre d'exemple : FBE, *Guidance for implementation of the revised Payment Services directive*, Fédération Bancaire Européenne, Sep. 2016, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/EBF_PSD2_guidance_September_2016.pdf>.

³⁶³ DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGER (J.), *op. cit.*, p.55.

³⁶⁴ À titre d'exemple : EBA, *Banks preparing for SEPA Migration: A guide to the SEPA Migration End-date Regulation*, Euro Banking Association, 2012, en ligne : <<https://www.abe-eba.eu/media/azure/production/1632/eba120514-banks-preparing-for-sepa-migration.pdf>>.

³⁶⁵ À titre d'exemple : ABE, *Discussion Paper on Electronic Invoicing and the Banking Industry*, Euro Banking Association, 2014, en ligne : <<https://www.abe-eba.eu/media/azure/production/1545/electronic-invoicing-and-the-banking-industry.pdf>>.

³⁶⁶ À titre d'exemple : ABE, *Opinion Paper on Exploring the Digital Customer Services Interface*, Euro Banking Association Working Group on Electronic & Alternative Payments, 2015, en ligne : <<https://www.abe-eba.eu/media/azure/production/1363/opinion-paper-on-exploring-the-digital-customer-services-interface.pdf>>.

des programmes de conformité désormais répandus partout avec la création d'une fonction de « conformité » ou *compliance* au sein des effectifs de la banque (3.).

1. Les codes de conduite, les prémices de la normalisation professionnelle

126. Les établissements bancaires et financiers se réfèrent depuis quelques années à d'autres systèmes de valeurs que ceux institués par le législateur. Initiée outre-Atlantique, la normalisation professionnelle gagne progressivement l'Europe et dépasse le strict champ juridique pour inclure le *soft law*. Dès les années 1930 aux États-Unis, les codes de conduite font leur apparition au sein de firmes transnationales américaines³⁶⁷ et pullulent dans de nombreux domaines. À cet effet, le Conseil d'État affirme que le droit souple se manifeste dans les relations internationales sous la forme « de codes de conduite ou initiatives privées volontaires émanant d'acteurs non-étatiques comme les entreprises multinationales »³⁶⁸. Découlant d'une démarche volontaire d'assurer l'autorégulation du secteur d'activité, les codes de conduite répondent à des préoccupations éthiques. À travers la promotion de valeurs, la profession affirme haut et fort les « préoccupations premières de l'entreprise »³⁶⁹. À ce titre, les codes de conduite privés déploient une série d'engagements destinés à améliorer l'image des entreprises signataires auprès du public. Cependant, d'un professionnel à l'autre, on peut s'interroger sur « la portée exacte de la manifestation de volonté »³⁷⁰ émise à l'occasion de la rédaction de tels codes. Souvent frappés d'imprécision ou de flou à travers des terminologies multiples, ces phénomènes de normalisation privée recouvrent des réalités différentes et ne prônent pas toujours les mêmes valeurs. Ainsi, au sein du secteur bancaire et financier, on trouve une grande diversité de codes émanant des professionnels régulés dont le contenu et le nombre de pages peut varier significativement. Par exemple, le *Code of business conduct and ethics*³⁷¹ de Goldman Sachs comprend moins de 10 pages et met en avant, entre autres, des valeurs d'éthique professionnelle, d'intégrité financière et de compétitivité, tandis que le *Our Code of conduct* de Citi Group³⁷² contient 60 pages et s'attarde davantage sur la conformité aux lois et règlements, le respect, ou encore la sécurité dans le travail. Certains codes de

³⁶⁷ FARJAT (G.), *op. cit.*

³⁶⁸ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, *op. cit.*

³⁶⁹ RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE*, n°4, 1996, p.409.

³⁷⁰ OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *op. cit.*

³⁷¹ Goldman Sachs, *Code of Business Conduct and Ethics*, 2015, en ligne :

<<http://www.goldmansachs.com/investor-relations/corporate-governance/corporate-governance-documents/revise-code-of-conduct.pdf>>.

³⁷² Citi Group, *Our Code of Conduct*, 2015, mis à jour en 2019, en ligne :

<http://www.citigroup.com/citi/investor/data/codeconduct_en.pdf>.

conduite, à l'image de celui de la Société Générale³⁷³, comportent également un ensemble de cas pratiques pour aider les collaborateurs à adopter une conduite adaptée.

127. Depuis les années 1980, on peut noter une vraie volonté des banques d'utiliser les codes de conduite comme « instrument de promotion économique »³⁷⁴ face à un nombre important d'amendes et de sanctions prononcées à leur encontre par les autorités de régulation. À titre d'illustration, la refonte du code de conduite de la BNP-Paribas a été entreprise afin de tirer des enseignements des erreurs passées³⁷⁵, comme le précise en introduction le directeur général de la BNP : « Il faut bien entendu appliquer scrupuleusement lois et réglementations. Mais nous devons aller au-delà en veillant à ce que chaque décision soit marquée par le plus profond sens de la responsabilité éthique. Cela commence par la capacité à tirer les enseignements des pratiques erronées »³⁷⁶. Il convient alors de s'interroger dans ce sens sur le processus de « markétisation » des codes de conduite déjà énoncé par certains auteurs au début des années 2000, sous le néologisme « markétique »³⁷⁷. En définitive, les établissements qui ont recours aux codes de conduite l'utilisent dans un but de compétitivité juridique à travers le développement d'une certaine forme de publicité juridique. Ce phénomène d'extension des méthodes de marketing au droit est croissant et témoigne d'une certaine « marchandisation du droit »³⁷⁸. Les professionnels perçoivent le droit comme un véritable produit qu'ils souhaitent adapter à leurs besoins économiques³⁷⁹.

128. Au-delà du respect des valeurs qui découlent des codes de conduite et qui s'apparentent davantage à de la complaisance, les labels et certifications de type ISO et en particulier la norme ISO 26000 encouragent les entreprises à aller au-delà de la réglementation en vigueur (2.).

³⁷³ Société Générale, « Code de conduite du Groupe », *op. cit.*

³⁷⁴ FARJAT (G.), *op. cit.*, p.51-52.

³⁷⁵ Le Monde, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux Etats-Unis », 30 juin 2014, en ligne : <https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/06/30/la-bnp-devra-regler-8-834-milliards-de-dollars-d-amende-aux-etats-unis_4448280_3222.html> : Juin 2014, la justice américaine accuse BNP-Paribas d'avoir violé l'embargo économique américain au Soudan, en Iran et à Cuba, en réalisant dans ces pays des opérations libellées en dollars et prononce une amende de près de 9 milliards de dollars.

³⁷⁶ BNP-Paribas, « Code de conduite du Groupe BNP-Paribas », 31 mars 2016, mis à jour le 23 janv. 2018, en ligne : <https://group.bnpparibas/uploads/file/codeofconduct_vf_1252016.pdf>

³⁷⁷ DE MONTALIVET (P.), « La « markétisation » du droit - Réflexions sur la concurrence des droits », *D.*, 2013, p.2923.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ COLLARD (C.), « Concevoir le droit comme un produit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p.421.

2. Les labels et certifications, spécifiques à la responsabilité sociale des entreprises

129. La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociale des entreprises est l'une des plus connues. Publiée en 2010³⁸⁰, elle permet aux établissements bancaires et autres entreprises qui souhaitent adopter un comportement socialement responsable et respectueux de l'environnement de bénéficier d'une labellisation. Cette norme internationale cherche à promouvoir les initiatives de responsabilité sociétale et souligne l'importance des résultats et améliorations de performance menés dans ce sens par l'établissement. Ce label ainsi délivré est la marque d'un dialogue engagé avec les différentes parties prenantes et prend la forme d'une norme de « recommandation »³⁸¹ et non de certification, contrairement à d'autres normes déployées par l'Organisation internationale de normalisation³⁸². Cette norme contient des lignes directrices et non des exigences à suivre pour adopter à travers des actions concrètes, un comportement socialement responsable et un engagement en faveur du développement durable. L'entreprise labellisée peut y trouver un avantage concurrentiel lui permettant ainsi, de participer à des appels d'offres qui ne sont ouverts qu'aux entreprises bénéficiant déjà de ce label ISO 26000.

130. On observe plus largement que la diffusion de la RSE dans l'entreprise qui est à l'origine d'une normalisation des comportements s'exprime à travers différents outils que sont les codes de conduite mais aussi les labels et certifications telles que la norme ISO 26000. On pourrait donc valablement croire que la thématique RSE relève de la compétence de la direction de la conformité au même titre que le code de conduite. Pour autant, il faut noter que dans la plupart des grands groupes bancaires, la RSE reste l'apanage de la direction juridique et n'est que très rarement intégrée au sein des prérogatives de la conformité et ou encore incluse dans l'affichage *compliance*. Cela s'explique sans doute par quelques querelles de territoires qui sont apparues entre juristes et non-juristes face à la montée en puissance de la *compliance* et l'apparition rapide de nouvelles fonctions de *compliance officers*³⁸³.

131. Quoiqu'il en soit, le déploiement de programme de conformité auprès des professionnels régulés est à l'origine aujourd'hui d'une forte émission de normes de *soft law* d'origine privée, dont le maintien et la diffusion dans l'établissement relèvent de la responsabilité de la fonction de conformité ou *compliance* (3.).

³⁸⁰ ISO, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, Organisation internationale de normalisation, 1^{er} nov. 2010, en ligne : <<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:fr>>.

³⁸¹ CHISS (R.), « L'articulation de la norme nationale française avec la norme internationale - Point de vue », *JCP S* n°17-18, 3 mai 2016, p.1158 ; ROZEC (Ph.), « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises ? », *JCP S* n°51-52, 21 déc. 2010, p.1548.

³⁸² ISO « A propos de l'ISO », en ligne : <<https://www.iso.org/fr/about-us.html>>.

³⁸³ CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G* n°4, Janv. 2011.

3. Le déploiement de programme de conformité

132. Les programmes de conformité se sont multipliés ces dernières années pour faire face à de nouveaux risques liés aux pratiques opérationnelles. Sous l'impulsion des pays anglo-saxons, les établissements bancaires et financiers ont pris de nouvelles dispositions pour réduire le risque de non-conformité tel que défini à l'article 10 p) de l'arrêté du 3 novembre 2014³⁸⁴. En effet, les professionnels du secteur bancaire et financier cherchent à approfondir la connaissance par leurs salariés de la réglementation et de la législation impactant leurs activités. Cet approfondissement crée des obligations à la charge des salariés qui n'ont pas d'autres choix que de se conformer aux lois et réglementation en vigueur. Dans ce sens, on observe au sein de la profession bancaire et financière une prise de conscience pour éviter tout « risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation »³⁸⁵. Cette prise de conscience passe par la mise en place de programmes de conformité au sein des banques et prend de l'ampleur au travers du déploiement d'une fonction *compliance* désormais répandue et opérationnelle dans de nombreuses entreprises, et non plus seulement dans les établissements bancaires et financiers. Cette fonction *compliance* s'assure que la loi et la réglementation sont bien retranscrites dans l'entreprise et veille également au respect des valeurs prônées par le code de conduite de l'établissement.

133. Comme le précisait déjà la Commission bancaire, les principaux établissements bancaires français « ont tous engagé, à des degrés divers, une réflexion quant aux modalités d'organisation d'un dispositif permettant de s'assurer de la conformité de leurs activités à la réglementation, à la loi, aux normes ou aux usages professionnels »³⁸⁶. Cependant, il apparaît que d'un établissement à l'autre le concept et la pratique en matière de conformité sont abordés différemment. Dès 2003, la Commission bancaire a pu relever que l'activité d'un département *compliance* peut dans certains établissements se limiter « à la supervision du dispositif de prévention du blanchiment »³⁸⁷. À la différence, au sein d'autres professionnels du secteur, la définition du risque de non-conformité peut être davantage « élargie au contrôle de conformité des opérations aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, aux normes et usages professionnels et déontologiques ainsi qu'aux orientations de l'organe délibérant ou de l'organe exécutif ». Plus largement, on observe une appréhension du risque de non-conformité

³⁸⁴ Arrêté ministériel, 3 nov. 2014, relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598, se substitue au Règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière n°97-02 du 21 février 1997 modifié relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

³⁸⁵ Art. 10 p) de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°0256, 5 nov. 2014, p.18598.

³⁸⁶ Commission Bancaire, *La fonction de conformité au sein des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Étude du Rapport annuel de la Commission bancaire*, 2003, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/11/06/cb_ra_2003_02.pdf>.

³⁸⁷ *Ibidem*.

généralisée qui s'explique par l'importance du montant des sanctions et amendes prononcées par les régulateurs, les plus sévères étant infligées par les autorités américaines.

134. La création de différentes normes d'origine privée par les associations, organisations professionnelles ou encore les professionnels régulés ne doit pas être minimisée, sous prétexte qu'elle émane d'initiatives de régulation privées. Bien au contraire, l'analyse de l'émission de toutes ces normes de *soft law* d'origine privée est primordiale pour mieux appréhender l'ampleur du phénomène en matière bancaire et financière, et rendre compte de la variété des manifestations du droit souple. À cet effet, les normes d'origine publique représentent elles aussi une part conséquente de la codification normative de droit souple, dont il convient d'envisager les différentes formes (§2).

§2 Les normes d'origine publique

135. Le *soft law* d'origine publique occupe, lui aussi, une place significative et parfois déterminante en matière bancaire et financière, à travers une importante production de normes, instructions, principes, avis, positions, recommandations, lignes directrices, etc. émises par les régulateurs nationaux du secteur (A.), les institutions et les autorités de régulation européennes (B.), ou encore les institutions internationales (C.).

A. Les régulateurs nationaux du secteur

136. Les autorités de régulation françaises ont élaboré des politiques de transparence afin d'énumérer l'ensemble des instruments juridiques non-contraignants qu'elles utilisent et qui intègrent dans cette étude la classification de *soft law* d'origine publique (1.). Il est intéressant de constater que d'autres régulateurs nationaux, allemands et britanniques, ont recours au droit souple dans le cadre de leur fonction de régulation du secteur bancaire et financier (2.).

1. Les politiques de transparence des autorités de régulation françaises

137. Ce constat n'est pas nouveau, puisque le *soft law* d'origine publique a fait son apparition avant même la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux régulateurs. En effet, la Commission des opérations de bourse (COB)³⁸⁸ a, à ses débuts, participé substantiellement à l'élaboration du droit des sociétés et a été à l'origine d'un corpus de doctrine³⁸⁹, dévoilant ainsi ses pratiques et interprétations – et ce avant même qu'il ne lui soit conféré une compétence réglementaire exercée par l'adoption du Règlement général³⁹⁰. Dans le même

³⁸⁸ L'Autorité des marchés financiers (AMF), créée par la loi n°2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003, est issue de la fusion du Conseil des marchés financiers, de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF).

³⁸⁹ LETREGUILLY (H.), *op. cit.*, p.14 : La doctrine de l'AMF est abondante en matière de gouvernance d'entreprise ; elle nourrit ses propres règles (règlement général) mais surtout est créatrice de *soft law*.

³⁹⁰ DOUVRELEUR (O.), *op. cit.*, p.63.

sens, le rapport Deletré³⁹¹ publié en 2009 préconisait que l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP)³⁹², au moment de sa création, soit investie d'un pouvoir lui permettant de donner des avis sur les positions de doctrine et d'établir des recommandations à vocation générale et non plus simplement individuelle. Ce rapport insistait également sur la consultation systématique de la profession et la transparence des autorités de contrôle dans l'élaboration de leurs activités normatives, particulièrement en matière de doctrine d'application³⁹³. Il va sans dire que ces propositions avaient pour objectif de conférer un pouvoir réglementaire à l'ACP qui se rapproche de celui de l'AMF.

138. Aujourd'hui, quoiqu'il en soit, les autorités de régulation du secteur (AMF et ACPR) ont naturellement recours à des instruments juridiques non-contraignants pour, entre autres, encadrer l'exercice de leur activité et clarifier le sens et la portée de certaines dispositions réglementaires. Ainsi, dans un document de nature explicative intitulé « Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel »³⁹⁴, l'ACP précise quels sont les instruments juridiques qui accompagnent sa création en 2010³⁹⁵. On peut observer que la palette des instruments entre les mains du régulateur s'est vue largement étoffée suite à la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, venue élargir et préciser les compétences de l'ACP dans le domaine de la protection de la clientèle, notamment en ce qui concerne le respect des règles de bonnes pratiques et des codes de conduite. Deux catégories d'instruments juridiques peuvent alors être distinguées. La première est constituée des instruments de l'ACP dans l'ensemble de ses domaines d'actions. Elle comprend les documents précisant les orientations retenues pour l'application des lois et dispositions réglementaires dont elle assure le respect, à savoir les notices en matière prudentielle, les lignes directrices, les principes d'application sectoriels en matière de LCB-FT, ou encore les positions adoptées ponctuellement par le régulateur. À ces documents s'ajoutent ceux relatifs aux modalités du contrôle sur pièces ou sur place qu'elle exerce, avec en matière d'information les instructions, les notes techniques et autres guides méthodologiques ; et en matière d'exercice du contrôle, les chartes du contrôle. La seconde catégorie, quant à elle, est constituée des instruments spécifiques en matière de commercialisation et de protection de la

³⁹¹ DELETRE (B.), *Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, Inspection générale des Finances, Janv. 2009, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000030.pdf>.

³⁹² En 2013, l'ACP a vu ses missions élargies à la résolution des crises bancaires et est devenue, pour cette raison, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

³⁹³ TOCQUEVILLE (J.-G.), « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 4, p.60.

³⁹⁴ ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, *op. cit.*

³⁹⁵ Instauration de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) par l'Ordonnance n°2010-76 du 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance.

clientèle. Elle regroupe les bonnes pratiques constatées ou recommandées par l'ACP ainsi que les codes de bonne conduite approuvés par le régulateur.

139. Sur le même modèle, l'AMF a engagé un travail de classification de sa production non-réglementaire en dévoilant sur son site internet des « principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF »³⁹⁶. La doctrine de l'AMF regroupe désormais, par thématique, des instructions, recommandations, pratiques de marché admises et rescrits en vue de systématiser le recours à la doctrine dite « extériorisée » et « de la distinguer des textes de portée réglementaire »³⁹⁷. Cette notion d'« extériorisation de la doctrine de l'AMF » est ensuite définie comme « constituant la phase ultime d'un processus de réflexion qui, par nature, ne peut être menée que sur des sujets récurrents ou des problématiques génériques ». L'objectif plus général étant « d'améliorer la transparence et la prévisibilité de l'action de l'AMF » pour mieux structurer le processus d'élaboration de la doctrine. À côté de cette doctrine dite « extériorisée », l'AMF adopte des positions dans le traitement des dossiers qui ne sont pas nécessairement publiées mais qui découlent de la pratique : « la doctrine non-publiée de l'AMF est également source de *soft law* »³⁹⁸.

140. En outre, il est intéressant d'observer que d'autres autorités de régulation nationales utilisent elles aussi des normes de droit souple, la France prenant exemple très largement sur ses voisins européens et son voisin britannique (2.).

2. Les instruments de régulation informelle des autorités britanniques et allemandes

141. Face à la prolifération du *soft law* d'origine publique en France, on peut se demander si d'autres régulateurs nationaux du secteur bancaire et financier ont également recours à cette pratique en Europe. C'est sans surprise que l'on observe que les autorités de régulation britanniques et allemandes publient elles aussi régulièrement de la documentation juridique non-contraignante. À titre d'illustration, les autorités britanniques de régulation du secteur bancaire et financier, la FCA et la Prudential Regulation Authority (PRA), émettent un ensemble de « *recommendations* », « *standards* », « *policy* »³⁹⁹, « *guidance* »⁴⁰⁰ ou « *statement of policy* »⁴⁰¹ ; tout comme l'autorité de régulation allemande BaFin), qui a recours en sus à des « *guidelines* »⁴⁰², « *circulars* », « *interpretative decisions* ». De tradition libérale, les autorités britanniques et allemandes accordent une place importante à la régulation informelle et à

³⁹⁶ AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers*, *op. cit.*

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ LETREGUILLY (H.), *op. cit.*, p.14-17.

³⁹⁹ Terme traduit de l'anglais par « Police ».

⁴⁰⁰ Terme traduit de l'anglais par « Orientation ».

⁴⁰¹ Terme traduit de l'anglais par « Déclaration de principes ».

⁴⁰² Terme traduit de l'anglais par « Lignes de directrices ».

l'autorégulation en mettant l'accent sur une recherche concertée avec les acteurs du secteur d'un mode de régulation douce⁴⁰³.

142. Toutefois, on peut observer qu'à la multiplication des instruments juridiques non-contraignants déployés par les différentes autorités de régulation s'ajoutent des différences terminologiques⁴⁰⁴. En effet, chaque autorité de régulation donne une définition des instruments de régulation informelle auxquelles elle a recours, et cette définition lui est propre. Cela signifie que d'un régulateur à l'autre, il peut se cacher derrière chaque norme juridique non-contraignante, une réalité différente qui tient à l'usage qui peut en être fait. Ainsi, le terme de « *guidance* » tel que défini par la FCA se conçoit à la lumière du règlement général de la FCA intitulé *FCA Handbook* qui rassemble un ensemble de dispositions législatives contenues dans le *Financial Services and Markets Act 2000*⁴⁰⁵, tandis qu'il est perçu différemment par d'autres autorités de régulation. Les autorités de régulation françaises, de leur côté, ont recours à des instruments différents pour aborder le même thème. À titre d'exemple, l'AMF et l'ACP ont publié le même jour des documents intitulés respectivement « Position » pour l'AMF et « Recommandation » pour l'ACP en matière de commercialisation d'instruments financiers complexes⁴⁰⁶.

143. L'émission de normes de *soft law* par les autorités de régulation nationales trouve largement écho auprès des institutions et autorités européennes qui intègrent dans leurs listes de tâches la publication d'orientations, d'avis, de positions, etc. qu'il convient d'étudier (B.).

B. Les institutions et les autorités de régulation européennes

144. Les trois Autorités européennes de surveillance (AES) créées en 2010, jouent un rôle important dans la promotion de la convergence des pratiques de surveillance, et publient régulièrement à cet effet des normes de *soft law* d'origine publique qui ont vocation à être diffusées au niveau européen (1.). La Banque centrale européenne (BCE) dispose elle aussi d'un arsenal normatif sans portée obligatoire (2.).

1. L'arsenal normatif des Autorités européennes de surveillance (AES)

145. Pour certains auteurs, la « sobriété normative ne caractérise assurément pas le droit de l'Union »⁴⁰⁷. En effet, la régulation bancaire et financière repose sur un arsenal normatif

⁴⁰³ LETREGUILLY (H.), MADDEN (J.) « Le "soft law" en matière financière : le point de vue des praticiens », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 6, p.68.

⁴⁰⁴ TOCQUEVILLE (J.-G.), *op. cit.*, p.60.

⁴⁰⁵ FCA, *Reader's Guide: An introduction to the Handbook*, Financial Conduct Authority, Nov. 2015, en ligne :

<<https://www.fca.org.uk/publication/handbook/readers-guide.pdf>>

⁴⁰⁶ TOCQUEVILLE (J.-G.), *op. cit.*, p.60.

⁴⁰⁷ BOUJEKA (A.), « Esprit et méthode des réformes de la régulation financière dans l'Union européenne après la crise », *BJB*, n°7-8, 2015, p.338.

important qui s'est construit au fil des réformes européennes. La première étape de cette construction repose sur les décisions de la Commission européenne de juin 2001⁴⁰⁸ et novembre 2003⁴⁰⁹ d'instituer des comités européens en matière bancaire et financière regroupant les régulateurs nationaux pour les secteurs de la banque, de l'assurance et de la finance. Ces comités ont été adoptés à la suite du rapport « Lamfalussy »⁴¹⁰ instituant la procédure dite de Comitologie définie comme « le processus d'adoption par la Commission de mesures d'exécution des actes législatifs, avec l'assistance de comités d'experts des États membres »⁴¹¹. Au-delà de l'adoption de principes-cadres et de mesures d'exécution par voie de règlement ou de directive, le rapport « Lamfalussy » prévoyait dans une troisième étape des mesures non-législatives dites de « niveau 3 » avec l'élaboration de lignes directrices et de recommandations relevant de la responsabilité du Comité européen des régulateurs de valeurs mobilières⁴¹². Puis, près de deux ans après la crise bancaire et financière de 2008 dite « crise des "subprimes" », ces comités ont été supprimés et remplacés par trois nouvelles AES, instituées en novembre 2010 : l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)⁴¹³, l'Autorité bancaire européenne (ABE)⁴¹⁴ et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)⁴¹⁵.

146. Bien que rattachées à des secteurs différents, ces trois autorités poursuivent le même objectif de stabilité et d'efficacité du système bancaire et financier. À cette fin, elles sont chargées de contribuer à la création de normes sans pour autant disposer de pouvoir réglementaire⁴¹⁶. Ainsi, en dehors des normes techniques de réglementation et d'exécution⁴¹⁷ assorties de contrainte, les AES « ont effectivement le pouvoir d'émettre des orientations et des recommandations à l'intention des autorités compétentes ou des acteurs des marchés

⁴⁰⁸ Déc. 2001/528/CE de la Commission du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des valeurs mobilières.

⁴⁰⁹ Déc. 2004/10/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité bancaire européen.

⁴¹⁰ Le Rapport Lamfalussy a été élaboré par un groupe de travail conduit par le baron Lamfalussy, ancien Président de l'Institut monétaire européen et constitue un processus de production de normes mis en œuvre par la Commission européenne dans le secteur des marchés financiers mais également dans le secteur bancaire et assurantiel.

⁴¹¹ VABRES (R.), *Comitologie et services financiers. Réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier*, Dalloz, 2009, p.75.

⁴¹² VIEILLEFOND (E.), « Instruments juridiques non contraignants et évolution de la régulation financière européenne », RDBF, Janv.-févr. 2012, Doss. 7, p.75.

⁴¹³ Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010, 24 nov. 2010.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^e éd., Bruylant, 2020, p.105.

⁴¹⁷ *Ibid*, p.105-106 : « les normes techniques de réglementation interviennent dans le cadre d'une délégation de pouvoirs du Parlement et du Conseil à la Commission en vue de lui permettre « d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif ». [...] En revanche, les normes techniques d'exécution sont adoptées en dehors de toute délégation et parce que des conditions uniformes d'exécution sont nécessaires : le contenu de ces normes détermine les conditions d'application de la législation. ».

financiers qui doivent tout mettre en œuvre pour les respecter. La finalité des orientations et recommandations est d'établir des pratiques de surveillance cohérentes et d'assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union »⁴¹⁸. À titre d'illustration, les trois AES ont récemment publié des « *joint guidelines* »⁴¹⁹ dévoilant les caractéristiques de l'approche par les risques en matière de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme⁴²⁰.

147. L'ABE a pour tâche principale de contribuer, « par l'adoption de normes techniques contraignantes et d'orientations, à la création d'un recueil réglementaire unique dans le secteur bancaire »⁴²¹. Ce recueil réglementaire unique permet de recenser l'ensemble des règles prudentielles destinées aux praticiens de l'UE. L'ABE accorde également une place de choix aux « *Questions and answers* »⁴²² qu'elle publie, en ce qu'elles participent, comme les « *opinions* »⁴²³, au *soft law* d'origine publique⁴²⁴. On peut en déduire qu'en recourant à ce panel normatif qui n'a, en droit, aucune force obligatoire, les AES élaborent de nouveaux instruments et outils de convergence pratique afin de promouvoir les approches et pratiques de surveillance communes. A ce titre l'ABE tient à jour un manuel de surveillance et un manuel de résolution des établissements financiers de l'Union qui présentent chacun les meilleures pratiques à suivre en la matière⁴²⁵. De plus, l'EBA a vu récemment son mandat s'élargir, « investie d'une mission de direction, de coordination et de surveillance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent »⁴²⁶ aux termes du Règlement européen du 18 décembre 2019. Ces

⁴¹⁸ VABRES (R.), « L'articulation des autorités européennes de surveillance et des régulateurs nationaux - Présentation générale », *BJB*, n°12, 2015, p.584.

⁴¹⁹ Terme traduit de l'anglais par « Lignes de directrices conjointes ».

⁴²⁰ ABE, AEMF & AEAPP, *Joint guidelines on the characteristics of a risk-based approach to anti-money laundering and terrorist financing supervision*, Autorité Bancaire Européenne, Autorité Européenne des Marchés Financiers, Autorité Européenne des Assurances et des Pensions Professionnelles, Nov. 2016, en ligne :

<<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1663861/Joint+Guidelines+on+Risk-Based+Supervision+%28ESAS+2016+72%29.pdf/7159758d-8337-499e-8b12-e34911f9b4b6>>.

⁴²¹ ABE, « Missions et tâches », en ligne : <https://eba.europa.eu/languages/home_fr>.

⁴²² À titre d'exemple, ABE, *Questions & Answers on the recapitalisation exercise*, Juill. 2012, en ligne : <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15956/Q-As----FINAL_1.pdf>.

⁴²³ À titre d'exemple, ABE, *Opinion on AML/CTF and customers who are asylum seekers*, Autorité Bancaire Européenne, Avr. 2016, en ligne :

<<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1359456/EBA-Op-2016-07+%28Opinion+on+Customer+Due+Diligence+on+Asylum+Seekers%29.pdf>>.

⁴²⁴ ABE, *Additional background and guidance for asking questions*, Autorité Bancaire Européenne, Juill. 2016, en ligne :

<<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/210008/Additional+background+and+guidance+for+asking+questions+July+2016/b799cf23-4d88-4816-a937-5a09243263d6>>.

⁴²⁵ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p.110.

⁴²⁶ *Ibid*, p.128.

nouvelles prérogatives lui permettent ainsi d'adopter des normes communes et orientations liées à la prévention du blanchiment de capitaux et financement du terrorisme (BC-FT)⁴²⁷.

148. D'autres institutions européennes, à l'image de la BCE, disposent d'attributions réglementaires leur octroyant logiquement la faculté d'émettre des normes de droit souple d'origine publique à destination des professionnels (2.).

2. Les instruments de droit souple de la Banque Centrale Européenne (BCE)

149. À la différence des AES, la BCE dispose d'un véritable pouvoir réglementaire lui permettant d'élaborer des normes et d'être « consultée par les autorités nationales des États membres de l'UE sur tout projet de réglementation relevant de son domaine de compétence »⁴²⁸. Ce pouvoir de réglementation lui permet d'adopter un certain nombre de règlements et de décisions qui sont obligatoires et applicables directement dans tous les États membres de l'UE, mais également d'émettre « des recommandations et avis [qui] n'ont eux pas de portée obligatoire »⁴²⁹. Ces normes de *soft law* d'origine publique peuvent être adressées de manière générale à l'ensemble des États membres, ou, à titre plus spécifique, adressée uniquement aux banques centrales nationales des États membres dont la monnaie n'est pas l'euro, à l'image de la recommandation (BCE/2014/14) du 27 mars 2014⁴³⁰.

150. Le Comité européen du risque systémique (CERS)⁴³¹ institué par le Règlement n°1092/2010 du 24 novembre 2010⁴³², lui-même adossé à la BCE, est également chargé de formuler des recommandations⁴³³ « dans le but de contribuer à la prévention ou à l'atténuation des risques systémiques pour la stabilité financière de l'Union »⁴³⁴. Mais l'impact de ces instruments de droit souple émis par le CERS va même plus loin, puisque le Conseil européen

⁴²⁷ Art 9bis, §1, Règl. Parl. Cons. (UE) n°2019/2175, 18 déc. 2019 modifiant le règlement (UE) n°1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance, *JOUE*, 27 déc. 2019, n°L 334/1.

⁴²⁸ DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGIER (J.), *op. cit.*, p.45.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ BCE, *Recommandation BCE/2014/14 concernant les règles communes et les normes minimales pour la protection de la confidentialité des informations statistiques collectées par la Banque centrale européenne assistée par les banques centrales nationales*, Banque Centrale Européenne, Mars 2014, en ligne :

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014HB0014&qid=1478110796835&from=FR>>.

⁴³¹ CERS, *Summaries of EU legislation*, Oct. 2015, en ligne :

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:mi0068>>:Le CERS est chargé de surveiller et d'analyser les risques du système financier dans son ensemble (autrement dit de la surveillance macroprudentielle).

⁴³² Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1092/2010, 24 nov. 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *JOUE* 15 déc. 2010, n°L331.

⁴³³ À titre d'exemple, CERS, *Recommandation CERS/2012/2 sur le financement des établissements de crédit*, Comité Économique et Social Européen, Déc. 2012, en ligne :

<https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/recommendations/2012/ESRB_2012_2.fr.pdf?97fbe2796f6d094f489e1b892e898ced>.

⁴³⁴ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p.135.

effectue pour ses destinataires un véritable suivi de la mise en place des recommandations. De ce suivi découle un calendrier et des critères de conformité permettant d'évaluer et de s'assurer de la bonne applicabilité du texte par les autorités nationales. Aussi, comme le précise le Professeur Thierry Bonneau, « son importance ne doit pas être sous-estimée, car on peut penser qu'en fait, ses recommandations vont s'imposer et bénéficieront du soutien des autorités européennes »⁴³⁵.

151. Enfin, à côté de l'échelon européen, on peut valablement se demander si les institutions internationales font preuve elles aussi d'inventivité en ce qui concerne la création de normes de droit souple (C.).

C. Les institutions internationales

152. Le choix a été fait dans cette étude d'évoquer deux des principales instances internationales relatives au domaine bancaire et financier, au regard de la richesse de la production normative de leurs travaux auxquels le régulateur bancaire français l'ACPR a participé⁴³⁶. Il s'agit plus précisément du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB) (1.) et du Groupe d'action financière (GAFI) (2.), qui participent tous deux à la densification normative du *soft law* d'origine publique. Il sera ainsi fait mention d'autres instances internationales émettrices de *soft law* telles que l'OCDE⁴³⁷, le FMI⁴³⁸, etc. de manière plus brève dans la suite de cette étude.

1. Les travaux du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)

153. L'importance et l'efficacité de la régulation bancaire internationale, au travers de l'élaboration d'un droit informel et de mécanismes de coopération, est parfaitement illustrée par le CBCB. En effet, le CBCB, au même titre que l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) qui intervient dans le secteur des marchés financiers, représente un « *standard setter* »⁴³⁹ international qui cherche à impulser une dynamique de changement au niveau mondial. Malgré une compétence informelle et un fonctionnement sans formalisme, le CBCB s'est imposé comme l'« autorité participante de la régulation internationale »⁴⁴⁰ qui rassemble près de 28 pays membres et dont les travaux emportent désormais une large

⁴³⁵ *Ibid.*, p.102.

⁴³⁶ ACPR, *Participation de l'ACPR aux travaux internationaux*, 19 mars 2019, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/controler/lutte-contre-le-blanchiment-des-capitaux-et-le-financement-du-terrorisme/presentation-du-controle-lcb-ft/participation-de-lacpr-aux-travaux-internationaux>>.

⁴³⁷ *v.infra* n°339.

⁴³⁸ *v.infra* n°216.

⁴³⁹ VIEILLEFOND (E.), *op. cit.*, p.75 : Terme traduit de l'anglais par « organisme normatif ».

⁴⁴⁰ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p.44 : « ces travaux ne sont pas obligatoires et doivent être repris par les Etats. Mais s'ils le sont, cela montre l'influence du comité sur le droit applicable aux banques et conduit effectivement à considérer qu'il a un rôle important en matière de régulation internationale. ».

adhésion auprès de la communauté bancaire. Ce n'est qu'en 2003 que le CBCB a jugé bon de préciser l'étendue de son action et les modalités de son organisation, en publiant une charte sur le contrôle bancaire⁴⁴¹.

154. On peut lire à l'article 1^{er} de la charte que le CBCB est « chargé d'élaborer des normes de portée mondiale aux fins de la réglementation prudentielle bancaire ». Cette mission se structure par l'émission de « normes, recommandations et bonnes pratiques » qui représentent des « exigences minimales, les membres du CBCB ont toute latitude d'en appliquer de plus strictes »⁴⁴². Si les recommandations⁴⁴³ viennent préciser les normes « en donnant des indications supplémentaires sur les modalités de leur mise en œuvre »⁴⁴⁴, les bonnes pratiques⁴⁴⁵, quant à elles, établissent un modèle de conduite et visent à insuffler une « compréhension commune ainsi qu'une amélioration des pratiques »⁴⁴⁶. Les travaux du CBCB, qui n'ont pas de caractère obligatoire, sont bien constitutifs du *soft law* et « ont valeur d'engagement moral pour les membres de ce comité »⁴⁴⁷. Cela signifie que même s'ils ont un impact significatif en termes de régulation et de réglementation du secteur bancaire et financier car ils sont pris en compte et relayés par les autorités de régulation nationales et européennes, la « gouvernance [bancaire et] financière mondiale ne vit que par la volonté des chefs d'États et des autorités publiques de faire fonctionner le système »⁴⁴⁸.

155. Aux côtés du CBCB sur la scène internationale, se trouve le Groupe d'action financière (GAFI), qui est un grand émetteur de *soft law* d'origine publique, et dont les recommandations constituent un grand pas en matière de lutte contre le crime financier (2.).

2. Les Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI)

156. Des organismes plus spécialisés tel que le GAFI veillent à l'élaboration des normes et à la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de LCB-FT pour renforcer l'intégrité du système financier international⁴⁴⁹. Créé en 1989 lors du sommet du G7, le GAFI est un organisme d'élaboration

⁴⁴¹ CBCB, *Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Janv. 2013, en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/charter_fr.pdf>.

⁴⁴² Arts.12, 13,14 de la Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

⁴⁴³ À titre d'exemple, CBCB, *Recommandations relatives au risque de crédit et à la comptabilisation des pertes de crédit attendues*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Déc. 2015, en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/publ/d350_fr.pdf>.

⁴⁴⁴ Art.13 de la Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

⁴⁴⁵ À titre d'exemple, CBCB, *Saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Févr. 2003 : <<http://www.bis.org/publ/bcbs96fre.pdf>>.

⁴⁴⁶ Art. 14 de la Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

⁴⁴⁷ BOUJEKA (A.), *op. cit.*, p.338.

⁴⁴⁸ VIEILLEFOND (E.), *op. cit.*, p.75-78.

⁴⁴⁹ GAFI, « À propos du GAFI », en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/quisommes-nous/>>.

des politiques qui a été mis en place pour répondre à la menace grandissante du blanchiment de capitaux pour le système bancaire et les institutions financières⁴⁵⁰.

157. Toutefois, si le GAFI est aujourd'hui l'organisme intergouvernemental spécialisé en matière de BC-FT, le premier à être intervenu [en la matière] est le Comité de Bâle, qui a publié en 1988 une déclaration de principes pour la lutte contre le blanchiment des fonds d'origine criminelle⁴⁵¹. Plusieurs conventions adoptées par les l'Organisation des Nations unies⁴⁵² et le Conseil de l'Europe⁴⁵³ ont ensuite été prises en compte par le GAFI, lequel a lui-même élaboré une série de recommandations. En effet, il a été donné pour mission au GAFI d'examiner les techniques et tendances du blanchiment de capitaux et de considérer les actions existantes aux niveaux national et international⁴⁵⁴. En avril 1990, moins d'un an après sa création, le GAFI a présenté, au terme d'un rapport contenant près de 40 recommandations⁴⁵⁵, les mesures et les actions nécessaires pour lutter contre le blanchiment de capitaux⁴⁵⁶. Puis, en octobre 2001, huit (qui sont ensuite devenues neuf) recommandations spéciales⁴⁵⁷ ont été adoptées afin de tenir compte du nouveau mandat du GAFI en matière de financement du terrorisme. Ces recommandations ont par la suite été révisées à maintes reprises en 1996, 2001, 2003 et plus récemment en 2012 afin d'assurer leur pertinence et leur applicabilité dans près de 180 pays du monde où elles sont universellement reconnues comme les normes internationales de LCB-FT. En février 2012, le GAFI a achevé une révision minutieuse en intégrant les « quarante recommandations » et les « neuf recommandations spéciales » dans un document unique mis à jour pour renforcer les obligations existantes⁴⁵⁸. Ainsi, aux termes de l'approche fondée sur les risques, les pays peuvent « adopter un ensemble de mesures plus souples, afin d'allouer leurs ressources de manière plus efficace et d'appliquer des mesures préventives

⁴⁵⁰ GAFI, « Histoire du GAFI », en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/histoiredugafi/>>.

⁴⁵¹ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p.607.

⁴⁵² À titre d'exemple, la Convention pour la répression du financement du terrorisme en 1999, la Convention contre la criminalité organisée en 2000 et la Convention contre la corruption en 2003.

⁴⁵³ À titre d'exemple, la Convention sur la cybercriminalité en 2001.

⁴⁵⁴ GAFI, « À propos du GAFI », op. cit.

⁴⁵⁵ GAFI, *Les quarante recommandations du GAFI*, Groupe d'Action Financière, Oct. 2003, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%20quarante%20recommandations%20rc.pdf>>.

⁴⁵⁶ GAFI, « Histoire du GAFI », op. cit.

⁴⁵⁷ GAFI, *Les IX recommandations spéciales du GAFI*, Groupe d'Action Financière, 22 oct. 2004, en ligne :

<<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/IX%20Recommandations%20Sp%C3%A9ciales%20and%20IN%20FRENCH%20rc.pdf>>.

⁴⁵⁸ GAFI, *Les recommandations du GAFI : Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, Groupe d'Action Financière, Févr. 2012, en ligne :

<

proportionnelles à la nature des risques dans le but d'optimiser leurs efforts »⁴⁵⁹. De nouvelles menaces, telles que le financement de la prolifération des armes de destruction massive, ont également été prises en compte pour contribuer à l'harmonisation des règles au niveau mondial.

158. Les normes du GAFI comprennent, à la suite des recommandations, des notes interprétatives et un glossaire des définitions applicables. Ces éléments non-contraignants ont été mentionnés à titre indicatif, « contenant des exemples qui illustrent la façon dont les obligations peuvent être mises en œuvre »⁴⁶⁰. Le GAFI entretient ainsi une volonté de faciliter la transposition de ces normes internationales, mais aussi leur compréhension, en fournissant aux acteurs du secteur des outils et des indicateurs utiles pour agir contre la criminalité financière. À côté des recommandations, le GAFI publie également d'autres normes de *soft law*, telles que des « lignes directrices, des meilleures pratiques, et d'autres orientations visant à assister les pays dans leur mise en œuvre des normes du GAFI. Ces documents ne sont pas considérés comme contraignants dans le cadre de l'évaluation de la conformité avec les normes du GAFI, mais les pays peuvent en tenir compte lorsqu'ils réfléchissent à la meilleure manière de mettre en œuvre ces normes. Une liste des lignes directrices et meilleures pratiques existantes, disponibles sur le site internet du GAFI, figure en annexe des recommandations.

159. Enfin, il est important de préciser que les actes de *soft law* participent d'un mouvement de complexification du droit et du système juridique. Sur cette voie, il n'est pas anodin que les normes de droit souple proviennent d'une multitude d'acteurs du secteur bancaire et financier, qui contribuent tous fortement à transformer la méthode classique d'élaboration et d'application du droit. Lorsqu'il s'agit de dresser l'inventaire des normes de *soft law*, c'est donc très naturellement qu'il convient de repartir de la qualité de leurs auteurs pour apprécier l'esprit et la singularité de chacune d'entre elles. Ainsi, l'adoption du *soft law* d'origine privée, qui émane des professionnels régulés et associations professionnelles, est à l'origine de la *compliance* et est la manifestation d'une véritable volonté des praticiens de participer au processus de création du droit, jusqu'à se faire la voix des autorités de régulation. De leur côté, dans un environnement juridique complexe, les institutions nationales, européennes et internationales ont trouvé le moyen d'intervenir subtilement par le biais du *soft law* d'origine publique, et elles se sont attribuées le rôle « d'interprète » en charge de décoder le message juridique du législateur. Ces évolutions marquent le début d'une certaine forme de bureaucratisation du droit, qui n'est en réalité pas prête de s'arrêter.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p.8.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

Conclusion du Chapitre II

160. On retiendra dans cette étude que la norme de *soft law* a une propension à influencer sur le comportement des acteurs juridiques du secteur bancaire et financier. Cette propension se traduit par une réelle action sur le processus de création du droit. L'usage qui est ainsi fait du droit souple se manifeste en premier lieu lors de l'élaboration du droit, au moment de la phase préliminaire de gestation du droit, puis postérieurement à son adoption par le législateur. Dans une perspective plus large, le *soft law* représente également un instrument de traduction et d'interprétation des autres normes juridiques, à la disposition du juge et des autorités de régulation pour faciliter la compréhension du droit. Enfin, il est utilisé par les acteurs privés du secteur pour prolonger l'action publique dans l'entreprise et permettre aux professionnels régulés de bénéficier de l'expertise des autorités de régulation afin d'internaliser correctement la règle de droit.

161. En somme, les actes de *soft law* aident à structurer le système juridique dans leur fonction tour à tour de réglementation, d'interprétation et de régulation du secteur bancaire et financier. Le recensement des différents actes de *soft law* permet encore de tirer des enseignements, avec le constat de la part toujours plus importante que prend chaque jour le *soft law* d'origine privée dans le système juridique manifestée par l'apparition de la *compliance*. Ce processus de régulation privée est récent et témoigne d'une certaine technicité qui conduit les professionnels régulés à se spécialiser davantage et à mettre en place des équipes dédiées de conformité. De plus, le *soft law* d'origine publique est un palier intermédiaire à l'application du droit ou un « état provisoire du droit », qui relève de l'utilité publique et permet une harmonisation des règles de droit aux niveaux national, européen et international.

Conclusion du Titre I

162. Il faut ici rappeler que la création des actes de *soft law* est en constante progression chaque année et redessine à cet effet, le paysage normatif français des activités bancaires et financières. Cela signifie que les instruments de droit non-contraignant ne peuvent plus être éludés des manuels et ouvrages de droit et doivent être élevés au rang de sources du droit bancaire et financier, au regard principalement des effets juridiques qu'ils produisent. La conception fonctionnelle du droit prend le pas sur la doctrine classique où l'attribution du statut de source du droit se reconnaît au caractère contraignant ou formel de la norme.

163. Ainsi, le *soft law* peut revêtir différentes fonctions qui renforcent chacune le pragmatisme du droit. Cette adaptation du droit à la réalité de la pratique est fondée sur une certaine observation des faits et rend compte d'une valorisation de l'action pratique dans le processus de création du droit bancaire et financier. Dans ce sens, l'implication grandissante des acteurs privés du secteur n'est plus à démontrer, en ce qu'ils élaborent une typologie de *soft law* à part entière : le *soft law* d'origine privée fortement marqué par le déploiement des programmes *compliance*. Enfin, l'adaptation des différentes institutions publiques aux besoins de la pratique par l'émission de normes de *soft law* d'origine publique plaide également en faveur d'une conception résolument plus pragmatique du processus législatif.

Titre II : L'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne

164. Dans ce second titre, il convient d'envisager la portée de l'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne. Cette étude permettra alors de statuer davantage sur la pertinence de recourir au *soft law* pour réguler le secteur bancaire et financier.

165. L'analyse du passé de la régulation du secteur bancaire illustre un certain nombre d'évolutions dans la pratique du métier de banquier et de son environnement réglementaire. L'ouverture du marché bancaire européen et les nombreuses restructurations qu'a connu le système bancaire français au XX^{ème} siècle ont participé à une véritable transformation du modèle économique de référence des banques. Ces changements ne sont pas sans conséquence et atteignent leur point de chute avec la crise financière de 2008, qui se transformera rapidement en une crise mondiale et aboutira à la mise en place d'une nouvelle régulation bancaire et financière en Europe. Au cours de ce premier chapitre, nous reviendrons sur la question de la régulation qui a pris une envergure certaine ces dernières années. Nous retracerons les grandes étapes et faits marquants du secteur bancaire et financier depuis les années 1930 pour analyser ensuite l'Union bancaire, nouveau cadre de réglementation du secteur. Nous définirons également les leçons à tirer de cette crise de 2008 dans une perspective d'avenir de la régulation bancaire et financière (Chapitre I).

166. Puis, dans un second chapitre, nous étudierons l'impact des évolutions de la régulation dans la redistribution des rôles et responsabilités des acteurs publics de la supervision bancaire et financière et envisagerons leurs actions dans la construction normative du secteur. Nous évoquerons aussi les mutations engendrées dans le secteur privé au sein des établissements bancaires et financiers, marqué ces dernières années par la montée en puissance de la *compliance*. Ce constat d'ensemble nous permettra de comprendre dans quelle mesure la réglementation peut être associée à l'autorégulation et comment coexistent les normes de *soft law* avec les instruments juridiques classiques. L'enjeu sera alors de déterminer s'il existe une vraie reconnaissance des normes de droit souple dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières (Chapitre II).

Chapitre I : L'évolution de la régulation du secteur bancaire et financier

Chapitre II : La reconnaissance des normes de *soft law* dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières : la montée en puissance de la *compliance*

Chapitre I : L'évolution de la régulation du secteur bancaire et financier

167. La régulation des activités bancaires et financières a fait l'objet de nombreuses interrogations ces dernières années, provoquées par le séisme de la crise financière mondiale. En effet, la crise financière de 2008 constitue un véritable tournant quant à la prise de conscience collective de la nécessité de renforcer le champ de la régulation et les pouvoirs des régulateurs. L'émergence de failles dans le modèle de régulation jusqu'alors instauré a fait naître un besoin urgent de reconsidérer la suprématie de la finance de marché et la déréglementation du secteur bancaire. Ainsi, pour bien appréhender l'évolution de la régulation du secteur bancaire et financier, il sera nécessaire de faire quelques retours en arrière en effectuant au cours de ce travail de recherche une revue du fonctionnement du secteur bancaire français avant et pendant la crise, pour éviter à l'avenir tout dysfonctionnement. L'étude du passé de la régulation et l'analyse des différents symptômes de la crise financière permettront de définir un premier diagnostic quant à l'origine et aux facteurs de déclenchement de la crise (Section I).

168. Cette réflexion sera ensuite prolongée avec l'étude de la crise de la dette souveraine qui succède à la crise financière et l'action déterminante des banques centrales. Nous tirerons les leçons de cette succession d'épisodes de crises pour réfléchir au cadre de régulation qui semble le plus adapté. Nous compléterons notre analyse en nous intéressant plus particulièrement à l'Union bancaire, qui constitue la réponse réglementaire de l'Union européenne à la crise. Nous examinerons le socle de nouvelles réglementations émises à ce titre, pour apprécier le chemin parcouru jusqu'ici par la régulation du secteur bancaire et financier (Section II).

Section I : Le diagnostic du passé de la régulation en matière bancaire et financière.

Section II : La nouvelle régulation bancaire et financière « post-crise » : l'exemple européen.

Section I : Le diagnostic du passé de la régulation en matière bancaire et financière

169. Pour dresser le diagnostic du passé de la régulation, il faut préalablement analyser les derniers bouleversements et agitations qui ont affecté les établissements bancaires et financiers sur le plan juridique, politique et économique. Dès lors, on peut observer dans cette étude que la régulation des activités bancaires de 1930 à 2007 se distingue par son caractère plus « préventif » que « réactif », face à un secteur en perpétuelle évolution (§1). À l'évidence, la lenteur du processus d'adaptation de la réglementation aux évolutions du secteur va être à l'origine de la crise financière mondiale, qui révèle d'importantes failles dans l'encadrement des activités bancaires et financières (§2).

§1 La régulation « préventive » des activités bancaires : l'adaptation à un secteur en perpétuelle mutation

170. Les années 1930 à 2007 sont marquées par de nombreuses transformations du secteur bancaire français sur le plan juridique avec, notamment, la mise en place de réformes successives de nationalisation puis de privatisation des établissements bancaires et financiers (A.). Dès lors, ces différentes mutations ont eu des répercussions sur le modèle économique des banques et ont conduit à l'essor progressif de la titrisation (B.).

A. Les années 1930 à 2007 : les principales avancées du secteur bancaire

171. Le secteur bancaire français a connu plusieurs avancées majeures sur lesquelles il convient de revenir pour bien appréhender le passé de la régulation. En effet, les politiques publiques menées au XX^{ème} siècle ont parachevé une première vague de nationalisations du crédit (1.), puis de privatisations partielles qui se sont accompagnées au même moment de l'ouverture du marché unique européen (2.). Ces évolutions ont eu un impact sur les banques françaises tout comme les règles d'harmonisation prudentielle portées par le Comité de Bâle (3.).

1. L'encadrement juridique de la profession bancaire et la nationalisation du crédit

172. La crise économique qui frappa de plein fouet les États-Unis en 1929 s'est manifestée tardivement en France⁴⁶¹ et a abouti à la réglementation de l'activité et de la profession bancaires françaises, jusqu'alors inexistante. Cette période de grande dépression économique est marquée par une intervention grandissante de l'État qui s'est principalement traduite par les lois du 13 et 14 juin 1941 relatives à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire⁴⁶², venues encadrer le statut des banques et des établissements financiers. Puis, la

⁴⁶¹ DENOËL (C.), « La crise de 1929 en France », Histoire par l'image, en ligne : <<http://www.histoire-image.org/etudes/crise-1929-france>>.

⁴⁶² Loi n°2-532, 13 juin 1941, JO 6 juill.1941, p.2830 ; loi n°2-253, 14 juin 1941, JO 6 juill. 1941, p.2834.

loi du 2 décembre 1945⁴⁶³ – reprenant pour partie la réglementation édictée sous le régime Vichy – institue le dispositif de spécialisation bancaire et nationalise la Banque de France⁴⁶⁴. Ce dispositif, aujourd'hui abrogé, prévoyait un cloisonnement entre trois catégories d'établissements bancaires : les banques de dépôt, les banques d'affaires et les banques de crédit à moyen et long terme⁴⁶⁵, obligeant les banques de dépôt à ne pouvoir acquérir de participations dans des entreprises qu'à des conditions strictes et de façon limitée. Les banques d'affaires, quant à elles, ne pouvaient investir de fonds reçus à vue ou à terme inférieurs à deux ans et disposaient de faibles capacités financières⁴⁶⁶.

173. L'économie française, lors des décennies suivantes, connaît une forte croissance qui rend la spécialisation bancaire inadaptée. Pour dynamiser le crédit bancaire, le gouvernement procède à un mouvement de déspecialisation bancaire avec la publication des décrets « Debré-Haberer » de 1966 et de 1967⁴⁶⁷. Ces réformes sonnent le glas de la séparation stricte des activités de banque de dépôt et banque d'affaires et instaurent une concurrence accrue entre les établissements bancaires⁴⁶⁸. Ces orientations furent ensuite parachevées par la loi bancaire du 24 janvier 1984 qui soumet à un cadre commun l'ensemble des établissements de crédit, quel que soit leur statut, et confie à trois AAI les pouvoirs de réglementation, d'agrément et de surveillance⁴⁶⁹. En parallèle, la loi du 11 février 1982⁴⁷⁰ engendre une vague de nationalisation de près de 36 banques et deux compagnies financières⁴⁷¹, marquant la volonté de l'État de diriger ce pan de l'économie.

174. La première moitié du XX^{ème} siècle s'est donc achevée par un fort interventionnisme de l'État, qui sera toutefois de courte durée et laissera place dès les années 1980 à une

⁴⁶³ Loi n°45-015, 2 déc. 1945, relative à la nationalisation et à l'organisation du crédit, JO 3 déc. 1945, p.8001.

⁴⁶⁴ La Banque de France a été constituée le 18 janv. 2000 sous la forme de société à capitaux privés.

⁴⁶⁵ Art. 4 et 5, Loi n°45-015, 2 déc. 1945, (aujourd'hui abrogés).

⁴⁶⁶ Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, *Étude relative à la régulation bancaire à l'épreuve de la crise financière*, Document de travail, Série Études économique n°5, 10 déc. 2009, p.6, en ligne : <<https://www.senat.fr/eco/ec09-005/ec09-0050.html>>.

⁴⁶⁷ D. « Debré-Haberer », 2 déc. 1966 et 30 mars 1967, du nom du ministre de l'Économie et des Finances de l'époque, Michel Debré, et de son conseiller technique Jean-Yves Haberer, futur patron du Crédit Lyonnais de 1988 à 1993.

⁴⁶⁸ Les banques de dépôt sont ainsi autorisées à collecter des dépôts de plus de deux ans, et à prendre des participations dans des entreprises industrielles jusqu'à 20 % du capital de ces dernières, contre 10 % auparavant. De leur côté, les banques d'affaires ont désormais la possibilité de collecter les dépôts à vue des particuliers, et d'ouvrir des agences.

⁴⁶⁹ Loi n°84-46, 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, JO 25 janv. 1984, p.390 : La loi bancaire confère les pouvoirs de réglementation, d'agrément et de surveillance au Comité de la réglementation bancaire, au Comité des établissements de crédit et à la Commission bancaire.

⁴⁷⁰ Loi n°82-155, 11 févr. 1982 de nationalisation, JO 13 févr. 1982, p.566.

⁴⁷¹ KOVAR (J.-P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, 2012, p.14.

privatisation du secteur bancaire français. En parallèle, l'ouverture du marché unique européen vient bouleverser le système bancaire français (2.).

2. La privatisation du système bancaire français et l'ouverture du marché unique européen

175. À partir des années 1980, la tendance s'est inversée au profit d'une politique plus libérale, caractérisée par un désengagement progressif de l'État et un recul de sa politique dirigiste. À la suite de privatisations partielles, engagées en 1986 et 1988 puis parachevées après 1993, le secteur public bancaire français ne compte plus que quelques établissements⁴⁷². Mais ces transformations ne s'arrêtent pas là : elles s'accompagnent d'un allègement des contraintes pesant sur le secteur bancaire avec la suppression de l'encadrement du crédit en 1987 et du contrôle des échanges en 1989⁴⁷³.

176. L'exposition des banques françaises à la concurrence étrangère et l'ouverture du marché unique européen des services bancaires et financiers modifient sensiblement le paysage bancaire français⁴⁷⁴. En effet, l'acte unique européen des 17 et 28 février 1986⁴⁷⁵ marque le point de départ de la construction de l'espace financier européen dans lequel s'insère le marché unique bancaire. Puis, le Traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992⁴⁷⁶ institue l'Union économique et monétaire qui conduira par la suite à l'adoption de la monnaie unique, ainsi qu'à la création du système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne. La mise en place du marché unique européen n'est pas sans incidence pour les banques puisqu'il consacre la liberté d'établissement, la liberté de prestation de services⁴⁷⁷ et la libre circulation des capitaux⁴⁷⁸.

177. Face la suppression des frontières géographiques, le secteur bancaire français entreprend de se moderniser et se restructurer pour rester compétitif. À la suite d'opérations de fusions nationales ou transfrontalières, le phénomène de concentration des établissements bancaires augmente vers la constitution de grands groupes détenant une part significative des

⁴⁷² Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, *op. cit.*, p.5 : Le secteur public ne comptait plus, à fin 2017, outre les 18 caisses de crédit municipal et la filiale bancaire CMP Banque du Crédit municipal de Paris, que trois établissements : Oseo financement, la Banque Solfea et la Banque postale.

⁴⁷³ D. n°89-938, 29 déc. 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JO 30 déc. 1989, p.16411.

⁴⁷⁴ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p.32.

⁴⁷⁵ Acte unique européen des 17 et 28 févr. 1986, JOCE n°L169/4 du 29 juin 1987.

⁴⁷⁶ Traité sur l'Union européenne du 7 févr. 1992, JOCE n°C191 du 29 juill. 1992 qui institue l'Union européenne et modifie les trois traités instituant les Communautés européennes.

⁴⁷⁷ Dir. Cons. 89/646 (UE), 15 déc. 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la Dir. Cons. 77/780 (UE), JOCE n°L386, 30 déc. 1989, p.1-13. Cette directive consacre la liberté d'établissement et de prestation de services.

⁴⁷⁸ Art. 56 du Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957, JOCE n°C325, 24 déc. 2002, p.0033-00184, consacre la libre circulation des capitaux.

établissements de crédit actifs en France⁴⁷⁹. L'architecture institutionnelle du secteur bancaire connaît elle aussi une refonte importante, marquée par la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières⁴⁸⁰ qui étend la compétence des trois AAI à l'ensemble des prestataires de services d'investissement, qu'il s'agisse d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement⁴⁸¹.

178. Ces avancées du secteur bancaire s'accompagnent d'initiatives d'harmonisation des règles prudentielles qui sont déployées au plan international et ont des conséquences importantes sur les ratios de solvabilité des banques françaises (3.).

3. L'harmonisation de la réglementation prudentielle

179. La modernisation du système bancaire français fait écho au mouvement d'harmonisation des règles prudentielles et des méthodes de contrôle entrepris au niveau international. Certes, les établissements bancaires français bénéficient d'une ouverture sur le marché unique européen, mais ils évoluent également dans une économie mondialisée. Dans ce contexte, un certain nombre de règles dites prudentielles ont été progressivement mises en place sous l'impulsion du Comité de Bâle, afin de garantir la solvabilité des établissements en leur imposant des ratios et des coefficients minimaux. Le premier accord de Bâle dit « Bâle I » a été institué en 1988⁴⁸² à la suite d'une crise financière ayant conduit à la faillite de la banque allemande Bankhaus Herstatt⁴⁸³. Cet accord introduit un ratio de solvabilité, le ratio *Cooke*⁴⁸⁴, qui prévoit « l'obligation pour les établissements de crédit de respecter un rapport minimal entre leurs fonds propres et le niveau des risques qu'ils encouraient. Pour illustrer cette règle, on peut dire qu'un établissement de crédit devait, obligatoirement, disposer d'au moins huit euros de fonds propres pour cent euros de risques pris »⁴⁸⁵.

180. Mis en œuvre au plan européen par la directive 89/647/CEE du 18 décembre 1989⁴⁸⁶, l'accord de « Bâle I » a été rapidement considéré comme insuffisant dans la gestion des risques

⁴⁷⁹ Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, *op. cit.*, p.5 : Six grands groupes bancaires français sont recensés comme détenant environ la moitié des établissements de crédit actifs en France. Sur la base des fonds propres à fin décembre 2006, il s'agit de Crédit agricole, BNP-Paribas, Crédit mutuel, Société générale, Caisses d'épargne, Banques populaires.

⁴⁸⁰ Loi n°96-597 du 2 juill. 1996 de modernisation des activités financières, JO 4 juill. 1996, p.10063.

⁴⁸¹ KOVAR (J.-P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *op. cit.*, p.16 : Modification également de la composition de ces autorités et de leur dénomination à l'exception de la Commission Bancaire. Le Comité de la réglementation bancaire et le Comité des établissements de crédit deviennent respectivement le Comité de la réglementation bancaire et financière et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

⁴⁸² CBCB, *Bâle II : Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Juill. 1988, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbssc111fr.pdf>>.

⁴⁸³ Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, *op. cit.*, p.31.

⁴⁸⁴ Ratio « Cooke » du nom de Peter Cooke, directeur de la Banque d'Angleterre.

⁴⁸⁵ KOVAR (J.-P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *op. cit.*, p.231.

⁴⁸⁶ Dir. Cons. 89/647 (UE), 18 déc. 1989, relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit, JOCE n°L386, 30 déc. 1989, p.14.

bancaires, puisque limité au seul risque de crédit. Or, le risque de marché et le risque opérationnel occupent depuis quelques années une place grandissante, du fait de la restructuration du système bancaire et de l'évolution des technologies. La mutation du secteur bancaire conduit donc nécessairement à formuler de nouvelles propositions, et ce dès janvier 1996⁴⁸⁷. Après de long mois de réflexion, le Comité de Bâle publie une nouvelle réglementation dite « Bâle II »⁴⁸⁸ organisée en trois piliers, qui entend mettre en place « un ratio reflétant mieux le risque réellement encouru par les banques, tout en les incitant à renforcer leurs procédures de gestion des risques »⁴⁸⁹. Au titre du premier pilier, le ratio *Cooke* est substitué au ratio *Mc Donough*⁴⁹⁰. Ce dernier élargit l'éventail des risques couverts et impose le respect de proportions particulières : « le risque opérationnel et le risque de marché sont respectivement pris en compte à hauteur de 10 % et de 5 % et le risque de crédit pour 85 % »⁴⁹¹. Le second pilier de « Bâle II » établit quant à lui un processus de surveillance prudentielle pour permettre aux banques d'évaluer en interne l'adéquation du capital et de soumettre cette évaluation pour revue au superviseur. Enfin, le troisième pilier entend favoriser la transparence financière et la communication d'informations relatives à l'allocation et à l'adéquation de fonds propres. Ces exigences de fonds propres sont ensuite transposées au niveau européen⁴⁹².

181. En somme, sur le plan juridique, le système bancaire français a fait l'objet de nombreux revirements et bouleversements au XX^{ème} siècle liés à des considérations politiques mais également à la mise en place de la construction européenne et de certaines avancées normatives sur le plan international. Ces transformations se sont également accompagnées de changements structurels relatifs au modèle économique des banques (B.).

B. Le changement du modèle économique des banques

182. Le modèle économique des banques a été bouleversé depuis le début du XXI^{ème} siècle par l'exposition des banques au risque de marché, marquée par l'essor de la titrisation (2.) mais également la déréglementation du secteur bancaire (1.).

1. La déréglementation du secteur bancaire

183. L'évolution du système bancaire est marquée après les années 1990 par une politique de déréglementation des marchés financiers. Cette tendance se traduit par le recul de

⁴⁸⁷ CBCB, *Amendement à l'accord sur les fonds propres pour son extension aux risques de marché*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Janv. 1996, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs24afr.pdf>>.

⁴⁸⁸ CBCB, *Bâle II : Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres, dispositif révisé*, *op. cit.*

⁴⁸⁹ Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, *op. cit.*, p.32.

⁴⁹⁰ Du nom du président du Comité de Bâle jusqu'en 2003.

⁴⁹¹ KOVAR (J.-P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *op. cit.*, p.232.

⁴⁹² La transposition est opérée au niveau européen par la Dir. Cons. 2006/49 (UE), 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, *JOUE* 30 juin 2006, n°L177, p.201.

l'interventionnisme étatique et l'allègement des contraintes juridiques, du cadre réglementaire pesant sur les banques en matière de solvabilité et de liquidité⁴⁹³. Sur ce fondement, l'équilibre du système bancaire repose sur l'idée d'une intensification de la concurrence entre les établissements de crédit. Ce modèle de régulation est né au début des années 2000, sous l'impulsion des autorités britanniques et américaines de régulation des marchés financiers, composées largement de professionnels du secteur⁴⁹⁴. Pour faciliter le développement des marchés, il a été jugé favorable d'abattre les barrières juridiques et de libéraliser voire de déssegmenter les secteurs bancaire et financier. Par la suite, ce modèle de régulation s'est propagé au niveau européen par le biais des Banques centrales et a été étendu au marché bancaire français.

184. Cette politique de déréglementation se traduit par le décloisonnement des marchés et la libéralisation financière. En effet, la disparition des frontières géographiques du fait de l'abaissement des contrôles des changes dans de nombreux pays permet une internationalisation de l'activité bancaire⁴⁹⁵. Cette évolution renforce également, dans la continuité du marché unique européen, l'exportation française de la distribution de crédit à l'étranger. À l'inverse, elle facilite l'établissement des banques étrangères en France. Plus concrètement, la libéralisation financière contribue à l'émergence d'un nouveau modèle de financement des banques qui n'est pas prêt de s'éteindre, modifiant significativement le paysage bancaire. Dans ce sens et à titre d'illustration, l'offensive de dérégulation lancée par le président des Etats-Unis Donald Trump pour démanteler le *Dodd-Frank Act* publié sous l'administration Obama en réponse à la crise financière, est un exemple récent du choix politique opéré en faveur d'un recul de l'interventionnisme étatique en matière bancaire et financière⁴⁹⁶.

185. La déréglementation du secteur a pour conséquence au XXI^{ème} siècle que les établissements bancaires se tournent progressivement vers d'autres sources de financement et s'exposent de plus en plus au risque de marché (2.).

2. L'exposition des banques au risque de marché : l'essor de la titrisation

186. L'élimination de certaines barrières structurelles entre banque d'investissement et banque de dépôts, liée à la politique de déréglementation menée, se traduit par un changement de modèle économique des banques. En effet, de nombreux économistes ont pu observer au cours des dernières décennies que la finance de marché a pris le pas sur le financement

⁴⁹³ CLAROTTI (P.), « Le rôle du processus d'intégration communautaire dans la dérégulation en matière bancaire », *RDAI*, n°7, 1986, p.625.

⁴⁹⁴ DU MARAIS (B.), *op.cit.*, p.78-88.

⁴⁹⁵ BONNEAU (Th.), *Droit bancaire, op. cit.*, p.31.

⁴⁹⁶ v. *infra* n°564.

intermédié par les banques. Ce mouvement de désintermédiation se matérialise par « un accroissement du rôle des marchés financiers comme source de financement pour les entreprises mais aussi par l'intervention des banques sur les marchés financiers »⁴⁹⁷. Pour rester compétitives, les banques n'hésitent plus à rechercher de nouvelles sources de financement et s'exposent aux risques de marché. Face au constat de la diminution de leur part dans le financement des entreprises, les établissements de crédit ont cherché à développer l'ingénierie financière, passant « de simples intermédiaires transformant l'épargne [...] à des prestataires de services financiers »⁴⁹⁸. La désintermédiation bancaire conduit également à la diversification des métiers. L'imbrication grandissante du système bancaire et financier est à l'origine de canaux financiers non-bancaires.

187. Cette évolution marque le passage d'un modèle d'« *origination-conservation* » (octroi et détention du crédit) des risques où l'établissement bancaire conserve le crédit jusqu'à son remboursement, à un modèle d'« *origination-distribution* » (octroi puis cession du crédit) et témoigne de l'essor de la titrisation⁴⁹⁹. Ainsi, aux termes de cette pratique, les banques, après avoir accordé des prêts, cèdent le risque de crédit sous-jacent à un ensemble d'investisseurs par le biais d'instruments dédiés. L'avantage de la titrisation réside ensuite dans le fait d'externaliser le risque dans des structures hors-bilan ou vers d'autres investisseurs n'étant pas systématiquement soumis aux mêmes exigences réglementaires que les établissements bancaires. A noter qu'en France aujourd'hui, le cadre réglementaire en matière de titrisation est l'un des plus robustes et répond à des conditions strictes de gestion des risques : « l'organisme de titrisation a l'obligation d'être géré par une société de gestion et contrôlé par le dépositaire, deux acteurs placés sous la supervision de l'AMF. »⁵⁰⁰. Dès lors, le modèle français impose à l'organisme de titrisation, à la banque cédante ou encore à l'investisseur de mettre en place un dispositif de maîtrise des risques orienté vers la protection de l'investisseur.

188. La rencontre du système bancaire et du système financier illustrée par l'intervention des banques sur les marchés financiers a engendré une crise financière mondiale qui est, à l'évidence, révélatrice de failles dans la régulation (§2).

§2 La crise financière mondiale, révélatrice de failles dans la régulation

189. Face à l'évènement et aux questions que suscitent la crise profonde de l'été 2007, il apparaît nécessaire de revenir sur la compréhension des faits et des enjeux en étudiant

⁴⁹⁷ MULLER (A.-C.), « La régulation bancaire et financière dans l'Union européenne après la crise », *BJB*, n°7-8, 2015, p.348.

⁴⁹⁸ GRANIER (Th.), JAFFEUX (C.), *Titrisation, aspects juridique et financier*, 2^e éd., Economica, 2004, p.21.

⁴⁹⁹ Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, *op. cit.*, p.41.

⁵⁰⁰ NICOLET (M.-A.), « Renouveau de la titrisation et impact sur la maîtrise des risques », *RB* n°783, Avril 2015, p.49 : « l'organisme de titrisation a l'obligation d'être géré par une société de gestion et contrôlé par le dépositaire, deux acteurs placés sous la supervision de l'AMF. ».

successivement le déclenchement de cette crise (A.), sa propagation à l'international (B.) et ses répercussions (C.).

A. La nature et les facteurs de déclenchement de la crise

190. Les premiers symptômes de la crise financière se sont manifestés par des tensions sur la liquidité (1.) accompagnés de l'effondrement des formes les plus dangereuses de titrisation (2.).

1. Les premiers symptômes : une crise de liquidité

191. L'histoire économique de ces dernières années laisse à penser que les crises financières se succèdent mais ne se ressemblent pas : « chaque crise étant différente des précédentes, elle serait, de ce fait, difficile à prévoir, plus encore à prévenir. »⁵⁰¹. La particularité de la crise profonde qu'a traversé le système financier mondial lors de l'été 2007 réside dans son caractère systémique. Cette crise, affectant à l'origine le marché immobilier américain, s'est propagée à plusieurs niveaux jusqu'à atteindre progressivement les marchés, les banques et l'économie réelle. Une crise d'une telle ampleur n'a, à l'évidence, pas une cause unique mais résulte « du cumul de comportements, d'erreurs de jugement, de dysfonctionnements dont les effets négatifs se sont additionnés, voire mutuellement amplifiés »⁵⁰². C'est ce qu'illustre le dossier publié en 2009 par la Banque de France, intitulé « La crise financière »⁵⁰³ et qui présente une analyse approfondie des mécanismes et dynamiques à l'origine de la crise.

192. Les services de la Banque de France ont observé que « cette crise est d'abord apparue comme une crise de liquidité »⁵⁰⁴ dont les premières tensions se sont manifestées sur le marché interbancaire au mois d'août 2007. Marquées par l'annonce de la BNP-Paribas, le 9 août 2007, du gel de la valorisation de trois de ses fonds, lié aux *subprimes*⁵⁰⁵, les banques

⁵⁰¹ BALATON (A.), DEGUEN (D.), « Cinq siècles de crises financières », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, op. cit., p.26.

⁵⁰² FORT (J.-L.), « L'organisation de la régulation pour le système bancaire et financier », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, op. cit., p.74.

⁵⁰³ BDF, *La crise financière*, Banque de France, Documents et Débats n°2, Févr. 2009, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Document%20Web/Banque%20de%20France/document s-et-debats-numero-2-integral%20la%20crise%20financière.pdf>.

⁵⁰⁴ Extrait de NOYER (C.), « Réflexions sur la crise », Discours prononcé à Tokyo le 17 nov. 2008, en ligne : <www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/2008/disc20081117.pdf>.

⁵⁰⁵ Les Échos, « Lexique financier », en ligne :

<https://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_subprimes.html#KsufOTa1qhSDP0.99>: L'expression « *subprimes* » est associée à des prêts immobiliers accordés au début des années 2000 à des ménages américains peu solvables, dont le montant était gagé sur la valeur du bien immobilier. Tant que les prix de l'immobilier ont continué à progresser ces prêts ont permis de dégager des rendements élevés : ils ont donc été titrisés et incorporés dans de nombreux instruments financiers pour en dynamiser la rentabilité. Le retournement du marché de l'immobilier américain au début de l'année 2007, et les premières pertes liées à ces prêts hypothécaires titrisés ont déclenché une crise financière de grande ampleur justement connue sous le nom de « crise des *subprimes* ».

sont devenues très réticentes à se prêter entre elles, même à court terme, malgré l'augmentation sur cette période des taux d'intérêts et de leurs besoins de liquidité⁵⁰⁶. De plus, l'insolvabilité des emprunteurs *subprimes* a entraîné une méfiance généralisée vis-à-vis des actifs titrisés qui leur étaient adossés⁵⁰⁷ illustrant parfaitement les dérives liées à une perte de confiance du marché. La baisse forte et brutale de la valeur des actifs utilisés en garantie a ensuite eu une incidence considérable sur la circulation de quantités d'actifs, même performants. Par voie de contagion, ces instruments sont devenus totalement « illiquides », la crise s'étendant d'un marché et d'un pays à l'autre.

193. Cependant, cette crise de la liquidité n'est que la conséquence de l'effondrement de la titrisation structurée, qui trouve son fondement aux États-Unis avec la mise en circulation des crédits *subprimes* (2.).

2. L'effondrement de la titrisation structurée

194. Les années 2004-2007 ont été fortement marquées par le recours à la titrisation. Cette technique traditionnellement réputée pour sa sécurité, s'appuyant d'ordinaire sur des crédits immobiliers de bonne qualité, prend un relief particulier avec l'essor des crédits *subprimes*. Ces crédits immobiliers hypothécaires proposés à des ménages américains peu solvables sont générateurs de risques : « La valeur de marché du bien emprunté vient en garantie de l'emprunt, dont une partie est libellée à taux variable »⁵⁰⁸. De surcroît, la revente de ces créances à des structures financières non réglementées en échange de titres adossés au portefeuille d'actifs immobiliers va précipiter le déclenchement de la crise immobilière aux États-Unis⁵⁰⁹. En effet, les récentes innovations financières ont fait apparaître un certain nombre de produits dits « structurés » qui se sont développés dans le cadre des mécanismes de titrisation⁵¹⁰. A titre d'illustration, les « *residential mortgage backed securities – RMBS* » ont été conçues pour assurer le financement des emprunts et être émis sur le marché secondaire à destination des investisseurs (institutions financières, fonds de pension, compagnies d'assurance...).

195. La multiplication des produits dérivés, destinés à l'origine à absorber l'offre d'épargne qui existait sur les marchés domestiques et à élargir la gamme des produits et services offerts

⁵⁰⁶ PFISTER (C.), « Turbulences financières, tensions sur les marchés interbancaires et réponses des banques centrales », *Revue Sociétal*, n°59, Janv. 2008, p.77-79.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p.45-47 : « De surcroît, avec la valorisation en valeur de marché, toute incertitude sur la valeur des actifs se transforme en incertitude sur la solvabilité des institutions financières ».

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p.42.

⁵⁰⁹ BOUZID (B.), « Titrisation des emprunts hypothécaires et bulle immobilière aux États-Unis : les origines d'une débâcle », *Revue d'Économie Financière*, n°97, Févr. 2010, p.101.

⁵¹⁰ BDF, *La crise financière*, *op. cit.*, p.26 : On distingue trois mécanismes de titrisation que sont : le pooling, la déconnexion entre le risque de crédit du portefeuille et celui de la banque initiatrice du montage, et enfin le découpage en tranches.

sur ce secteur, est venue dissimuler le risque sous-jacent à cette chaîne de titrisation. Pour alimenter le débat juridique, certains auteurs font état d'un processus contractuel défaillant ne permettant pas aux investisseurs de bénéficier d'un consentement éclairé sur les risques encouru lors de la souscription des produits de titrisation⁵¹¹. Au manque d'information sur l'actif sous-jacent est venu s'ajouter d'autres difficultés avec la découverte, dans les contrats de souscription de droit anglais ou américain, de clauses contractuelles limitatives de responsabilité ou qui excluent tout devoir de conseil des arrangeurs-commercialisateurs de produits structurés⁵¹². L'effondrement de la titrisation structurée tient ainsi en partie à une sous-estimation du risque de crédit par les marchés financiers face à la complexité des produits.

196. Si l'origine de la crise et son déclenchement sont désormais bien connus, on peut légitimement s'interroger sur la propagation de celle-ci (B.).

B. La propagation de la crise

197. Des tentatives d'explications peuvent être évoquées quant à l'accélération de la crise à travers, notamment, le rôle des agences de notation (1.) et les dysfonctionnements dans la chaîne du risque, marqués par le phénomène de « capture du régulateur »⁵¹³ (2.).

1. Le rôle déterminant des agences de notation

198. Pour bien comprendre les mécanismes de cette crise financière mondiale, il est utile de rappeler le rôle essentiel joué par les agences de notation, ou « *rating agencies* », telles que Moody's, Standard & Poor's ou Fitch Ratings. Les enquêtes menées à l'encontre des agences de notation ont révélé une sous-évaluation du risque de certains actifs immobiliers et l'attribution de notes AAA erronée à des financements structurés adossés à des crédits *subprimes* pour éviter la perte de revenus des banques émettrices de « *residential mortgage backed securities – RMBS* »⁵¹⁴. Face à l'effondrement du marché des *subprimes*, la notation des *Collateralized Debt Obligations* (CDO) et des tranches de produits structurés a été vivement critiquée, témoignant du dysfonctionnement du processus de notation⁵¹⁵. Lorsqu'ensuite les agences de notation ont révisé brutalement leurs méthodologies et notes sans prévenir les investisseurs, il en a résulté un profond malentendu quant à la signification et à la portée des notations. Le risque de liquidité, véritable risque associé aux instruments

⁵¹¹ GRANIER (Th.), ALAMOWITCH (S.) « Éclairage. Titrisation et crise financière », *BJB*, Janv. 2008, p.10.

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ DU MARAIS (B.), « Crise de la régulation ou "capture du régulateur" ? », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, Association d'Économie Financière, Paperback, Juill. 2009, p.78-88.

⁵¹⁴ *Ibidem* : « La commission d'enquête du Sénat américain "*Financial Crisis Inquiry Commission*" et les procès auxquels les agences de notation furent confrontées ont montré que les agences de notation n'ont pas toujours respecté la méthodologie dont les contours ont été esquissés ».

⁵¹⁵ SIMON (Y.), *Notation et agences de rating*, Economica, 2017, p.75.

financiers, n'a pas été noté par les agences alors que les investisseurs étaient persuadés du contraire. Le recours à une même échelle de notation pour des produits structurés et des produits obligataires classiques totalement différents a également entretenu la confusion⁵¹⁶. En outre, le manque d'indépendance des agences de notation a pu être mis en cause, face au versement d'une part de leur rémunération en provenance des arrangeurs et des émetteurs de produits de titrisation, ce qui laisserait entrevoir d'éventuelles situations de conflits d'intérêts, au détriment des intérêts des investisseurs⁵¹⁷.

199. Face à leur incapacité à prévoir trois des plus grandes crises financières majeures de ces quinze dernières années⁵¹⁸, les agences de notation se sont retrouvées « dans la ligne de mire des politiques »⁵¹⁹. L'acquittement le 3 février 2015 d'une pénalité de 1,375 milliard de dollars versée par *Standard & Poor's* au ministère américain de la Justice, le *Department of Justice (DoJ)*⁵²⁰ témoigne indéniablement de la volonté politique de placer ces agences au premier plan de la crise financière mondiale, voire au rang de « coupable idéal »⁵²¹. Les agences de notation ont joué le rôle ces dernières années de « quasi-régulateurs »⁵²² de la titrisation en contribuant au processus de valorisation d'actifs et en renforçant la liquidité de certains produits structurés difficiles à appréhender, alors que seul le régulateur boursier américain U.S. Securities & Exchange Commission leur consacre un statut réglementaire, encadré en 2006 par le *Rating Agency Reform Act*⁵²³.

200. Si on ne peut nier l'importance et le rôle qu'ont joué les agences de notation dans l'accélération de la crise des *subprimes*, il faut noter que celles-ci n'en sont pas la cause unique⁵²⁴. Les dysfonctionnements dans la chaîne du risque participent également à la forte propagation de la crise de 2008 (2.).

⁵¹⁶ PRUM (A.), « Les agences de notation dans la ligne de mire des politiques », *RDBF*, Janv.-févr. 2009, Repère 1.

⁵¹⁷ GRANIER (Th.), ALAMOWITCH (S.) *op. cit.*, p.10.

⁵¹⁸ DE BOISSIEU (C.), « Leçons de la crise pour la régulation bancaire et financière », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, *op. cit.*, p.66 : L'auteur cite au titre des trois plus grandes crises financières de ces quinze dernières années : « la crise asiatique de 1997, l'affaire Enron en 2001, la crise des "subprimes" en 2007 ».

⁵¹⁹ PRUM (A.), *op. cit.*, p.1.

⁵²⁰ SIMON (Y.), *op. cit.*, p.78 : « Standard & Poor's a signé l'accord avec le DOJ, mais n'a pas reconnu sa mauvaise conduite ("S&P won't admit wrong doing as part of the settlement, but will agree to a statement outlining its actions") ».

⁵²¹ LADREIT DE LACHARRIERE (M.), *Le droit de noter. Les agences de notation face à la crise*, Grasset, 2012, p.128.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ U.S. SEC, *Credit Rating Agency Reform Act of 2006 (109th Congress S. 3850)*, United States Securities & Exchange Commission, 29 sept. 2006, en ligne : <<https://www.sec.gov/ocr/cra-reform-act-2006.pdf>>: Les agences de notation ont acquis un statut réglementaire sous le nom de « *Nationally Recognised Statistical Rating Organizations –NRSRO* » ou « agences de notation nationalement reconnues » (sous-entendu par le régulateur).

⁵²⁴ BONNEAU (Th.), CAPELLE-BLANCARD (G.), DIMITRIJEVIC (M.) « Éclairage. Origines et solution à la crise financière », *BJB*, n°6, 2008, p.446.

2. Les dysfonctionnements dans la chaîne du risque⁵²⁵

201. La crise bancaire mondialisée marque inexorablement « l'échec de la dispersion du risque »⁵²⁶. Le développement de la titrisation, dans un objectif de diversification des activités des grandes institutions financières, n'a pas contribué à renforcer la stabilité financière. Loin d'être répartis dans l'ensemble du système, le risque en général et le risque de crédit en particulier étaient concentrés entre les mains des grandes banques d'investissement. Mais au-delà de l'appréhension, c'est avant tout la gestion de ces risques par les institutions financières qui reste un échec. L'élaboration de scénarios de crises efficaces aurait été déterminante dans la connaissance approfondie des risques par les grands établissements bancaires et financiers⁵²⁷. L'inaptitude à anticiper et à gérer le risque de liquidité n'a fait que renforcer la difficulté des banques à ajuster leur position sur les marchés.

202. Plus globalement, ces dysfonctionnements dans la chaîne du risque font apparaître une véritable crise de la régulation et de l'encadrement juridique et institutionnel des marchés financiers. Le Conseiller d'État Bertrand du Marais illustre cette crise en reprenant la théorie de la « capture »⁵²⁸ du régulateur par l'industrie financière⁵²⁹ mise en évidence par l'économiste américain Georges-Joseph Stigler. Ce phénomène trouve son fondement dans la diffusion du modèle anglo-saxon de régulation, largement étendu au cours des dernières années, à l'ensemble des marchés nationaux jusqu'à constituer un « label de qualité et d'efficacité »⁵³⁰. Cette uniformisation de la régulation a généré un mouvement global de désintermédiation et de déréglementation des marchés financiers, fondé sur le dogme de la supériorité de la finance de marchés. Toute la force de l'industrie financière et des opérateurs de marchés s'est ensuite manifestée par la « capture » des régulateurs nationaux en leur « faisant admettre leurs impératifs, leurs contraintes sous forme de règles d'organisation du marché qui leur soient favorables »⁵³¹. Cette théorie repose donc essentiellement sur la collaboration étroite existante entre les régulateurs nationaux et les professionnels régulés. Or, si cette collaboration est manifeste dans les pays anglo-saxons, elle apparaît moins significative en France, rendant la théorie de la « capture du régulateur » peu applicable au système de régulation français. La robustesse des banques françaises face à la crise financière a d'ailleurs été soulignée à maintes reprises, en partie grâce à une forte régulation du secteur. Le gouverneur de la Banque de France n'hésite pas à l'époque à rappeler que le modèle universel des banques françaises

⁵²⁵ DU MARAIS (B.), *op. cit.*

⁵²⁶ Banque de France, « Vue d'ensemble », *op. cit.*

⁵²⁷ *Ibidem.*

⁵²⁸ STIGLER (G.-J.), « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1971, p.3.

⁵²⁹ DU MARAIS (B.), *op. cit.*

⁵³⁰ *Ibidem.*

⁵³¹ *Ibidem.*

est moins vulnérable aux conditions des marchés financiers, les *minimas* de fonds propres qui leurs sont imposés par les autorités de régulation françaises étant bien plus élevés que ceux de leurs concurrents européens⁵³².

203. Outre les dysfonctionnements relevés dans la chaîne du risque, il ne faut pas oublier que la crise de 2008 a eu de graves répercussions transformant la crise financière américaine en une crise mondiale (C.).

C. Les répercussions de la crise financière

204. La crise financière a eu des répercussions importantes sur l'économie réelle, entraînant un ralentissement économique jamais envisagé auparavant (2.). Ce bouleversement a été accentué par le phénomène de contagion du secteur bancaire et assurantiel (1.).

1. La contagion du secteur bancaire et assurantiel

205. L'éclatement de cette bulle immobilière américaine a eu des répercussions significatives sur les banques et autres intervenants du marché. Le passage d'un phénomène de marché à une crise bancaire mondialisée s'explique à l'aune de différents facteurs. En effet, l'absence de liquidité sur les marchés et la baisse de la valeur des produits structurés suite à la dégradation de leur note ont entraîné des conséquences immédiates à l'égard de certains véhicules financiers spécifiques et des organismes d'assurance. Les conduits ou *Structured Investment Vehicles* (SIV)⁵³³, n'étant pas soumis aux mêmes exigences réglementaires que les banques en matière de fonds propres, ont rencontré des difficultés de financement pour absorber le choc de l'effondrement du marché *subprimes*. Pour pallier cette crise, leur seul recours a été de substituer les lignes de crédit bancaire déjà souscrites à des fonds propres⁵³⁴. De leur côté, les compagnies d'assurance dites « *monolines* »⁵³⁵, intervenant sur les produits structurés en cas de défaut sur l'actif sous-jacent, se sont retrouvées dans l'impossibilité de faire face aux engagements qu'elles avaient contractés, faute de capital suffisant. La contagion s'est ensuite amplifiée avec l'effet de levier qui « tend à être procyclique, ce qui accroît l'amplitude des chocs subis par le système financier »⁵³⁶, et la faillite de la banque

⁵³² Extrait de NOYER (C.), « Réflexions sur la crise », *op. cit.*

⁵³³ BDF, *La crise financière*, *op. cit.*, p.110 : Le SIV ou conduit « désigne dans un montage de titrisation, le véhicule *ad hoc* à durée de vie déterminée ayant pour objet de détenir le portefeuille d'actifs sous-jacents et d'émettre des titres représentatifs de ce portefeuille. »

⁵³⁴ *Ibid.*, p.18.

⁵³⁵ *Ibid.*, p.110 : « Les compagnies d'assurance "*monolines*" effectuent de l'assurance-crédit sur des obligations émises par des collectivités locales essentiellement américaines ou sur des tranches de produits structurés. Également appelées "*financial guaranty insurers*", l'appellation "*monoline*" vient du fait qu'elles ne sont actives que sur un seul type d'assurance. Étant majoritairement notées elles-mêmes AAA, les "*monoline*" permettent aux titres assurés d'obtenir un rating AAA. [...] sur la seule année 2006, les "*monoline*" ont octroyé pour 250 milliards de protection sur les produits structurés. ».

⁵³⁶ Banque de France, « Vue d'ensemble », *Revue de Stabilité Financière*, Numéro Spécial Liquidité, Févr. 2008, n°11, p.l.

d'investissement Lehman Brothers le 15 septembre 2008. Ce « séisme Lehman Brothers » marque un tournant majeur dans la crise américaine et crée le doute sur la solvabilité des institutions financières, vers une méfiance généralisée du système financier.⁵³⁷

206. Ce n'est finalement que quelques mois après la chute brutale des *subprimes* que la crise financière gagne les économies émergentes où d'autres institutions bancaires sont menacées de faillite, à l'image de la banque britannique Northern Rock nationalisée le 17 février 2008, ou encore de la banque allemande Sachsen LandesBank rachetée en décembre 2007 par son homologue Bade-Wurtemberg⁵³⁸. Conscient de la menace que représente cette crise, le G7 se réunit le 10 octobre 2008 sous l'impulsion de la présidence française et adopte un plan d'action international qui vise entre autres « à assurer la viabilité du système financier, éviter la faillite des institutions financières importantes, garantir l'accès à la liquidité, et recapitaliser les institutions financières publiques »⁵³⁹. Il en résulte au niveau européen 1700 milliards d'euros d'engagements étatiques de refinancement et de recapitalisation « accompagnés de baisses du taux d'intérêt directeur de la Banque centrale européenne ».⁵⁴⁰

207. Malgré les efforts entrepris au niveau international, la crise de 2008 a eu de graves répercussions sur l'économie réelle de plusieurs États (2.).

2. Le passage d'une crise bancaire à une crise de l'économie réelle

208. Circonscrite au départ aux marchés financiers, la crise s'est rapidement propagée à l'économie réelle, devenant ainsi une vraie crise économique⁵⁴¹. Les banques au cœur du financement de l'économie n'ont pas pu assurer pleinement leur mission de distribution de crédit, créant ainsi un « *credit crunch* »⁵⁴², soit l'arrêt de nouveaux financements ou le non-renouvellement des crédits arrivés à maturation. Sans la possibilité de recourir aux sources traditionnelles de financements bancaires ou de marchés, les acteurs du secteur se sont retrouvés bloqués.

209. Tous ces indicateurs ont conduit à un ralentissement économique sans précédent touchant aussi bien les États-Unis que le reste du monde. Au premier semestre 2008, la majeure partie des économies industrialisées a connu une baisse d'activité qui s'est accentuée

⁵³⁷ BDF, *La crise financière*, op. cit., p.47.

⁵³⁸ DELION (A.-G.), « ...la crise financière et le retour des États », *RFAP*, n°4, vol. 128, 2008, p.799.

⁵³⁹ BDF, *La crise financière*, op. cit., p.2.

⁵⁴⁰ DELION (A.-G.), op. cit.

⁵⁴¹ BDF, *De la crise financière à la crise économique*, Banque de France, Documents et Débats n°3, Janv. 2010, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Document%20Web/Banque%20de%20France/document s-et-debats-numero-3-integral%20de%20la%20crise%20financière%20à%20la%20crise%20économique.pdf>.

⁵⁴² LAPREVOTE (F.-Ch.), « La crise économique et financière en France et dans l'Union européenne », *Revue Lamy de la concurrence*, Janv.-mars 2014, p.51.

au cours de l'année 2009. La France, avec un repli de plus 2 % de croissance de son produit intérieur brut, a dans l'ensemble mieux résisté à la crise que ses partenaires⁵⁴³. A cet égard, l'action des pouvoirs publics pendant la crise a été déterminante pour la reprise économique française, à travers la conduite de politiques monétaires arrangeantes et le recours à des « *stimuli* budgétaires très importants »⁵⁴⁴. Confrontée à la perte de confiance généralisée des agents économiques et à la chute de la production industrielle, les pouvoirs publics n'ont pas eu d'autres choix que d'intervenir pour limiter l'ampleur de cette crise exceptionnelle grâce notamment aux stabilisateurs automatiques, qui ont permis une bonne tenue de la consommation des ménages⁵⁴⁵. Cette intervention s'est manifestée par la fixation « de taux directeurs à un niveau compatible avec les objectifs macroéconomique de la banque centrale [...] et la gestion de la liquidité qui consiste à permettre au marché monétaire de fonctionner "normalement", de telle sorte que les impulsions de politique monétaire puissent être transmises efficacement au reste de l'économie »⁵⁴⁶. Cependant, les politiques de relance budgétaire et de soutien au système financier ont accentué l'endettement public et creusé les déficits déjà significatifs dans plusieurs États.

210. Il faut donc retenir que le changement de modèle économique des banques ainsi que la rencontre du système bancaire et du système financier, illustrée par l'intervention des établissements bancaires sur les marchés financiers, sont venus bouleverser le modèle de régulation jusqu'alors instauré. Ces mutations bancaires ont été accompagnées d'un phénomène de « caputure du régulateur » et d'une succession de dysfonctionnements dans la chaîne du risque démontrant à l'évidence l'instrumentalisation des autorités de régulation au profit des acteurs économiques américains. Face à un secteur en perpétuel mouvement, le cadre de régulation existant n'a pas su faire preuve de réactivité dans son action. Les leçons tirées de cette crise sont directement à l'origine de la mise en place d'une nouvelle régulation « post-crise », qu'il convient d'étudier (Section II).

Section II : La nouvelle régulation bancaire et financière « post-crise » : l'exemple européen

211. Après la crise financière, plusieurs réflexions ont été menées à l'échelon européen pour renforcer le champ de la régulation bancaire et financière. Un cadre temporaire de sortie de crise a tout d'abord été déployé pour contrer l'endettement souverain et assurer la sauvegarde des établissements défaillants. Puis, les premières orientations à donner pour la

⁵⁴³ *Ibid.*, p.29 : « les dernières prévisions de croissance du PIB pour 2009 sont de l'ordre de -5 % pour l'Allemagne, de -4 % pour l'ensemble de la zone euro, de 2,5 % à -3 % pour les États-Unis ou encore de -5 % à -6 % pour le Japon. ».

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p.30.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p.69 : « Des mesures budgétaires discrétionnaires de relance en complément des stabilisateurs automatiques sont ainsi apparues indispensables pour soutenir la demande finale ».

⁵⁴⁶ NOYER (C.), « La conduite de la politique monétaire en période de tensions financières », Discours prononcé à Prague en Avr. 2008 lors du European Banking and Financial Forum, Prague, Avr. 2008, en ligne : <www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/2008/disc20080401.pdf>.

construction une nouvelle régulation bancaire et financière ont vu le jour, après un premier retour d'expérience « post-crise » (§1). Enfin, l'Union bancaire marque l'avènement du nouveau cadre de réglementation choisi pour l'Europe (§2).

§1 Le cadre temporaire de sortie de crise et les premières réflexions sur l'avenir de la régulation bancaire et financière

212. L'exemple européen de gestion de la sortie de crise est précieux et témoigne de la mise en place d'une véritable stratégie pour limiter l'avalanche de la dégradation des notes souveraines (A.). Plusieurs enseignements peuvent également être tirés dans l'application de ce cadre temporaire, permettant ainsi de déceler les enjeux à maîtriser pour mieux réguler le secteur bancaire et financier (B).

A. La stratégie de sortie de crise

213. La stratégie de sortie de crise met en avant l'évolution du contexte dans lequel la pratique des sauvetages bancaires est effectuée face à la dégradation des notes souveraines (1.). Aux moments les plus forts de la crise, seule l'action des banques centrales est déterminante pour enrayer l'endettement souverain (2.).

1. La pratique des sauvetages bancaires et la dégradation des notes souveraines

214. La crise économique et financière a été l'occasion d'exercer une fonction régaliennement rarement mise en œuvre par le biais de l'intervention de l'État ou de sa banque centrale en tant que « *prêteur en dernier ressort* pour la sauvegarde des établissements de dépôts défaillants ou proches de la défaillance »⁵⁴⁷. Cette fonction reste l'apanage des États et ne peut en aucun cas être exercée à l'échelle communautaire par l'Union européenne, qui n'intervient que pour coordonner les politiques nationales. La pratique française des sauvetages bancaires s'est traduite par des plans de soutien aux établissements de crédit reposant d'une part sur la Société de financement de l'économie française (SFEF)⁵⁴⁸ (mécanisme de refinancement), et d'autre part sur la Société de prise de participation de l'État (SPPE)⁵⁴⁹ (mécanisme de recapitalisation)⁵⁵⁰. La France a également fourni un régime d'aides individuelles à des banques spécialisées⁵⁵¹ qui ont permis d'éviter la mise en place de plans de restructuration. À l'étranger, le sauvetage des banques a constitué une part significative des dépenses publiques de certains

⁵⁴⁷ BLACHE (D.), *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, Revue Banque, 2009, p.29.

⁵⁴⁸ La SFEF a été créée par le gouvernement français en 2008 afin de financer les banques en difficulté. Elle est détenue à 34 % par l'État et à 66 % par un groupe de sept banques françaises.

⁵⁴⁹ La SPPE a été créée par le gouvernement français en 2008 afin de contribuer au renforcement des fonds propres des banques françaises.

⁵⁵⁰ LAPREVOTE (F-Ch.), *op. cit.*

⁵⁵¹ *Ibidem* : Plusieurs cas sont ainsi étudiés : Dexia, BPCE/Natixis, PSA Finance et Crédit Immobilier de France.

États, à l'image de l'Irlande où « l'aide structurelle représentait à elle seule 42 % du PIB du pays sur la période de 2008-2011 »⁵⁵². Les difficultés se sont accentuées par la dépréciation des obligations souveraines détenues par des banques individuelles ou par des restructurations de dettes imposées par exemple à la Grèce en 2011, créant ainsi un « cercle vicieux entre la santé financière des banques et la notation souveraine de leur pays d'origine »⁵⁵³. Dès le printemps 2010, la perception des investisseurs quant à la dette souveraine a changé et des turbulences sur les marchés ont été enregistrées avec la dégradation des notes souveraines de plusieurs États européens⁵⁵⁴. La Grèce, l'Irlande, le Portugal, l'Espagne ou encore l'Italie, en cherchant à soutenir leur économie et leurs banques, ont connu un emballement de leur dette publique et des difficultés croissantes de financement de cette dette.

215. Face à l'accroissement considérable des taux, il était urgent d'intervenir pour enrayer l'effet boule de neige et ne pas creuser davantage le déficit. L'action des banques centrales est précisément, à ce moment-là, déterminante face à l'endettement souverain (2.).

2. L'action des banques centrales face à l'endettement souverain

216. La BCE, garante de la stabilité financière de la zone euro, est intervenue de façon inédite pour mettre en place des mécanismes de gestion de crise, inexistants dans les traités européens. Son action, limitée par l'interdiction faite à l'Union européenne d'assumer les dettes d'un État membre⁵⁵⁵, s'est manifestée de plusieurs manières. Dans un premier temps, la BCE est intervenue sur le marché secondaire de la dette publique pour encourager la fourniture de liquidité et assouplir les conditions de garantie de ces allocations de liquidité⁵⁵⁶. La maturité des opérations de refinancement a ainsi été considérablement allongée, générant « un rebond de l'encours de refinancement qui s'établissait à 898 milliards d'euros au 5 janvier 2012 »⁵⁵⁷. Pour faire face à l'urgence de la situation, l'Union européenne a déployé dans un second temps, en mai 2010, un ensemble d'aides, telle que la « facilité grecque », sous forme de prêts bilatéraux des États membres de la zone euro à hauteur de 80 milliards d'euros, auxquels se sont ajoutés 30 milliards d'euros administrés par le Fonds monétaire international (FMI). Ce mécanisme a

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ BDF, *La crise de la dette souveraine*, Banque de France, Documents et Débats n°4, Mai 2012, p.1, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Document%20Web/Banque%20de%20France/document s-et-debats-numero-4-integral%20crise%20des%20dettes%20souveraines.pdf>.

⁵⁵⁵ TFUE, Art. 125 (1) : « L'Union ne répond pas des engagements des administrations centrales, des autorités régionales ou locales, des autres autorités publiques ou d'autres organismes ou entreprises publics d'un État membre, ni ne les prend à sa charge, sans préjudice des garanties financières mutuelles pour la réalisation en commun d'un projet spécifique. ».

⁵⁵⁶ AUBERGER (Ph.), *op. cit.* : « Surtout, elle a, par deux fois, en décembre 2011 et en février 2012, proposé des montants illimités de liquidité pour une durée de 3 ans avec possibilité de remboursement à partir d'un an, pour un montant total de 1020 milliards d'euros. ».

⁵⁵⁷ BDF, *La crise de la dette souveraine*, *op. cit.*, p.63.

ensuite été complété par d'autres schémas d'intervention plus sophistiqués que sont le Mécanisme européen de stabilité financière (MESF)⁵⁵⁸ et la Facilité européenne de stabilité financière (FESF)⁵⁵⁹, utilisés pour financer les programmes de l'Irlande et du Portugal en contrepartie de conditions strictes⁵⁶⁰.

217. Toutefois, la crise s'étant installée durablement, ces pays se sont retrouvés dans l'impossibilité de ralentir la montée puissante des taux d'intérêts et par là même de refinancer leur dette sur les marchés. Par voie de conséquence, la BCE n'a pas eu d'autre choix que de procéder avec le *Securities Markets Program* (SMP)⁵⁶¹, au rachat de titres grecs, irlandais, portugais, espagnol et italiens sur les marchés obligataires publics et privés « pour garantir le fonctionnement effectif du mécanisme de transmission de la politique monétaire »⁵⁶². Cette acquisition indirecte de créances par la BCE a été faite aux moments les plus forts de la crise, pour un montant maximum d'une dizaine de milliards d'euros par mois et « pour le compte solidairement de l'ensemble des membres de la zone euro au prorata de leur participation au capital de la BCE »⁵⁶³. Ce programme, accompagné d'opérations de neutralisation de l'impact en liquidité des acquisitions, a permis de limiter mais non d'enrayer la spéculation, qui atteint son paroxysme au printemps 2012. Un nouveau programme, *Outright Monetary Transaction* (OMT)⁵⁶⁴, est alors mis en place par la BCE dans les mêmes conditions que le programme SMP mais intervient cette fois-ci durablement sur le marché secondaire de la dette. Cette initiative permettra enfin de rétablir l'intégrité de la zone euro stoppant la spéculation sur la dette publique européenne⁵⁶⁵.

218. La période de crises, à peine achevée, laisse en suspens la question de l'avenir de la régulation bancaire et financière (B.).

⁵⁵⁸ TFUE, Art. 122 (2) : « Lorsqu'un État membre connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut accorder, sous certaines conditions, une assistance financière de l'Union à l'État membre concerné. ». Ce mécanisme communautaire est doté de 60 milliards d'euros.

⁵⁵⁹ La FESF est une société privée de droit luxembourgeois établie par un accord-cadre signé par les 17 États de la zone euro en mai 2010. Cette société peut emprunter avec la garantie des États jusqu'à 440 milliards d'euros.

⁵⁶⁰ AUBERGER (Ph.), *op. cit.* : Des réformes structurelles furent imposées tout comme un délai pour la correction du déficit excessif par les représentants de la Commission Européenne, de la BCE et du FMI après l'accord préalable des pays concernés.

⁵⁶¹ Terme traduit de l'anglais par « Programme pour les marchés de titres ».

⁵⁶² NOYER(C.), « Europe : une crise financière et pas monétaire », Discours prononcé, Tokyo, 28 nov. 2011.

⁵⁶³ AUBERGER (Ph.), *op. cit.* : « Au total, d'après le rapport annuel de la BCE pour 2012, au plus fort du programme SMP, l'Eurosystème a détenu des titres pour un montant de 220 milliards d'euros. ».

⁵⁶⁴ Terme traduit de l'anglais par « Opérations Monétaires sur Titres ».

⁵⁶⁵ AUBERGER (Ph.), *op. cit.*

B. Les leçons de la crise pour l'avenir de la régulation bancaire et financière

219. Plusieurs réflexions ont été menées par les acteurs de la régulation bancaire et financière quant aux grands chantiers à entreprendre pour réformer durablement le secteur. Si la promotion d'objectifs macroprudentiels (1.) et l'extension du champ de la régulation (2.) semblent une évidence, les voies et les moyens de réformer durablement le secteur sont quant à eux incertains (3.).

1. La promotion d'objectifs macroprudentiels

220. La crise financière de 2008 et la crise de la dette souveraine de 2010 ont mis à l'épreuve les acteurs du secteur bancaire et financier. Les faillites bancaires et assurantielles ont conduit les États et leurs banques centrales à intervenir dans le but d'écarter le risque systémique. Pour éviter que pareilles situations ne se reproduisent à l'avenir, plusieurs réflexions ont été menées afin de redéfinir les objectifs de la régulation bancaire et financière. La dimension même de la régulation a été évoquée face à l'interconnexion et à la mondialisation des échanges⁵⁶⁶. À cet effet, plusieurs économistes se sont accordés à penser que le temps était venu de donner à la régulation la dimension macroprudentielle qui lui manquait⁵⁶⁷. En effet, avant le début de la crise financière, la supervision était guidée par une logique microprudentielle axée sur la mise en avant des intérêts individuels : « les risques globaux étaient donc implicitement réduits à la somme des risques portés par les établissements financiers individuels »⁵⁶⁸. La conception des risques telle que mise en place dans les modèles internes des banques ne tenait pas compte de l'existence du risque systémique. De ce fait, si les normes « Bâle II » représentaient un progrès en matière de ratios de fonds propres, elles sous-estimaient néanmoins certains risques importants et nécessitaient un réexamen complet. Dans ce sens, la crise de 2008 a permis de démontrer à quel point il est essentiel de mesurer et de limiter le risque de liquidité. Les contraintes de liquidité sont à évaluer avec soin par les autorités de surveillance pour encadrer ce risque à fort potentiel systémique. Mais avant d'imposer des standards internationaux de liquidité aux établissements de crédit, la question se posait de savoir comment les articuler avec le ratio de solvabilité. L'harmonisation des règles de liquidité bancaire au niveau international n'était-elle pas à définir au préalable à l'échelon européen⁵⁶⁹ ?

⁵⁶⁶ MULLER (A.-C.), *op. cit.* : La régulation est « en effet nationale, divisée par secteur ou par produit, ou par acteur alors que les échanges sont mondialisés, interconnectés ».

⁵⁶⁷ SCIALOM (L.), « Le point de vue de l'économiste », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.31 ; v. également, DE BOISSIEU (C.), *op. cit.*

⁵⁶⁸ SCIALOM (L.), *op. cit.*

⁵⁶⁹ DE BOISSIEU (C.), *op. cit.*

221. Ces objectifs macroprudentiels imposent de lutter contre la procyclicité « qui, plutôt que de contrer et d'atténuer le cycle financier, l'amplifie »⁵⁷⁰. En effet, la crise a mis en lumière le caractère fortement procyclique de la régulation en capital des normes de « Bâle II ». Le rapport sur la surveillance financière transfrontalière, dit « Rapport Larosière », rendu au président de la Commission européenne le 25 février 2009, présente à ce sujet des mesures visant à réduire « l'excès de procyclicité » de ces normes⁵⁷¹. Il préconise ainsi que les banques évaluent le risque sur la durée du cycle et plus généralement que des mesures contracycliques soient envisagées en encourageant « le provisionnement dynamique ou les tampons de fonds propres »⁵⁷². Cependant, il est à craindre que l'exigence d'un niveau élevé de fonds propres ne suffise pas à remédier aux fragilités du système mais incite au contraire les établissements financiers à prendre davantage de risques pour atteindre leurs objectifs de rendements des fonds propres. De surcroît, le « Rapport Larosière » précise que l'approche macroprudentielle, pour être efficace, doit s'accompagner d'un cadre stable et équilibré vers un renforcement de la coopération globale entre les autorités monétaires et réglementaires⁵⁷³. En outre, la crise a permis de vérifier combien il est important pour la BCE de s'impliquer dans le contrôle des activités bancaires. Un nouveau système européen de surveillance et de gestion des crises apparaît primordial pour assurer l'objectif commun de stabilité financière. Plus largement, la « surveillance multilatérale »⁵⁷⁴ des banques est à définir au niveau international, et la désignation d'un organe qui puisse contraindre la communauté internationale à tendre vers cet objectif de stabilité semble à privilégier⁵⁷⁵.

222. Le déploiement de cette politique macroprudentielle implique, par voie de conséquence, que les autorités de surveillance et les banques centrales aient des pouvoirs plus étendus et sortent de leurs fonctions traditionnelles d'« extincteur » une fois que l'incendie de la crise financière s'est propagé, pour entreprendre un nouveau rôle de « détecteur de fumée »⁵⁷⁶. Cela signifie que les autorités de régulation et les banques centrales doivent faire

⁵⁷⁰ SCIALOM (L.), *op. cit.*

⁵⁷¹ CERS, *Rapport du groupe de travail présidé par Jacques de Larosière sur la surveillance financière en Europe*, Conseil européen du risque systémique, Févr. 2009, en ligne :

<http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf> : La Commission européenne a chargé Jacques de Larosière de réunir un groupe d'experts pour réfléchir à l'amélioration du système de régulation et de supervision financière en Europe.

⁵⁷² *Ibid.*, p.21 : « le "provisionnement dynamique" introduit par la Banque d'Espagne semble être un moyen pratique de répondre à ce problème, puisqu'il prévoit la constitution de provisions contracycliques qui augmentent en période d'expansion et auxquelles il est possible de faire appel, à certaines conditions, en période de récession. Cette démarche serait facilitée si les autorités budgétaires préoyaient un traitement adéquat des réserves constituées en vue de pertes futures attendues ».

⁵⁷³ *Ibid.*, p.18.

⁵⁷⁴ *Ibid.* p.22 : Le « Rapport Larosière » préconise à cet effet, que le FMI assure la surveillance multilatérale en ce qui concerne le taux de change et les politiques économiques sous-jacentes pour éviter l'accumulation de déficits excessifs.

⁵⁷⁵ AUBERGER (Ph.), *op. cit.*

⁵⁷⁶ KROZNER (R.S.), « Stabilité, croissance et réforme de la réglementation », *Revue de la Stabilité Financière*, n°16, Avr. 2012, p.97.

preuve, dans le cadre de régulation, de davantage d'anticipation et d'implication dans la surveillance des professionnels régulés et des marchés interconnectés. Ce rôle de « détecteur de fumée » doit permettre de déceler les fragilités et les signaux d'alerte qui peuvent se manifester au sein des établissements bancaires et financiers, pour prévenir de la survenance d'une prochaine crise. Toute la difficulté réside cependant dans le déclenchement de la sonnette d'alarme par les régulateurs, qui implique une connaissance suffisante et un suivi régulier des établissements régulés. On peut dès lors penser que la fixation de seuils de criticité ou de nouveaux indicateurs relatifs à la solvabilité des grands groupes bancaires est à envisager, sans naïvement croire que tous les signaux d'alerte peuvent être réglementés. Un compromis efficace peut également être trouvé dans ce sens par le biais de l'autorégulation, en laissant aux établissements bancaires et financiers davantage de liberté dans la définition de leurs propres seuils de fragilité, au regard de la connaissance qu'ils ont de leurs activités et environnement de contrôle. Cette répartition des tâches permettrait ainsi aux autorités de régulation et banques centrales de s'investir dans un rôle de conseil et d'arbitre, ouvrant la voie à davantage de dialogue et d'entraide vis-à-vis des professionnels régulés.

223. La promotion d'objectifs macroprudentiels pour réformer le modèle de régulation des activités bancaires et financières doit s'accompagner, en parallèle, d'une extension du cadre de la régulation lui-même pour tenir compte des dernières mutations du secteur (2.).

2. L'extension du champ de la régulation

224. Les failles de la régulation observées lors des périodes récentes de crise doivent permettre de repenser le système bancaire et financier. Ainsi, des enseignements peuvent être tirés de l'insuffisance du contenu de la régulation elle-même, qui était à l'évidence incapable d'encadrer un secteur en pleine évolution⁵⁷⁷. Face à la multiplication des produits, la diversité des métiers et des acteurs, et l'interconnexion des systèmes bancaire et financier, le secteur est devenu de plus en plus complexe et difficile à encadrer juridiquement. À partir des années 1990, on peut observer que les banques se sont engagées dans une course effrénée vers la croissance et l'internationalisation de leurs activités jusqu'à devenir des géants bancaires : « Les 15 plus grandes banques européennes avaient un actif moyen de 1300 milliards d'euros à la fin 2013... »⁵⁷⁸. Cette expansion de l'activité pousse à s'interroger sur le *business model* des banques, récemment testé par la crise. Un constat d'évidence peut dès lors être dressé quant à la robustesse du modèle de banque universelle des banques françaises face aux banques spécialisées dans les activités de marchés et d'investissement⁵⁷⁹. En effet, la diversification des activités de banque de détails, d'investissement et de gestion d'actifs au sein

⁵⁷⁷ AUBERGER (Ph.), *op. cit.*

⁵⁷⁸ SCIALOM (L.), *op. cit.*

⁵⁷⁹ BDF, *La crise financière, op. cit., p.55*

d'un même établissement a permis une meilleure gestion des risques et l'absorption des chocs en temps de crise. Les baisses de cycles et pertes subies par l'activité d'investissement ont été rapidement absorbées par les autres métiers de la banque, considérés comme plus stables. La convergence de grandes banques d'investissement américaines vers ce modèle de banque universelle témoigne d'une prise de conscience quant à l'utilité de la diversification d'un portefeuille d'actifs financiers⁵⁸⁰. Toutefois, les efforts entrepris ne suffisent pas à réduire les dérives des activités de marchés, dont les montants des produits dérivés échangés de gré à gré atteignent de nouveaux records⁵⁸¹. L'affaire « Kerviel-Société Générale »⁵⁸² illustre parfaitement les risques que font peser les banques systémiques sur le système global et la nécessité de réformer la structure des banques elle-même.

225. Dans le même registre, les activités exercées « dans l'ombre » sur des marchés ou dans des établissements qui ne sont pas directement réglementés, plus communément appelées « *shadow banking* », doivent faire l'objet d'une réglementation appropriée. En effet, le « système bancaire parallèle »⁵⁸³, tel que défini dans le « Rapport Larosière », n'est pas à l'origine du déclenchement de la crise mais peut renforcer l'effet de levier du système et avoir une importance systémique. Sur ce sujet, le groupe de travail présidé par Jacques de Larosière préconise davantage de transparence sur tous les marchés financiers, aussi bien européens qu'internationaux. Il recommande d'imposer des obligations d'enregistrement et d'information sur la stratégie, les méthodes et les leviers de ses acteurs de marchés mais aussi d'introduire des exigences de fonds propres pour les banques qui possèdent et gèrent des *hedge funds*⁵⁸⁴ ou mènent des opérations importantes pour compte propre⁵⁸⁵. L'extension du champ de la régulation aux *hedge funds* prend ainsi tout son sens à la suite de scandales financiers tels que l'affaire « Bernard Madoff »⁵⁸⁶ qui appelle une vigilance accrue des autorités de supervision sur l'ensemble des opérateurs⁵⁸⁷.

⁵⁸⁰ BLACHE (D.), *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, op. cit., p.32.

⁵⁸¹ SCIALOM (L.), op. cit. : « Rappelons que fin 2013, BNP-Paribas avait un montant notionnel de dérivés de 24 fois supérieur au PIB de la France, Crédit Suisse 86 fois au PIB de la Suisse, Deutsche Bank plus de 20 fois le PIB allemand. ».

⁵⁸² Le 24 janvier 2008, Société Générale annonce une perte de 4,9 milliards d'euros. La faute est imputée à l'un des *traders* de la banque, Jérôme Kerviel, qui aurait dissimulé ses positions spéculatives à sa hiérarchie avec des opérations fictives et des faux courriels.

⁵⁸³ CERS, op. cit., p.29 : Les activités du « système bancaire parallèle » comprennent les *hedge funds*, les banques d'investissement, les autres fonds, différents éléments hors bilan et, dans certains ressorts, les courtiers en hypothèques.

⁵⁸⁴ Il s'agit de fonds dits alternatifs engagés dans des activités très risquées et bénéficiant de garanties de financement de banques.

⁵⁸⁵ CERS, op. cit., p.29.

⁵⁸⁶ En 2008, le financier américain est accusé d'une fraude qui aurait coûté 50 milliards de dollars à ses clients par le truchement d'une pyramide de financement « à la Ponzi ». La moitié des investisseurs étaient des fonds spéculatifs, le reste de la clientèle étant constitué de banques et de fortunes privées qui lui confiait de l'argent à placer.

⁵⁸⁷ DE BOISSIEU (C.), op. cit.

226. Si l'extension du champ de la régulation semble être pour beaucoup l'une des solutions pour limiter la survenance de prochaines crises, les voies et moyens de réforme du secteur sont eux-aussi à étudier en profondeur (3.).

3. Les voies et les moyens de réforme du secteur

227. La réorganisation du système bancaire après une forte période de crises pose nécessairement la question des voies et des moyens à utiliser pour réformer le secteur. À cet effet, une première réponse rapide et concertée a été déployée au niveau international avec la réforme dite « Bâle III », comprenant un ensemble de mesures élaborées pour renforcer la réglementation, le contrôle et la gestion des risques dans le secteur bancaire⁵⁸⁸. Cette initiative du Comité de Bâle, prise sous l'impulsion du Conseil de stabilité financière (*Financial Stability Board* – FSB)⁵⁸⁹ et du G20, s'est manifestée par deux textes relatifs à la résilience des grandes banques internationales et au risque de liquidité, publiés le 16 décembre 2010. Ces accords ont ensuite été révisés le 1^{er} juin 2011, pour inclure une partie sur le risque de contrepartie et le 6 janvier 2013 pour ajouter une version amendée du standard relatif à la liquidité à court terme (LCR)⁵⁹⁰. Les objectifs affichés consistent alors à améliorer la résilience des banques face à des chocs provenant de tensions financières et économiques, mais aussi à atténuer le risque systémique et son amplification procyclique dans le temps.

228. Cette réponse à l'échelon international crée une « fenêtre de tir » pour la mise en place de réformes significatives au niveau européen. Les secteurs de la banque et de la finance, acculés par l'excès de complexité financière, doivent indéniablement être encadrés par des politiques réglementaires de stabilité financière et de protection des clients pour remédier aux lacunes de la réglementation existante. Dans ce contexte, l'Union européenne ne peut apparaître que comme « une force de proposition » dont le principal défi consiste à résister à la tentation de la « surréglementation »⁵⁹¹. Cependant, le volume de législations et de réglementations n'ayant pas suffi à modérer la crise et les aberrations des marchés, la question se pose de l'utilité de l'autorégulation dans le secteur privé⁵⁹². À ce stade, les autorités

⁵⁸⁸ CBCB, « Cadre réglementaire international du secteur bancaire (Bâle III) », en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/basel3_fr.htm>.

⁵⁸⁹ FSB, *What we do*, en ligne : <<http://www.fsb.org/>>: Le Conseil de stabilité financière ou *Financial Stability Board* est un groupement économique international créé lors de la réunion du G20 à Londres en avril 2009. Il succède au Forum de stabilité financière (« *Financial Stability Forum* » ou FSF) institué en 1999 à l'initiative du G7. Il regroupe 26 autorités financières nationales (banques centrales, ministères des finances...), plusieurs organisations internationales et groupements élaborant des normes dans le domaine de la stabilité financière.

⁵⁹⁰ CBCB, *Bâle III : dispositif international de mesure, normalisation et surveillance du risque de liquidité*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Déc. 2010, en ligne : <http://www.bis.org/publ/bcbs188_fr.pdf>. Versions modifiées accessibles aux liens suivants : <<http://www.bis.org/publ/bcbs189.htm>> et <<http://www.bis.org/press/p130107.htm>>.

⁵⁹¹ DE BOISSIEU (C.), *op. cit.*

⁵⁹² CERS, *op. cit.*, p.20.

européennes ont toute latitude pour placer « le curseur au bon endroit dans la combinaison de l'autorégulation, des codes de bonne conduite et de la réglementation au sens strict »⁵⁹³. Pour autant, certains auteurs s'accordent à dire que le système bancaire et financier serait inapte « à définir son équilibre par ses seules forces ou s'il y a dysfonctionnement en son sein, à le rétablir par ses seules forces »⁵⁹⁴. L'autorégulation ne fonctionnerait pas dans la sphère financière⁵⁹⁵. Pour preuve de son inefficacité, il est rappelé que durant les années 1980-2000, le *soft law* était le modèle de pensée dominant, le régulateur laissant les banques calculer elles-mêmes leurs actifs pondérés par les risques⁵⁹⁶. Dans cette configuration, il est clair que la prévention du risque systémique échappe totalement à la régulation.

229. S'il n'apparaît pas opportun en apparence de réformer les règles relatives au contrôle interne et à la gestion du risque des banques par le biais du *soft law*, d'autres sujets peuvent bénéficier de cette approche. À titre d'exemple, on peut penser que la gestion des conflits d'intérêts et la bonne gouvernance des agences de notation s'accompagnent *a minima* de l'édiction de codes de conduite ou plus largement d'une supervision indirecte de la part des autorités de régulation⁵⁹⁷. L'autorégulation et la réglementation doivent se compléter mutuellement et le bon dosage doit être trouvé. L'Union européenne doit renforcer son système de gouvernance et la coopération entre les régulateurs nationaux. Sur ce fondement, le processus Lamfalussy précédemment évoqué,⁵⁹⁸ visant à faire converger les pratiques de surveillance, à arrêter des interprétations et des modalités d'application communes de la réglementation communautaire, assortis de lignes directrices non contraignantes, a ouvert la voie à davantage de coordination intra-européenne⁵⁹⁹. De plus, les rapports entre le droit et la crise relativement peu étudiés dans la doctrine, ont fait l'objet de développements par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche qui explique que pour anticiper la survenance de prochaines crises, « il faut se doter d'outils aptes à les prévenir, les gérer, en sortir »⁶⁰⁰. Dès lors, en ayant recours à titre d'illustration, aux mécanismes de *compliance* pour insuffler plus de transparence sur les marchés financiers et des comportements éthiques, on peut croire que les établissements de crédit et entreprises d'investissement seront mieux préparés et attentifs aux difficultés nouvelles qui les attendent. En responsabilisant un peu plus les professionnels régulés quant à l'importance de mettre en place des systèmes de prévention de crises

⁵⁹³ DE BOISSIEU (C.), *op. cit.*

⁵⁹⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les 100 mots de la régulation*, PUF, 2011, p.20.

⁵⁹⁵ MULLER (A.-C.), *op. cit.*

⁵⁹⁶ SCIALOM (L.), *op. cit.*

⁵⁹⁷ DE BOISSIEU (C.), *op. cit.*

⁵⁹⁸ *v. supra* n°145.

⁵⁹⁹ CERS, *op. cit.*, p.85-86.

⁶⁰⁰ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la compliance peut contribuer à prévenir les crises mondiales », *LPA* n°153, 2 oct. 2020, p.3.

systémiques, il est probable que les prochaines crises qui sont inévitables, soient endiguées plus rapidement.

230. Les efforts entrepris pour repenser le système bancaire et financier ont démarrés par ces premières réflexions autour de l'avenir de la régulation et se sont concrétisés par la mise en place de l'Union bancaire, l'exemple européen de réforme du secteur (§2).

§2 Le long chemin vers l'Union bancaire

231. La refonte du dispositif de régulation a donné lieu à une forte réaction du droit européen face à la crise, qui s'est traduite par l'afflux important de réglementations (B.) et la mise en place de l'Union bancaire (A.).

A. La mise en place de l'Union bancaire, la réforme de la supervision

232. Compte tenu des défis fondamentaux auxquels l'Union européenne a du faire face, le Conseil européen a convenu le 13 décembre 2012 d'une feuille de route pour la réalisation d'une véritable Union économique et monétaire (UEM)⁶⁰¹. L'un des points essentiels de cette feuille de route était la création d'un cadre financier plus intégré, à savoir l'Union bancaire. Dans le prolongement de la déclaration du sommet de la zone euro de juin 2012 et des conclusions de la Commission européenne de septembre 2012, le cadre opérationnel du Mécanisme de surveillance unique⁶⁰² (MSU), premier pilier de l'Union bancaire, se dessine pour briser « le cercle vicieux qui existe entre les banques et les États »⁶⁰³. La réaction aux deux crises financières est rapide, et se traduit au premier plan par une réforme de la supervision qui entraîne une « redistribution des rôles des acteurs » de la supervision bancaire⁶⁰⁴. En effet, le règlement du 15 octobre 2013 affirme clairement l'importance d'intégrer la surveillance des établissements de crédit à l'échelon européen⁶⁰⁵ et définit un « système constitutionnellement intégré »⁶⁰⁶ qui s'organise à plusieurs niveaux. Le premier niveau se situe à l'échelon européen et transforme depuis le 4 novembre 2014 la BCE en autorité de supervision du secteur

⁶⁰¹ Cons. (UE), *Conclusions 13-14 déc. 2012*, JOEU 205/12, 14 déc. 2012, en ligne :

<https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/commission/affaires_europeennes/Conclusions_CE/bruxelles_dec2012.pdf>.

⁶⁰² Proposition de règlement du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit, 12 sept. 2012, COM (2012) 511 final.

⁶⁰³ Euro Area Summit, *Statement*, 29 juin 2012, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/20120629-Euro-Area-Summit-Statement-FR.pdf>.

⁶⁰⁴ MOREL-MAROGER (J.), « La nouvelle architecture française et européenne en matière bancaire », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (T.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.75-86.

⁶⁰⁵ Régl. Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, confiant à la Banque central européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit, JOUE 29 oct. 2013, n°L287.

⁶⁰⁶ MARTUCCI (F.), « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », in *L'Union Bancaire*, (dir.) MARTUCCI (F.), Bruylant, 2016, p.11.

bancaire. Dès lors, des missions spécifiques confiées à la BCE viennent s'ajouter à la surveillance macroéconomique exercée par le Conseil européen du risque systémique (CERS) depuis 2010. La BCE dispose désormais, parmi la longue liste de ses prérogatives, du pouvoir de délivrance et de retrait des agréments aux établissements de crédit souhaitant s'implanter dans un État faisant partie du MSU. Elle effectue également des contrôles prudentiels à travers le déploiement de « *stress tests* »⁶⁰⁷ destinés à évaluer la résilience des établissements de crédit. La BCE dispose également de la faculté d'imposer des exigences spécifiques de fonds propres. Enfin, elle a été dotée d'un important pouvoir de sanction ce qui fait d'elle « l'acteur principal de la supervision bancaire »⁶⁰⁸.

233. Tous les acteurs du secteur bancaire ne sont pas soumis au contrôle de la BCE, qui partage ce pouvoir de surveillance bancaire avec les autorités nationales⁶⁰⁹. En outre, sur la base de plusieurs critères définis, la supervision des établissements de crédit dits « de moindre importance » s'organise au niveau national, tandis que la BCE ne se concentre que sur les établissements à risque systémique⁶¹⁰. Cette autonomie traduit pour autant un vrai « cadre de coopération »⁶¹¹ dans lequel les niveaux nationaux et européens s'imbriquent. La BCE a ainsi adopté le « règlement-cadre » du MSU qui définit cette nouvelle forme d'intégration où droit de l'Union et droits nationaux interagissent pour la réalisation d'objectifs communs⁶¹². Ainsi, le fonctionnement de l'ACPR a été évidemment bouleversé par la mise en place de l'Union bancaire et une autre institution dotée de pouvoirs contraignants a été créée afin d'exercer une surveillance macroprudentielle du système financier⁶¹³. Le Haut conseil de stabilité financière a vu le jour en 2013⁶¹⁴ et peut notamment, « sur proposition du Gouverneur de la Banque de France, imposer des obligations en matière de fonds propres plus contraignantes que les normes de gestion arrêtées par le ministre de l'Économie, en vue d'éviter une croissance excessive du crédit ou de prévenir un risque aggravé de déstabilisation du système financier »⁶¹⁵.

⁶⁰⁷ Termes traduit de l'anglais par « test de résistance ».

⁶⁰⁸ MOREL-MAROGER (J.), *op. cit.*

⁶⁰⁹ BLACHE (D.), « Le rôle des Banques Centrales Nationales dans le cadre de l'Union Bancaire », in *L'Union Bancaire*, *op. cit.*, p.135.

⁶¹⁰ Art. 6, §4 du Régl. Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013 : « Cette importance est appréciée sur la base des critères suivants : (i.) la taille ; (ii.) l'importance pour l'économie de l'Union ou d'un État membre participant ; (iii.) l'importance des activités transfrontalières de l'établissement [...] la valeur totale de ses actifs est supérieure à 30 milliards d'euros ».

⁶¹¹ MARTUCCI (F.), *op. cit.*

⁶¹² Régl. BCE (UE) n°468/2014, 16 avril 2014, établissant le cadre de coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la BCE, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (le « règlement-cadre MSU »), *JOUE* 14 mai 2014, n°L141, p.1.

⁶¹³ DE RAVEL D'ESCLAPON (Th.), « Le Haut conseil de stabilité financière : un nouvel acteur de la surveillance macroprudentielle », *LPA*, n°194, 27 sept. 2013, p.44.

⁶¹⁴ Loi n°2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JO* n°L173, 27 juill. 2013, p.12530.

⁶¹⁵ MOREL-MAROGER (J.), *op. cit.*

234. La BCE partage également la supervision bancaire avec l'Autorité bancaire européenne (ABE)⁶¹⁶, qui n'est pas dotée de pouvoirs de réglementation ou de sanction à l'égard des établissements bancaires mais œuvre à garantir un niveau de réglementation et de surveillance prudentielles efficace et cohérent dans l'ensemble du secteur bancaire européen⁶¹⁷. Elle peut aussi adopter depuis peu, des mesures pour prévenir l'utilisation du système financier aux fins de BC-FT et demander à cet effet aux autorités nationales compétentes de diligenter des enquêtes⁶¹⁸. Cette autorité indépendante de l'UE fait partie du Système européen de surveillance financière (SESF)⁶¹⁹, institué par le Règlement n°1092/2010 du 24 novembre 2010⁶²⁰ et constitué des trois autorités de surveillance (ABE, AEMF et AEAPP) mais elle n'appartient pas à l'Union bancaire⁶²¹. Plus spécifiquement et dans le cadre du MSU, elle participe à la rédaction d'un « manuel de surveillance européen » de manière à définir les « *best practices* »⁶²² de demain en matière de surveillance bancaire⁶²³.

235. Cette nouvelle architecture constitue une première étape dans la mise en place de l'Union bancaire qui doit faire preuve de son efficacité. Les rôles étant distribués, il y a lieu d'envisager le socle réglementaire instauré par l'Union européenne pour répondre à la crise (B.).

⁶¹⁶ Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1022/2013, 22 oct. 2013, modifiant le règlement (UE) n°1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la BCE en application du règlement (UE) n°1024/2013, JOUE 20 oct. 2013, n°L287.

⁶¹⁷ LAFARGE (F.), « Les autorités européennes de surveillance, la régulation financière et l'Union bancaire européenne », in *Annales de la régulation Vol. 3, Les réformes des régulations financières*, (dir.) DELION (A.), VIDAL (L.), IRJS, 2013, p.199.

⁶¹⁸ v. *supra* n°147.

⁶¹⁹ SESF, « Fiches techniques sur l'Union Européenne », en ligne :

<http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.5.html>: Le Système européen de surveillance financière (SESF), conçu comme un réseau d'autorités microprudentielles et macroprudentielles décentralisé et à composantes multiples, a été créé pour assurer une surveillance financière homogène et cohérente dans l'UE.

⁶²⁰ Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1092/2010, 24 nov. 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE 15 déc. 2010, n°L331.

⁶²¹ VABRES (R.), « L'articulation des autorités européennes de surveillance et des régulateurs nationaux - Présentation générale », *BJB*, n°12, 2015, p.584.

⁶²² Terme traduit de l'anglais par « meilleures pratiques ».

⁶²³ MOREL-MAROGER (J.), *op. cit.*

B. La réponse réglementaire de l'Union européenne face à la crise

236. La nouvelle régulation « post-crise » va plus loin que la supervision désormais européenne du secteur bancaire et établit d'abord un encadrement de l'activité (1.) et ensuite de la défaillance (2.).

1. L'encadrement de l'activité des acteurs du secteur bancaire et financier

237. En parallèle de cette réforme de la supervision, l'UE a publié un important corpus de textes avec la volonté de trouver une solution réglementaire à la crise. L'encadrement du système bancaire et financier se traduit par un « règlement uniforme » ou « *single rule book* » applicable à tous les établissements financiers de l'UE⁶²⁴. Le socle de l'Union bancaire comprend à cet effet une nouvelle directive (« CRD IV »)⁶²⁵ et un nouveau règlement (« CRR »)⁶²⁶ sur les fonds propres réglementaires, en vigueur depuis le 17 juillet 2013, garantissant la mise en place à l'échelon européen des accords dits de « Bâle III ». Le règlement CRR, directement applicable dans tous les États membres de l'UE, énonce les exigences prudentielles prévues en matière de fonds propres, de liquidité et de risque de crédit pour réduire l'effet de levier excessif. Quant à la directive CRD IV, transposable en droit national, elle fixe les règles relatives aux coussins de fonds propres et comprend également des dispositions sur la rémunération, les bonus des banquiers mais également la surveillance prudentielle et la gouvernance d'entreprise. Ces changements aboutissent à un durcissement du cadre législatif des acteurs du secteur bancaire et financier, désormais assujettis à de nouvelles dispositions contraignantes. En matière de gouvernement d'entreprise, la transposition de la directive CRD IV⁶²⁷ consacre au sein du Code monétaire et financier toute une section intitulée « Gouvernance des établissements de crédit et des sociétés de financement »⁶²⁸ dont certaines dispositions relevaient auparavant du *soft law*⁶²⁹. Le contrôle interne des établissements de crédit et entreprises d'investissement se trouve ainsi renforcé par la création de comité des risques⁶³⁰ et d'une fonction de gestion des risques⁶³¹,

⁶²⁴ Cons. (UE), « Règlement uniforme », en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/banking-union/single-rulebook/>>.

⁶²⁵ Dir. Parl. et Cons. n°2013/36 (UE), 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JOUE 27 juin 2013, n°L176.

⁶²⁶ Régl. Parl. et Cons. n°575/2013 (UE), 26 juin 2013, concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n°648/2012, JOUE 27 juin 2013, n°L176.

⁶²⁷ Ordonnance n°2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JO, 21 févr. 2014, p.3022.

⁶²⁸ C.monét.fin. art. L. 511-51 et s.

⁶²⁹ LECOURT (B.), « Le gouvernement d'entreprise dans les banques : lorsque le droit des sociétés doit s'adapter au droit bancaire (transposition de la directive "CRD 4") », *Rev. Soc.*, n°5, Mai 2014, p.335.

⁶³⁰ C.monét.fin. art. L. 511-93.

⁶³¹ C.monét.fin. art. L. 511-64.

obligatoirement mis en place. De même, l'examen des politiques et pratiques de rémunérations fait dorénavant l'objet d'une approbation en interne par le comité des rémunérations⁶³², mais également d'un contrôle en externe par l'ACPR⁶³³.

238. La volonté d'encadrement de l'activité des acteurs du secteur bancaire et financier se poursuit à l'échelon européen à travers la proposition de Règlement européen du 29 janvier 2014⁶³⁴ qui entame une vraie réflexion sur le modèle économique des banques dites « *too big too fail* »⁶³⁵. Cette réforme ambitieuse vise à améliorer la résilience des établissements de crédit d'importance systémique en interdisant les activités de *trading* pour compte propre et tente d'imposer un projet européen de séparation des activités bancaires⁶³⁶. À cet effet, le gouvernement français a devancé l'Union européenne en promulguant le 26 juillet 2013 la loi de séparation et de régulation des activités bancaires⁶³⁷. Cette loi constitue une véritable réforme structurelle des banques à travers une centaine de mesures adoptées pour prévenir la survenance de nouvelles crises bancaires. Parmi les changements significatifs apportés, la loi prévoit une séparation stricte des opérations spéculatives des banques du reste de leurs activités⁶³⁸. Pour bien comprendre les modalités de cette séparation, il est par exemple interdit aux établissements de crédit d'exercer des activités de négociation sur instruments financiers dépassant des seuils définis par décret en Conseil d'État, autrement que par l'intermédiaire de filiales dédiées à ces activités⁶³⁹. Dans cette perspective, la loi du 26 juillet 2013 confère de nouveaux pouvoirs de contrôle aux autorités de supervision (ACPR et AMF) afin qu'elles s'assurent, entre autres, de l'exhaustivité de cette séparation⁶⁴⁰.

239. Le droit de l'UE a également cherché à encadrer certaines opérations considérées comme à risques, telles que le *trading* à haute fréquence, la vente à découvert ou encore l'obligation de négociation des dérivés, en adoptant un nouveau cadre réglementaire « MIF 2 » pour les marchés d'instruments financiers, sous la forme d'une directive révisée « MiFID »⁶⁴¹ et d'un règlement « MiFIR »⁶⁴². Enfin, plus largement, l'activité des agences de notation est désormais soumise à la régulation suite aux interventions successives du législateur européen

⁶³² C.monét.fin. art. L. 511-102.

⁶³³ C.monét.fin. art. L. 511-87.

⁶³⁴ Proposition de Régl. Parl. et Cons. (UE) relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, COM(2014) 43 final.

⁶³⁵ Terme traduit de l'anglais par « trop grosses pour faire faillite ».

⁶³⁶ MULLER (A.-C.), *op. cit.*

⁶³⁷ Loi n°2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JO n°L173, 27 juill. 2013, p.12530.

⁶³⁸ Titre I^{er} (Art. 1 à 5) de la loi n°2013-672 du 26 juill. 2013.

⁶³⁹ C.monét.fin. art. L.511-47.

⁶⁴⁰ Titre VIII (articles 36 à 44) de la loi n°2013-672 du 26 juill. 2013.

⁶⁴¹ Dir. Parl. et Cons. n°2014/65 (UE), 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte), JOUE 12 juin 2014, n°L173.

⁶⁴² Régl. Parl. et Cons. (UE) n°600/2014), 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n°648/2012, JOUE 12 juin 2014, n°L173.

qui a initié un travail réglementaire sur la manière dont les dettes des États doivent être notées⁶⁴³. La supervision directe des agences de notation enregistrées en Europe est ainsi confiée à l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) qui s'assure de la conformité de leurs activités aux exigences européennes par la délivrance de licence. Au titre de son rôle de superviseur des agences de notation, l'AEMF publie chaque année un rapport annuel de supervision et dispose de larges pouvoirs d'enquête et de sanction qui lui permettent d'infliger des amendes⁶⁴⁴.

240. Au-delà de l'encadrement des activités bancaires et financières, l'UE s'est attaquée à un autre chantier important, celui de la prévention et de la gestion de la défaillance des banques et établissements financiers jugés porteurs de risques pour la stabilité du système (2.).

2. La prévention et la gestion de la défaillance

241. Ce vaste sujet est contenu dans le deuxième et le troisième piliers de l'Union bancaire de manière à prévenir la survenance d'une nouvelle crise systémique. En effet, la période de crises a mis en évidence l'inadaptabilité du droit commun des procédures collectives face à la complexité des activités d'une banque et aux perturbations qu'une défaillance peut causer. Les inconvénients inhérents au recours à des fonds publics pour endiguer la crise des dettes souveraines ont conduit lors du sommet du G20 de novembre 2008 au réexamen des dispositifs destinés à contrer le risque systémique⁶⁴⁵. À cette fin, les dirigeants européens sont parvenus à un accord le 12 décembre 2013⁶⁴⁶, pour accepter la mise en œuvre à partir de 2015 d'un Mécanisme de résolution unique (MRU), deuxième pilier de l'Union bancaire, applicable aux établissements importants au sens du règlement n°1024/2013 relatif au MSU et aux établissements transfrontaliers. L'instauration du MRU par le règlement du 15 juillet 2014⁶⁴⁷ prévoit la création d'une autorité de résolution et d'un fond unique de résolution pour venir en aide aux banques en difficulté. Le dispositif de résolution est adopté par le Conseil de résolution

⁶⁴³ Régl. Parl. et Cons. n°462/2013, 21 mai 2013 modifiant le règlement (CE) n°1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE 31 mai 2013, n°L146.

⁶⁴⁴ AEMF, *ESMA fines Moody's €1.24 million for credit ratings breaches*, Juin 2017, en ligne : <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-466_esma_fines_moody's_eu1.24_million_for_credit_ratings_breaches.pdf>: Le 1^{er} juin 2017, l'ESMA a prononcé deux sanctions pécuniaires à l'encontre de Moody's Germany et Moody's UK pour violation de la « *Credit Rating Agencies Regulation (CRAR)* ».

⁶⁴⁵ ROBINE (D.), « La création des mécanismes de résolution sous l'influence de la crise financière », *BJB*, n°10, 2015, p.481.

⁶⁴⁶ Proposition de Dir. Parl. et Cons. (UE) établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les directives 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les directives 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n°1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, COM(2012) 280 final.

⁶⁴⁷ Régl. Parl. et Cons. (UE) n°806/2014, 15 juill. 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n°1093/2010, JOUE 30 juill. 2014, n°L225.

unique (CRU)⁶⁴⁸, la nouvelle autorité de l'Union bancaire européenne, qui se positionne sur la « situation de défaillance avérée ou prévisible » de l'établissement⁶⁴⁹. En fonction de l'analyse du bilan réalisée par la BCE, le CRU est ensuite en mesure d'agir rapidement pour garantir la résolution ordonnée de la défaillance de la zone euro, grâce à des plans de sauvetage et de résolution crédibles et réalisables. De ce fait, le MRU est destiné à permettre « l'identification précoce des difficultés mais avec des dispositifs plus perfectionnés que ceux du droit commun »⁶⁵⁰.

242. À côté des dispositions issues du règlement du 15 juillet 2014, le droit européen a mis en place d'autres mesures pour assurer une harmonisation des droits nationaux en matière de résolution. La directive du 15 mai 2014⁶⁵¹ concerne les établissements de crédit et certaines entreprises d'investissement qui n'ont pas d'importance systémique et qui demeurent sous la supervision des autorités nationales. L'efficacité de la réaction tient à l'analyse par anticipation des difficultés de l'établissement, retranscrite par des plans de redressement élaborés par l'établissement lui-même, puis évalués par l'autorité de résolution compétente. La prévention de la défaillance est donc totale puisque l'établissement visé n'a pas besoin d'être en situation d'insolvabilité pour se conformer aux directives de l'autorité de résolution. Cette dernière, de son côté, peut rédiger un plan de résolution en anticipation d'un cas de défaillance avérée de l'établissement et peut prendre des mesures plus intrusives en prononçant l'arrêt d'une activité⁶⁵². Les instruments de résolution prévus par la directive sont exorbitants, ne pouvant être assujettis à aucune restriction ni subordonnés à l'approbation ou au consentement de toute personne publique ou privée, y compris des actionnaires et des créanciers de l'établissement⁶⁵³. La transposition en droit français de cette directive par l'ordonnance du 20 août 2015⁶⁵⁴ et le décret du 17 septembre 2015⁶⁵⁵, a suscité de nombreuses réticences quant à l'ingérence de l'ACPR, l'autorité de résolution française, dans le fonctionnement de

⁶⁴⁸ CRU, « Le Conseil de résolution unique (CRU) en bref », en ligne : <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/srb_fr>.

⁶⁴⁹ Considérant (57) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°806/2014, 15 juill. 2014.

⁶⁵⁰ ROBINE (D.), *op. cit.*

⁶⁵¹ Dir. Parl. et Cons. 2014/59 (UE), 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n°1093/2010 et (UE) n°648/2012, JOUE 12 juin 2014, n°L173.

⁶⁵² ROBINE (D.), *op. cit.*

⁶⁵³ Art. 63 de la Dir. Parl. et Cons. 2014/59 (UE), 15 mai 2014.

⁶⁵⁴ Ord. n°2015/24, 20 août 2015 portant sur diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JO n°0192, 21 août 2015, p.14652.

⁶⁵⁵ D. n°2015-1160, 17 sep. 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière, JO n°0218, 20 sept. 2015, p.16619.

l'établissement défaillant. Il a été admis au final qu'« exceptionnellement, en cas de crise systémique, les États membres puissent intervenir »⁶⁵⁶.

243. Le troisième pilier a pour objectif de renforcer la protection des déposants bancaires par le biais d'un système de garantie des dépôts en cas de défaillance bancaire⁶⁵⁷. Aux termes de la directive garantie des dépôts, le coût de la défaillance d'un établissement de crédit est pris en charge grâce à un mécanisme de remboursement des déposants⁶⁵⁸. Cette directive repose principalement sur la volonté d'harmoniser, à l'échelon européen, le financement des systèmes de garantie des dépôts et de mettre en place une solidarité entre les systèmes des États membres de l'UE⁶⁵⁹. En sécurisant les avoirs de la clientèle, le Fonds de garantie des dépôts et de résolution (FGDR)⁶⁶⁰ est un acteur primordial du système bancaire français destiné à intervenir en cas de défaillance des établissements. L'ordonnance du 20 août 2015 de transposition de la directive garantie des dépôts vient modifier le Code monétaire et financier⁶⁶¹, en instaurant des mesures relatives à la prévention de la crise. Ces mesures comprennent des plans de rétablissement faisant face à la détérioration significative de la situation financière de l'établissement. Le FGDR agit ainsi à titre préventif, soit avant que ne soit constatée la cessation de paiements : « il évite l'interruption des services à la clientèle et le recours à une indemnisation qui s'avèrerait perturbante pour les clients et souvent plus coûteuse »⁶⁶².

244. Il faut retenir que le nouveau cadre de régulation du secteur bancaire et financier dessiné en Europe après la crise financière mondiale repose sur un socle solide de directives et règlements européens, qui composent l'Union bancaire d'aujourd'hui. Le choix opéré par l'Union européenne dans la réglementation du secteur a donné naissance à une redistribution nécessaire des rôles des acteurs de la supervision bancaire et réaffirme l'importance de la surveillance au niveau européen des grands groupes bancaires pour limiter le risque systémique. Une réforme structurelle des banques a également été entreprise en Europe pour séparer les activités bancaires des activités financières et un cadre européen de gestion de la défaillance, avérée ou prévisible, a vu le jour pour renforcer la protection des déposants. Toutefois, il convient encore de relever que ce mode de régulation par voie de réglementation n'est pas inconciliable avec l'autorégulation du secteur. Certains sujets à l'image des limites de la volatilité ou de la taille optimale du secteur financier ne peuvent pas être totalement

⁶⁵⁶ ROBINE (D.), *op. cit.*

⁶⁵⁷ LAPREVOTE (F.-Ch.), *op. cit.*

⁶⁵⁸ Dir. Parl. et Cons. n°2014/49 (UE), 16 avr. 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, *JOUE* 12 juin 2014, n°L173.

⁶⁵⁹ Rédaction LEXTENSO, « Résolution des crises bancaires et garantie des dépôts : transposition des directives et mesures d'application », *Gaz. Pal.*, n°314, 2015, p. 9.

⁶⁶⁰ Créé par la loi du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière, le FGDR intervient lorsqu'une banque est en faillite.

⁶⁶¹ C.monét.fin. Livre VI, Titre 1^{er}, chapitre III, section 4 Mesures de prévention des crises bancaires.

⁶⁶² FGDR, « Les missions du FGDR », en ligne : <<https://www.garantiedesdepots.fr/fr/fonds-de-garantie-des-depots-et-de-resolution/mission-du-fgdr>>.

réglementés et relèvent davantage de problématiques de transparence et d'écoute entre les acteurs publics et privés du secteur. La confiance des autorités de régulation et banques centrales se nourrit de la connaissance et du suivi régulier des professionnels régulés, qui sont eux aussi à même de faire preuve de vigilance dans la conduite de leurs opérations. En encourageant davantage l'échange avec les acteurs privés du secteur et une certaine forme de prise d'initiatives, les autorités de surveillance et banques centrales devraient arbitrer plus facilement la variété de sujets dont elles ont la charge. Cela leur permettrait aussi une plus grande adaptation aux évolutions constantes du secteur bancaire et financier.

Conclusion du Chapitre I

245. Il existe un lien logique entre la crise financière mondiale et l'insuffisante adaptation de la régulation aux évolutions des activités bancaires et financières. En effet, le changement de modèle économique des banques et la déréglementation du secteur bancaire ont été révélateurs du constat troublant de l'adhésion universelle à un standard uniforme de financement des banques par le recours à la titrisation et à la finance de marchés. Dès lors, ce mode de fonctionnement des marchés américains, qui s'est développé en Europe, aurait dû s'accompagner à l'époque d'une forte autorégulation du secteur qui n'a au final jamais vu le jour. La « capture du régulateur »⁶⁶³ et les dysfonctionnements dans la chaîne du risque, ont précipité la survenance de la crise financière de 2008 qui s'est rapidement muée en une crise mondiale de l'économie réelle.

246. Si les dérives de la déréglementation jaillissent de ces épisodes de crise, la question s'est ensuite posée de savoir quel mode de régulation paraît le plus approprié et réactif pour suivre les transformations récurrentes du secteur. L'Union européenne a répondu à cette question, en empruntant la voie de la contrainte réglementaire et en instaurant des mécanismes de surveillance et de résolution uniques dans la zone euro, constitutifs des piliers de l'Union bancaire. Cette réforme de la régulation du secteur était indispensable en Europe pour renforcer le cadre de régulation existant. Cependant, il incombe aux acteurs publics du secteur de promouvoir la voie de l'autorégulation en complément de celle de la réglementation pour pallier le risque éventuel d'une future réglementation excessive et paralysante.

⁶⁶³ DU MARAIS (B.), « Crise de la régulation ou "capture du régulateur" ? », *op.cit.*, p.78-88.

Chapitre II : La reconnaissance du *soft law* dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières : la montée en puissance de la *compliance*

247. L'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne se mesure à l'aune de leur reconnaissance et de leur utilisation par les acteurs publics dans le cadre actuel de supervision bancaire et financière mais aussi par les acteurs privés du secteur au sein des établissements de crédit et entreprises d'investissement.

248. La mise en place de la nouvelle régulation bancaire et financière « post-crise » est venue redessiner l'organisation de la surveillance micro et macroprudentielle en France comme en Europe. Ce mouvement de « re-régulation » ou « re-réglementation » a abouti à une redistribution verticale et horizontale des rôles et responsabilités des Autorités de régulation nationales (ANR), en partie liée à la création de trois Autorités européennes de surveillance (AES) et au renforcement des prérogatives de la Banque centrale européenne (BCE). L'influence de ces changements doit être appréciée pour analyser les interactions entre les différents acteurs publics de la nouvelle architecture de la supervision bancaire et financière. L'objectif sera alors de déterminer dans quelle mesure ce nouveau cadre de réglementation « post-crise » laisse-t-il une place aux normes de *soft law* et par conséquent à la *compliance* pour réguler les comportements ? Nous appréhenderons l'articulation des comportements des autorités publiques pour entrevoir ensuite, l'enchevêtrement de normes qui en découlent. Nous envisagerons également les répercussions de ces évolutions sur les professionnels régulés du secteur. Nous observerons les changements identifiés dans la pratique du métier de banquier avec le renforcement et la montée en puissance de la fonction *compliance* au sein des établissements bancaires et financiers. L'impact des évolutions de la régulation bancaire et financière sur les acteurs du secteur sera étudié dans une première section (Section I).

249. Puis fort de ce constat, nous analyserons plus précisément, la distinction entre *soft law* et *hard law* qui tend de plus en plus à s'effacer, se manifestant par un phénomène de « durcissement » des normes de *soft law* qui contribue à leur effacement. Ce qui nous conduira à s'interroger sur la faculté des normes de *soft law* à coexister avec les instruments juridiques

classiques. La porosité des frontières entre le *soft law* et le droit positif fera l'objet de plusieurs développements tout au long de cette réflexion. Les difficultés d'imbrication du droit souple avec le *hard law* seront évoquées afin de mesurer la reconnaissance pleine et entière du *soft law* dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières. Cette analyse nous amènera dans une seconde section, à aborder la coexistence des normes de *soft law* avec le droit positif (Section II).

Section I : L'impact des évolutions de la régulation bancaire et financière sur les acteurs du secteur

Section II : La coexistence des normes de *soft law* avec les instruments juridiques classiques

Section I : L'impact des évolutions de la régulation bancaire et financière sur les acteurs du secteur

250. Les récentes évolutions de la régulation bancaire et financière avec la mise en place de l'Union Bancaire ont eu un impact sans précédent sur les autorités de supervision et les professionnels du secteur. La redéfinition des objectifs et des enjeux de la régulation a conduit à une redistribution des rôles des acteurs de la supervision bancaire et financière. Une nouvelle architecture au plan national et européen a été définie, avec pour préoccupation essentielle la prévention de nouvelles crises systémiques (§1). Au sein de la structure organisationnelle des établissements bancaires et financiers, des mutations profondes se sont également opérées vers le déploiement de solides fonctions de conformité, faisant évoluer sensiblement la pratique du métier de banquier (§2).

§1 La nouvelle architecture de la supervision bancaire et financière

251. Les relations entre les régulateurs nationaux et européens sont très diversifiées et répondent traditionnellement à une logique d'intégration horizontale à travers la participation commune des régulateurs à un réseau (A.). Cependant, depuis quelques années, on peut observer que la coopération entre les autorités de régulation du secteur bancaire et financier procède davantage à une logique d'intégration verticale de plus en plus formalisée (B.).

A. La logique d'intégration horizontale des autorités de régulation du secteur bancaire et financier

252. La découpe horizontale de l'architecture de la supervision bancaire et financière met en avant la participation des autorités nationales de régulation à un véritable réseau de régulateurs (1.) et témoigne d'une solide coopération entre ces nouveaux régulateurs européens (2.)

1. La participation des autorités nationales de régulation (ANR) à un réseau de régulateurs

253. Les autorités de régulation nationales françaises répondent à un modèle bicéphale de surveillance financière (a.), partagée également avec les autorités des États membres de l'Union européenne (b.).

a) Le modèle bicéphale français de surveillance financière

254. Il convient d'étudier le modèle bicéphale français de surveillance financière au regard de l'articulation des comportements (i.) mais aussi de l'enchevêtrement des normes (ii.) émises par l'ACPR et l'AMF.

i. L'articulation des comportements

255. Les relations entre les régulateurs français (ACPR et AMF) du secteur bancaire et financier sont historiquement le fruit d'une coopération non formalisée, répondant à une logique de solidarité et d'entraide dans des espaces d'intervention bien distincts. L'ACPR couvre les secteurs de l'assurance et de la banque, tandis que l'AMF surveille les marchés et la conduite des acteurs financiers. Pour autant, ces autorités de régulation ont dû rapidement apprendre à fonctionner ensemble, car depuis l'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010, le contrôle prudentiel de l'ACPR s'est étendu aux activités de prestation de services d'investissement sous réserve de la compétence de l'AMF en matière de contrôle des règles de bonne conduite et autres obligations professionnelles⁶⁶⁴. Le renforcement des pouvoirs de l'ACPR, au titre de ses obligations prudentielles, s'est également accompagné de la faculté de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un prestataire de service d'investissement et d'exercer un contrôle sur des produits financiers. Ce transfert de compétences a permis une réorganisation sectorielle de la surveillance financière française et institue progressivement une coopération renforcée entre l'ACPR et l'AMF, marquée par les évolutions législatives récentes⁶⁶⁵.

256. La coopération entre l'autorité de contrôle bancaire et l'autorité de contrôle des acteurs financiers se concrétise à travers la mise en place d'une « voie d'action commune »⁶⁶⁶ qui suit une logique d'intégration horizontale. En effet, l'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010 prévoit la création d'un pôle commun chargé⁶⁶⁷ de coordonner, sous la responsabilité de l'ACPR et de l'AMF, la supervision des relations entre les professions assujetties et leurs clientèles⁶⁶⁸. Les modalités de fonctionnement de ce pôle commun sont définies par convention⁶⁶⁹. La mise en place de ce pôle impose *de facto* une véritable collaboration entre l'ACPR et l'AMF qui

⁶⁶⁴ Ord. n°2010-76, 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JO n°0018, 22 janv. 2010, p.1392.

⁶⁶⁵ Les pouvoirs de l'ACPR et de l'AMF ont été renforcés ces dernières années avec la loi n°2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JO n°L173, 27 juill. 2013, p.12530 et la loi n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, JO n°L0247, 23 oct. 2010, p.18984.

⁶⁶⁶ ROUSSILLE (M.), « La nouvelle architecture française et européenne en matière financière », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.87.

⁶⁶⁷ ACPR & AMF, « Pôle commun ACPR-AMF-Rapport annuel », Conférence de presse, 1er juin 2017, en ligne :

<[https://www.amf-](https://www.amf-france.org/sites/default/files/resource/20170601_slides_ra_polecommun%20pdf.pdf)

[france.org/sites/default/files/resource/20170601_slides_ra_polecommun%20pdf.pdf](https://www.amf-france.org/sites/default/files/resource/20170601_slides_ra_polecommun%20pdf.pdf)>. L'Assurance Banque Épargne Info Service (ABE IS) est un service public mis en place par l'ACPR, la Banque de France et l'AMF pour « offrir un point d'entrée commun habilité à recevoir les demandes des clients, assurés, bénéficiaires, ayants droits et épargnants... ».

⁶⁶⁸ C.monét.fin. art. L.612-47.

⁶⁶⁹ C.monét.fin. art. L.612-49.

doivent mobiliser des équipes pour mettre en place des programmes de visites-mystères⁶⁷⁰. Dans ce sens, les autorités de régulation françaises ont toute latitude pour s'échanger des informations et se transmettre des renseignements qui pourraient être utiles à l'exercice de leurs missions respectives dans le domaine des pratiques de commercialisation⁶⁷¹. À titre d'illustration, des contrôles coordonnés par l'ACPR et l'AMF ont été menés au cours de l'année 2016 sur les thématiques du financement participatif et de la vente à distance⁶⁷².

257. Après avoir envisagé l'articulation des comportements des deux autorités de régulation, il y a lieu d'aborder l'enchevêtrement des normes qu'elles émettent (ii.).

ii. L'enchevêtrement de normes

258. Sur le terrain normatif, l'ACPR et l'AMF ont émis depuis 2010 un certain nombre de publications qui témoignent de la volonté d'établir et d'appliquer des pratiques de surveillance communes. Ces publications sont accessibles conjointement sur les sites internet de l'AMF et de l'ACPR, et constituent un véritable corpus de doctrine. Ainsi, plusieurs positions, instructions et recommandations ont été adoptées conjointement par l'ACPR et l'AMF mais publiées séparément. C'est le cas par exemple en matière de traitement des réclamations dans le secteur des valeurs mobilières⁶⁷³ ou encore de placement non-garanti et de financement participatif⁶⁷⁴. Si le contenu de ces actes de *soft law* est identique, la numérotation quant à elle diffère, réaffirmant par là même la dualité mais aussi l'indépendance de ces deux autorités de régulation.

259. Sur le même fondement, l'ACPR et l'AMF diffusent régulièrement des communiqués de presse⁶⁷⁵ et des rappels à la réglementation⁶⁷⁶, publiés sur le site internet du pôle commun

⁶⁷⁰ ROUSSILLE (M.), *op. cit.*

⁶⁷¹ C.monét.fin. art. L.631-1.

⁶⁷² ACPR & AMF, *op. cit.*

⁶⁷³ AMF, *Instr. AMF-DOC-2012-07 Traitement des réclamations*, Autorité des Marchés Financiers, 2012, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Traitement%20des%20r%C3%A9clamations.pdf> et ACPR, *Recommandation 2016-R-02 sur le traitement des réclamations*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 14 nov. 2016, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20161116-reco_2016-r-02_traitement_reclamations.pdf>.

⁶⁷⁴ AMF, *Position AMF-DOC-2014-10 Placement non garanti et le financement participatif*, Autorité des Marchés Financiers, 30 sept. 2014, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Placement%20non%20garanti%20et%20financement%20participatif%20(1).pdf> et ACPR, *Position 2014-P-08 relative au placement non garanti et au financement participatif*, 30 sept. 2014, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/201409-position-2014-p-08-de-l-acpr_1.pdf>.

⁶⁷⁵ ACPR & AMF, « Communiqué de presse ACPR-AMF », 7 mai 2015, en ligne : <http://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/Communication/Communiqués%20de%20presse/20150507-communique-de-presse-ACPR-AMF-forex.pdf>.

⁶⁷⁶ ACPR & AMF, *Rappel de la réglementation susceptible de s'appliquer aux plateformes Internet d'aide à la décision d'investissement*, Autorité des Marchés Financiers, Autorité de Contrôle Prudentiel, 2013, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/07/25/20130221-annexe-rappel-de-la-reglementation.pdf>.

Assurance Banque Épargne Info Service. En effet, les autorités de régulation françaises empruntent ce canal de communication pour alerter la profession de leurs actions communes mais aussi pour mettre en garde le public contre les activités de plusieurs sites internet. Dans le même sens, le rapport d'activité annuel du pôle commun Assurance Banque Épargne Info Service est diffusé chaque année pour rendre compte de l'activité conjointe de l'ACPR et de l'AMF⁶⁷⁷ et mettre en avant les enjeux liés à l'évolution des pratiques commerciales⁶⁷⁸. Enfin, le vice-président de l'ACPR et le président de l'AMF sont des membres actifs du Haut Conseil de la stabilité financière (HCSF)⁶⁷⁹, l'organe de surveillance macroprudentiel français, et participent à la production normative de ce Conseil.

260. Le modèle bicéphale de supervision retenu en France peut constituer un facteur de complication tant au regard de l'articulation des comportements entre les autorités de régulation que de l'enchevêtrement des normes. Les positions, instructions et recommandations dupliquées par l'ACPR et à l'AMF rendent compte de la nécessité de créer à court terme un corpus de doctrine commun, voire d'envisager à l'avenir le rapprochement de ces deux autorités au sein d'un modèle de surveillance financière unique. L'AMF a publié récemment quatre nouvelles lignes directrices en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁶⁸⁰ qui reprennent presque intégralement celles déjà émises il y a quelques années par l'ACPR⁶⁸¹, sans pour autant faire preuve d'innovation ou de changement. Ce phénomène de duplication des normes d'origine publique ne va pas dans le sens d'une simplification du droit et impose une révision pour supprimer les doublons.

261. Il y a lieu à présent d'envisager le partage de la surveillance financière avec les autorités nationales de régulation des États membres de l'UE (b.).

⁶⁷⁷ C.monét.fin. art. L.612-50.

⁶⁷⁸ ACPR Pôle Assurance Banque Épargne, *Rapport d'activité 2016*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juill. 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20170601-rapport-activite-abeis-2016.pdf>.

⁶⁷⁹ C.monét.fin. art. L.631-2-1 : Le Haut Conseil de stabilité financière (HCSF) est l'autorité macroprudentielle française chargée d'« exerce[r] la surveillance du système financier dans son ensemble, dans le but d'en préserver la stabilité et la capacité à assurer une contribution soutenable à la croissance économique ».

⁶⁸⁰ AMF, « Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : l'AMF publie de nouvelles lignes directrices », 29 nov. 2019, en ligne : <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/lutte-contre-le-blanchiment-de-capitaux-et-le-financement-du-terrorisme-lamf-publie-ses-nouvelles>.

⁶⁸¹ v. *supra* n°138.

- b) Une surveillance financière partagée avec les autorités nationales de régulation des autres États membres de l'Union européenne (UE)

262. Le partage de compétence des autorités de régulation françaises avec les autorités des autres États membres de l'UE s'opère dans le cadre du passeport européen (i.) et de la surveillance des conglomérats financiers (ii.).

- i. Le partage de compétences dans le cadre du passeport européen

263. La surveillance financière française est partagée avec les autorités nationales des autres États de membres de l'UE dans le cadre du passeport européen, qui participe à l'établissement de tout un réseau de régulation européen. La coopération étroite et régulière des autorités françaises de surveillance avec les régulateurs nationaux des autres États membres de l'UE contribue au fonctionnement harmonieux du marché intérieur bancaire et financier. En effet, la directive européenne 2006/48 du 14 juin 2006⁶⁸² organise, en matière bancaire, les conditions d'échanges d'informations entre autorités homologues d'États membres de l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE). Cette directive exonère les autorités compétentes de la mise en place d'accords de coopération ou de conventions bilatérales qui doivent être signées par des autorités étrangères d'États non parties à l'EEE. Sur ce fondement, les autorités de régulation nationales exercent à l'encontre des établissements de crédit une surveillance sur des bases individuelles, consolidée et consolidée transfrontalière, soutenant par là même les établissements transfrontaliers⁶⁸³.

264. Dans ce cadre, la liberté d'établissement⁶⁸⁴ et la liberté de prestation de services⁶⁸⁵ – on parle à leur propos du passeport européen – obligent les autorités nationales de surveillance à se coordonner, vers une convergence renforcée de leurs pratiques réglementaires et prudentielles⁶⁸⁶. L'organisation de cette collaboration répond à un principe simple – quelque peu malmené depuis la mise en place du Mécanisme de surveillance unique (MSU)⁶⁸⁷ – selon

⁶⁸² Dir. Parl. et Cons. n°2006/48 (UE), 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOUE* 30 juin 2006, n°L177, p.1.

⁶⁸³ Considérant (13) de la Dir. Parl. et Cons. n°2006/48 (UE), 14 juin 2006.

⁶⁸⁴ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p.241-242 : « La liberté d'établissement postule qu'un établissement de crédit ayant son siège social en France peut installer librement des succursales sur tout le territoire de l'Union Européenne. Cette règle résulte de l'article 18, 1 de la directive du 15 décembre 1989, devenu l'article 33 de la directive du 26 juin 2013, et a été reprise, en droit français, par l'article L.511-27 du Code monétaire et financier. ».

⁶⁸⁵ C.monét.fin. art. L.511-21 : La libre prestation de services désigne « l'opération par laquelle un établissement de crédit fournit, dans un État autre que celui où se trouve son siège social, un service bancaire autrement que par une présence permanente dans cet État membre ».

⁶⁸⁶ Considérant (17) de la Dir. Parl. et Cons. n°2006/48 (UE), 14 juin 2006.

⁶⁸⁷ v. *supra* n°234. La BCE dispose de missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit d'importance systémique. Aussi, les autorités

lequel la surveillance des établissements de crédit ayant une activité transfrontalière à l'intérieur de l'UE relève principalement de la compétence de l'autorité du pays d'origine, c'est-à-dire celle du pays où l'établissement de crédit a son siège social et subsidiairement de la compétence de l'autorité du pays d'accueil dans lequel la succursale est établie⁶⁸⁸. Les régimes de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services reposent d'une part sur l'échange d'informations entre autorités d'origine et autorité d'accueil compétente, et d'autre part sur la surveillance consolidée transfrontalière des établissements de crédit. Au titre de l'échange d'informations, tout établissement de crédit – s'il ne s'agit pas d'un établissement d'importance systémique – ayant son siège social en France désirant établir une succursale ou exercer pour la première fois ses activités en libre prestation de services dans un autre État membre doit en informer l'ACPR qui communiquera à son tour ces informations à l'autorité du pays d'accueil⁶⁸⁹. Ce mécanisme de double information témoigne d'une véritable coopération entre les autorités bancaires, vers un partage de compétences dans le cadre la surveillance des établissements de crédit⁶⁹⁰. Cela signifie qu'en cas d'irrégularités, des mesures disciplinaires peuvent être prises, sous conditions, par l'autorité compétente du pays d'origine ou du pays d'accueil⁶⁹¹.

265. En ce qui concerne les prestataires de services d'investissement, le dispositif mis en place se superpose au mécanisme bancaire, qui prévoit en sus une intervention conjointe de l'ACPR et de l'AMF⁶⁹². Ces deux autorités de régulation se partagent alors les compétences décisionnelles en cas de libre établissement et de libre prestation de services sur le même modèle que le dispositif bancaire. Toutefois, cette superposition ne fait pas beaucoup sens au regard de l'activité de certains grands groupes transfrontaliers, qui cumulent la plupart du temps les activités bancaires et financières sur le modèle de la banque universelle⁶⁹³.

266. Ce partage de compétence s'exerce également dans le cadre de la surveillance complémentaire des conglomérats financiers (ii.).

compétentes nationales conservent leur rôle en matière de passeport européen pour tous les établissements qui relèvent de leur surveillance.

⁶⁸⁸ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire, op. cit.*, p.243.

⁶⁸⁹ C.monét.fin. art. L.511-27.

⁶⁹⁰ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire, op. cit.*, p.243.

⁶⁹¹ Art. 44 de la Dir. Parl. et Cons. n°2013/36 (UE), 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JOUE 27 juin 2013, n°L176/338.

⁶⁹² C.monét.fin. art. L.532-23 à L.532-26.

⁶⁹³ v. dans ce sens, BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire, op. cit.*, p.245 : « On peut néanmoins, regretter un tel cumul qui ne correspond pas à la démarche européenne et est source de complexité ».

ii. La surveillance complémentaire des conglomérats financiers

267. Les premiers principes relatifs à la supervision des conglomérats financiers datent de 1999 et ont été actualisés, suite à la crise financière, par le *Joint Forum*⁶⁹⁴ au terme d'un rapport publié en septembre 2012⁶⁹⁵. Ce rapport définit en premier lieu les conglomérats financiers comme des groupes d'entités qui ont des activités intersectorielles relevant *a minima* de deux des secteurs suivants : bancaire, financier et assurantiel ; et incluant les activités non régulées des entités participant à ce conglomérat⁶⁹⁶. Puis, il consacre une partie à l'organisation de la surveillance prudentielle des conglomérats financiers au niveau international. Le rapport souligne à cet effet la nécessité d'établir « une procédure permettant de confirmer les rôles et responsabilités de chaque autorité et de garantir un échange efficient d'information et une coopération pertinente pour la supervision du conglomérat financier »⁶⁹⁷. Certains de ces principes ont ensuite été repris par des textes européens tels que la directive dite « FICOD »⁶⁹⁸, puis transposés en droit français avec l'ordonnance n°2014-158 du 20 février 2014⁶⁹⁹. Aujourd'hui, les dispositions relatives à la surveillance complémentaire des conglomérats financiers figurent dans le Code monétaire et financier⁷⁰⁰. Il en résulte que la surveillance complémentaire ne s'applique qu'à destination des entités réglementées du conglomérat financier ou des compagnies financières *holding* mixtes⁷⁰¹ et repose sur la désignation d'une autorité coordinatrice qui est « l'autorité compétente d'un des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen (...) [remplissant] des critères déterminés en fonction de la structure et de l'organisation du conglomérat »⁷⁰². En toute logique, l'autorité nationale qualifiée de « coordinateur » est celle auprès de laquelle l'entité réglementée à la tête du groupe a

⁶⁹⁴ CBCB, *Joint Forum*, en ligne : <<http://www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>>: Le Joint Forum a été créé en 1996 sous l'égide du Comité de Bâle (BCBS), de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs mobilières (IOSCO) et de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (IAIS). Il a pour mission de coordonner les travaux sur les sujets communs aux secteurs de la banque, des valeurs mobilières et de l'assurance, y compris la régulation des conglomérats financiers. Il est composé à égalité des principaux superviseurs bancaires, d'assurances et de valeurs mobilières.

⁶⁹⁵ CBCB, *Joint Forum. Principles for the Supervision of Financial Conglomerate*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Sept. 2012, p.5, en ligne : <<http://www.bis.org/publ/joint29.pdf>>.

⁶⁹⁶ *Ibidem.*, v. également, ROUSSILLE (M.), « La régulation transfrontalière des conglomérats financiers », *BJB*, n°1, 2016, p.35.

⁶⁹⁷ CBCB, *Joint Forum, Principles for the Supervision of Financial Conglomerate op. cit.*, p.12.

⁶⁹⁸ Dir. Parl. et Cons. n°2011/89 (UE), 16 nov. 2011 modifiant les directives n°98/78/CE, n°2002/87/CE, n°2006/48/CE et n°2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers, *JOUE* 8 déc. 2011, n°L326/113.

⁶⁹⁹ Ord. n°2014-158, 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JO* n°0044, 21 févr. 2014, p.3022.

⁷⁰⁰ C.monét.fin. art. L.517-2 et s.

⁷⁰¹ C.monét.fin. art. L.517-3.

⁷⁰² C.monét.fin. art. L.633-2.

obtenu son agrément, tandis que pour les compagnies *holding* mixte, un critère territorial est appliqué⁷⁰³.

268. Dans le cadre de l'exercice de la surveillance complémentaire au niveau du conglomérat, l'autorité coordinatrice a également pour mission d'assurer la coordination entre les autorités nationales ayant agréé les entités du groupe. Dans ce sens, l'ACPR – si elle est désignée autorité coordinatrice – prévoit la planification et la coordination des activités prudentielles, en adéquation avec les autorités compétentes. Elle peut aussi soumettre le conglomérat financier à des exercices de simulation de crise⁷⁰⁴ et définir les méthodes de calcul des exigences complémentaires en matière d'adéquation des fonds propres, en coopération avec les autorités nationales concernées⁷⁰⁵. Enfin, le Code monétaire et financier définit les modalités d'échange d'informations aux fins de la surveillance complémentaire à travers des accords de coordination conclus avec les autorités concernées⁷⁰⁶. À titre d'exemple, on peut citer l'accord conclu entre la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) des États-Unis, l'AMF et l'ACPR pour la supervision de LCH.Clearnet SA⁷⁰⁷. Ces accords de coordination sont ensuite repris par les collèges de superviseurs⁷⁰⁸ qui ont vocation à promouvoir une coopération renforcée entre les autorités responsables de la supervision des entités d'un groupe bancaire situées dans différents États⁷⁰⁹.

269. Si le rôle des autorités nationales apparaît fondamental dans la surveillance complémentaire des conglomérats financiers, ce dernier tend à être plus résiduel à l'avenir. Pour les conglomérats « ayant intrinsèquement une composante systémique »⁷¹⁰, leur supervision rentre davantage dans le giron de la BCE, donnant aux autorités européennes une place de plus en plus significative (2.).

⁷⁰³ ROUSSILLE (M.), « La régulation transfrontalière des conglomérats financiers », *op. cit.*, p.35 : « Si un conglomérat américain dispose d'une seule filiale assurance en Europe et que celle-ci est implantée en Belgique, l'autorité coordinatrice sera alors la Banque nationale de Belgique. ».

⁷⁰⁴ C.monét.fin. art. L.633-3.

⁷⁰⁵ C.monét.fin. art. L.633-2.

⁷⁰⁶ C.monét.fin. art. L.633-4 à L.633-7-1.

⁷⁰⁷ Accord portant sur la supervision de LCH.Clearnet SA entre la Commodity Futures Trading Commission des États-Unis, l'Autorité des marchés financiers française et l'Autorité de contrôle prudentiel française, JO n°0033, 8 févr. 2014.

⁷⁰⁸ ACPR, « Les collèges de superviseurs », 19 mars 2019 en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/international/la-cooperation-au-niveau-europeen/les-colleges-de-superviseurs.html>> : « La directive 2006/48/EC modifiée par la CRD2 [2009/111/EC] a rendu la mise en place de collèges obligatoire, à partir de la fin de l'année 2010, pour les groupes qui comptent au moins une filiale dans un autre pays européen (disposition transposée en droit français par l'article L613-20-2 du Code monétaire et financier). ».

⁷⁰⁹ C.monét.fin. art. L633-7-1.

⁷¹⁰ ROUSSILLE (M.), « La régulation transfrontalière des conglomérats financiers », *op. cit.*, p.35.

2. La coopération solide entre les autorités de régulation européennes

270. Avant d'aborder la coordination des actions de la BCE et des AES (b), il est nécessaire d'envisager la coopération au sein des trois AES, qui apparaît de plus en plus institutionnalisée (a.).

a) L'institutionnalisation de la coopération entre les trois autorités européennes de surveillance (AES)

271. Les AES⁷¹¹, à savoir l'Autorité bancaire européenne (ABE), l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) assurent la cohérence transsectorielle de leurs activités et coopèrent activement entre elles, par l'intermédiaire du Comité mixte des AES⁷¹². Ce comité institué par le Règlement n°1094/2010 du 24 novembre 2010⁷¹³, dispose d'un fonctionnement et d'une organisation propre, lui permettant une certaine autonomie fonctionnelle. En effet, cet organe de gouvernance réunit les présidents des AES au moins une fois tous les deux mois, et le directeur exécutif, un représentant de la Commission et le Conseil européen du risque systémique (CERS), en qualité d'observateurs⁷¹⁴. Ce comité ainsi composé a vocation à constituer une « enceinte » au sein de laquelle naît un échange d'informations et des initiatives autour de thématiques bien définies telles que « les conglomérats financiers », « la lutte anti-blanchiment et le financement du terrorisme », « la stabilité financière », ou encore « les produits d'investissement de détail » et bien d'autres⁷¹⁵. Son action doit aboutir à arrêter des « positions communes et actes communs » à l'ensemble des AES⁷¹⁶. Ainsi, plusieurs « *joint*

⁷¹¹ v. *supra* n°144.

⁷¹² Comité mixte des AES, *Towards European Supervisory Convergence*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance 2016, en ligne :

<https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/EI0116679ENN_proof_updated_2_FINAL%20FINAL%20FINAL.pdf>

⁷¹³ Régl. Parl. et Cons. n°1094/2010 (UE), 24 nov. 2010, préc.

⁷¹⁴ Art. 55 du Régl. Parl. et Cons. n°1094/2010 (UE), préc.

⁷¹⁵ Art. 54 du Régl. Parl. et Cons. n°1094/2010 (UE), préc.

⁷¹⁶ Art. 56 du Régl. Parl. et Cons. n°1094/2010 (UE), préc.

guidelines »⁷¹⁷, « *consultation papers* »⁷¹⁸ ou encore « *questions and answers* »⁷¹⁹ ont pu être publiés au cours de l'année 2017 sur les thématiques évoquées.

272. On peut constater que les AES elles-mêmes ont développé dans leur organisation une collaboration active. Chaque AES dispose en son sein d'organes collégiaux tels que le Conseil des autorités de surveillance auquel participe, entre autres, un représentant de chacune des AES⁷²⁰. Ce Conseil des autorités de surveillance représente le principal organe décisionnel, qui arrête le rapport d'activité de l'AES, son budget annuel ou encore le programme de travail à déployer. La participation des représentants de chaque AES à ce conseil témoigne d'une « institutionnalisation de la coopération »⁷²¹ et d'une transparence de l'information circulant entre les trois autorités.

273. Par ailleurs, l'articulation des actions de la BCE et des AES doit faire partie de notre raisonnement pour appréhender la dimension horizontale de la supervision bancaire et financière dans sa globalité (b.).

b) L'articulation des actions de la Banque centrale européenne (BCE) et des autorités européennes de surveillance (AES)

274. La question délicate de l'articulation des actions de la BCE et des AES renvoie inévitablement au vaste sujet que constitue l'Union bancaire, et auquel les AES ne participent pas. Par principe, les interactions entre ces autorités sont limitées, chacune exerçant ses prérogatives à des niveaux différents. En effet, l'Union bancaire, qui repose sur les trois piliers précédemment évoqués⁷²², place la BCE au cœur du fonctionnement du Mécanisme de surveillance unique, en charge de la surveillance prudentielle des établissements en fonction

⁷¹⁷ Comité mixte des AES, *Joint Guidelines to prevent terrorist financing and money laundering in electronic fund transfers*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance, 22 sept. 2017, en ligne :

<[https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Joint%20Guidelines%20to%20prevent%20terrorist%20financing%20and%20money%20laundering%20in%20electronic%20fund%20transfers%20\(JC-GL-2017-16\).pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Joint%20Guidelines%20to%20prevent%20terrorist%20financing%20and%20money%20laundering%20in%20electronic%20fund%20transfers%20(JC-GL-2017-16).pdf)>.

⁷¹⁸ Comité mixte des AES, *Consultation Paper on Revised Draft ITS Mapping Solvency II*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance, 18 juill. 2017, en ligne :

<[https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Consultations/Consultation%20Paper%20on%20Revised%20Draft%20ITS%20Mapping%20Solvency%20II%20\(JC%202017%2037\).pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Consultations/Consultation%20Paper%20on%20Revised%20Draft%20ITS%20Mapping%20Solvency%20II%20(JC%202017%2037).pdf)>.

⁷¹⁹ Comité mixte des AES, *Questions and answers (Q&A) on the PRIIPs KID*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance, juill. 2017, en ligne :

<<https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Consultations/Questions%20and%20answers%20on%20the%20PRIIPs%20KID.pdf>>.

⁷²⁰ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p.119-120.

⁷²¹ KOVAR (J.-P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, 2012, p.205.

⁷²² v. *supra* n°231.

de leur importance⁷²³. De l'autre côté, les AES, en tant qu'autorités à composantes multiples, participent à un objectif général de protection des valeurs publiques telles que « la stabilité du système financier, la transparence des marchés et des produits financiers et la protection des déposants et des investisseurs »⁷²⁴, qui s'inscrit plutôt dans le cadre de la surveillance microprudentielle des établissements de crédit.

275. Néanmoins, des convergences peuvent être observées entre les AES et la BCE qui font toutes deux partie du Système européen de surveillance financière (SESF)⁷²⁵. Ce dernier réunit le CERS⁷²⁶, la BCE, les autorités compétentes des États membres ainsi que les trois AES et leur comité mixte, et constitue par là même un véritable réseau de régulation intersectoriel⁷²⁷. Il participe à l'émergence d'une culture commune de la surveillance en vertu du principe de coopération loyale⁷²⁸ et organise les échanges entre les parties au SESF dans « un esprit de confiance et de respect mutuel complet, notamment afin que circulent entre elles des informations appropriées et fiables. »⁷²⁹. Dans ce sens, le SESF devient une instance de coordination où le CERS adossé à la BCE fournit aux AES des informations sur les risques systémiques qui sont nécessaires à l'exécution de leurs tâches, vers l'élaboration commune d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs de mesure du risque systémique⁷³⁰. De plus, même en dehors du SESF, l'Union bancaire n'hésite pas à promouvoir la coopération des autorités, consacrée par le règlement relatif au MSU⁷³¹.

276. Pour autant, des situations de conflits peuvent apparaître entre les autorités dans la mise en place de leurs actions respectives. Plusieurs auteurs ont pu relever que la répartition des compétences entre la BCE et les AES n'est pas toujours bien définie et peut devenir source de conflits⁷³². Ainsi, les AES se voient offrir dans certaines conditions la prérogative « d'interdire ou de restreindre temporairement certaines activités financières qui menacent le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers »⁷³³, tout comme la BCE qui a la possibilité

⁷²³ Considérant (4) du Régl. BCE (UE) n°468/2014, 16 avr. 2014, préc.

⁷²⁴ Pour l'AEMF, Considérant (11) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010, 24 nov. 2010, préc. ; Pour l'AEAPP, Considérant (10) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1094/2010, 24 nov. 2010, préc. ; Pour l'ABE, Considérant (11) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1093/2010, 24 nov. 2010, préc.

⁷²⁵ v. *supra* n°234.

⁷²⁶ v. *supra* n°150.

⁷²⁷ Art. 1^{er} du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1092/2010, 24 nov. 2010, préc.

⁷²⁸ TFUE Art. 4 §3.

⁷²⁹ Considérant (14) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1092/2010, 24 nov. 2010, préc.

⁷³⁰ Art. 3 du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1092/2010, 24 nov. 2010, préc.

⁷³¹ Art. 3 al.1^{er} du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, préc.

⁷³² v. dans ce sens BONNEAU (Th.), « Union Bancaire et Autorité européenne des marchés financiers », in *L'Union Bancaire*, sous la dir. de Francesco MARTUCCI, Bruylant, 2016, p.223 ; VABRES (R.), « Autorité Bancaire Européenne et Union Bancaire », in *L'Union Bancaire*, sous la dir. de Francesco MARTUCCI, Bruylant, 2016, p.189.

⁷³³ Pour l'AEMF, Considérant (12) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010, 24 nov. 2010, préc. ; Pour l'AEAPP, Considérant (11) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1094/2010, 24 nov. 2010, préc. ; Pour l'ABE, Considérant (12) du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1093/2010, 24 nov. 2010, préc.

de « restreindre ou de limiter l'activité économique, les opérations ou le réseau des établissements, ou demander la cessation des activités qui font peser des risques excessifs sur la solidité d'un établissement »⁷³⁴. Cela signifie qu'une concertation entre les deux autorités est un préalable avant d'interdire toute activité que l'autre autoriserait. Enfin, en ce qui concerne l'élaboration du droit, la BCE et les AES disposent toutes deux de la faculté d'émettre des avis, d'élaborer des orientations, des recommandations dans le cadre de leurs compétences⁷³⁵, ce qui laisse entrevoir des possibilités d'immixtion dans la rédaction des normes, les domaines d'intervention de ces autorités étant très liés.

277. Dans cette configuration, on peut raisonnablement croire que les rôles et responsabilités des AES vont être renforcés pour dissocier plus drastiquement leurs actions de celles de la BCE. À moins que, au contraire, celles-ci ne deviennent l'antichambre de la BCE et soient à terme confondues dans les effectifs de la Banque centrale européenne. L'actualité récente nous conduit toutefois à penser que l'affirmation renforcée du positionnement des AES est en marche et semble être la voie privilégiée. L'ABE dispose désormais de nouvelles prérogatives en matière de LCB-FT⁷³⁶. Le nouveau mandat attribué à l'ABE a ainsi pour objectif de « garantir une surveillance efficace et cohérente des risques de blanchiment par l'ensemble des autorités compétentes, ainsi qu'une coopération et un partage d'informations entre celles-ci »⁷³⁷. Ces nouvelles attributions marquent le début d'un mouvement de spécialisation des AES, qui leur permet d'avoir plus de crédit sur la scène européenne, largement occupée par la BCE.

278. Les interactions horizontales entre les autorités de régulation nationales et européennes tendent à être de plus en plus institutionnalisées, à travers la création d'organes communs de coopération. Cette nouvelle architecture de la supervision bancaire et financière s'appréhende également au regard d'une logique verticale où il convient d'envisager une large palette de modes de relation entre les régulateurs (B.).

B. La coopération verticale des autorités de régulation du secteur bancaire et financier

279. L'instauration de nouvelles autorités européennes de régulation redéfinit au niveau national les relations de la supervision bancaire et financière, créant ainsi un rapport d'autorité entre les AES et les régulateurs nationaux (1.) et un transfert de souveraineté au profit de la BCE (2.).

⁷³⁴ Art. 16 du Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, préc.

⁷³⁵ Pour la BCE, TFUE Art. 127 et pour les AES, Arts. 8 des Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010 pour l'AEMF ; n°1094/2010 pour l'AEAPP et n°1093/2010, 24 nov. 2010, préc pour l'ABE.

⁷³⁶ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op.cit., p.128-129.

⁷³⁷ Comm. (UE), « Communiqué de presse. État de l'Union 2018 – Renforcement de la surveillance anti-blanchiment de capitaux, pour un secteur bancaire et financier stable », 12 sept. 2018, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5724_fr.htm>.

1. Le rapport d'autorité entre les autorités européennes de surveillance (AES) et les régulateurs nationaux (ANR)

280. Les AES et les ANR coordonnent leurs actions (b.) et travaillent de concert à la construction d'un arsenal normatif (a.) qu'il convient d'étudier.

a) Dans la construction normative

281. La construction normative de la régulation bancaire et financière incombe en partie aux AES, qui sont en charge de la surveillance microprudentielle des établissements de crédit. En effet, les AES élaborent des normes européennes, qui ont vocation à être appliquées par les ANR puis respectées par les acteurs des secteurs bancaire, financier et assurantiel. Aux termes de leurs règlements fondateurs, les AES ont reçu le pouvoir, « en tant qu'organisme[s] disposant d'une expertise hautement spécialisée », d'adopter des « normes techniques de réglementation au moyen d'actes délégués »⁷³⁸ et des « normes techniques d'exécution par voie d'actes d'exécution »⁷³⁹ soumises par la suite à l'approbation de la Commission et du Parlement européens. Diffusées sous la forme de règlement ou de décision, ces normes européennes doivent être retranscrites directement en droit national par les ANR qui « subissent le pouvoir normatif (même si l'expression est contestable) »⁷⁴⁰ des AES. L'élaboration de ce droit contraignant affirme la prédominance du rôle réglementaire joué par les AES dans la construction d'un chantier de réformes « *post-subprimes* »⁷⁴¹ alors qu'en théorie, elles ne sont dotées d'aucun pouvoir réglementaire.

282. En parallèle de ce droit dur, les AES publient également des orientations et des recommandations à l'attention des établissements financiers et autorités compétentes qui servent à fournir des précisions pour l'application des directives ou règlements européens. Les destinataires de ces normes de droit non-contraignantes disposent ensuite de deux mois suivant leur émission pour « mettre tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations », et s'ils ne les respectent pas ou n'entendent pas les respecter, sont tenus d'informer l'AES en « motivant leur décision »⁷⁴². Ce principe d'origine anglo-saxonne du *comply or explain*⁷⁴³, ainsi transposé dans les règlements fondateurs des AES, constitue le

⁷³⁸ Arts. 10 des Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010 pour l'AEMF ; n°1094/2010 pour l'AEAPP et n°1093/2010, 24 nov. 2010, préc. pour l'ABE.

⁷³⁹ *Ibid.*, Arts. 15.

⁷⁴⁰ VABRES (R.), « Autorité Bancaire Européenne et Union Bancaire », in *L'Union Bancaire*, (dir.) MARTUCCI (F.), Bruylant, 2016, p.189.

⁷⁴¹ ROUSSILLE (M.), *op. cit.*, p.96.

⁷⁴² Arts. 16 des Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010 pour l'AEMF ; n°1094/2010 pour l'AEAPP et n°1093/2010, 24 nov. 2010, préc. pour l'ABE.

⁷⁴³ v. dans ce sens, DURAND-BARTHEZ (P.), « Le principe « appliquer ou expliquer ». Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *CDE* n°2, Mars-Avr. 2016, p.27 ; COURET (A.), « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *BJS*, n°3, Mars 2017, p.202 ; FASTERLING (B.), DUHAMEL (J.-C.), « Le Comply or explain : la transparence

reflet du rapport d'autorité existant entre les AES et les ANR. En outre, les AES n'hésitent pas à faire pression sur les ANR en publiant dans leurs rapports annuels les recommandations ou orientations que les ANR ne souhaitent pas mettre en œuvre⁷⁴⁴. Dès lors, si la sanction du non-respect de la mise en œuvre de ces dispositions ne peut être juridique, « la contrainte politique pourra ici jouer un rôle »⁷⁴⁵. Au-delà de la construction d'un arsenal normatif commun, il convient d'étudier également la coordination des actions des AES et des ANR.

b) Dans la coordination des actions

283. Au-delà de leur pouvoir normatif, les AES disposent encore de compétences susceptibles d'influer directement sur le comportement des autorités nationales compétentes. En effet, les AES exercent une fonction générale de coordination des actions des ANR et favorisent l'émergence de consensus, en concourant à un travail d'harmonisation des législations et des pratiques nationales divergentes. Elles s'assurent du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers ainsi que de la stabilité du système financier, et cherchent à promouvoir une réaction harmonisée à l'échelon européen en cas de circonstances défavorables⁷⁴⁶. Ainsi, dans des situations de violation du droit de l'Union et de non-respect des normes techniques de réglementation ou d'exécution, les AES peuvent user de leur pouvoir de police pour « enquêter sur la prétendue violation ou non-application du droit de l'Union »⁷⁴⁷. Ces prérogatives ont également des répercussions plus larges et permettent aux AES d'exiger des autorités locales la transmission d'informations⁷⁴⁸. De plus, les AES s'emploient activement en situation d'urgence, soit d'atteinte globale ou partielle à la stabilité du système financier, à faciliter « toute action entreprise par les autorités nationales de surveillance compétentes concernées »⁷⁴⁹.

conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique*, n°2, T.xxiii, 2, 2009, p.129-157 : « "Se conformer ou s'expliquer", traduction littérale de l'anglicisme très utilisé "*comply or explain*", est un mécanisme de transparence pivot de la gouvernance d'entreprise. Il est apparu sous la plume de Sir CADBURY, auteur du rapport éponyme qui marque l'entrée décisive de la *corporate governance* dans le droit international des sociétés cotées. Ce mécanisme est tout aussi simple qu'astucieux : contraindre les sociétés à communiquer sur l'application qu'elles opèrent d'un code de bonne conduite en matière de gouvernance d'entreprise, et à se justifier des écarts aux dispositions de ce code. »

⁷⁴⁴ À titre d'exemple, ABE, *2016 Annual Report*, Autorité Bancaire Européenne 2016, en ligne : <<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1879387/EBA+Annual+Report+2016.pdf>>: La section « *Regulatory compliance of guidelines and recommendations* » qui figure p.110 du rapport annuel, liste l'ensemble des autorités nationales de régulation qui ne se sont pas conformées aux recommandations et orientations de l'ABE.

⁷⁴⁵ VABRES (R.), « L'articulation des autorités européennes de surveillance et des régulateurs nationaux - Présentation générale », *BJB*, n°12, 2015, p.584.

⁷⁴⁶ Art. 31 des Régl. Parl. et Cons. (UE) n°1095/2010 pour l'AEMF ; n°1094/2010 pour l'AEAPP et n°1093/2010, 24 nov. 2010, préc. pour l'ABE.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, Arts. 17.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, Arts. 35.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, Arts. 18.

284. Dans le prolongement de leur activité de surveillance microprudentielle, les AES exercent une fonction disciplinaire de règlement des désaccords entre régulateurs nationaux. Chaque AES, en fonction de son domaine de compétence, peut prêter assistance aux ANR pour trouver un accord en cas de divergences « avec la procédure, le contenu d'une mesure ou l'inaction d'une autorité compétente d'un autre État membre »⁷⁵⁰. Cette fonction repose dans un premier temps sur la voie de la conciliation, laissant aux AES la pleine mesure pour exercer leur rôle de médiateur dans le délai de conciliation défini par les parties. Cette médiation peut ensuite aboutir à des mesures contraignantes dans le cas où les autorités compétentes n'ont pas trouvé d'accord au terme de la phase de conciliation. Il peut alors être imposé aux ANR concernées de prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que le droit de l'UE soit respecté⁷⁵¹. Enfin, dans le cas où la décision de l'AES ne serait pas respectée, une décision individuelle touchant directement l'acteur de marché concerné pourra être adoptée, conférant aux AES un pouvoir de sanction qui peut aller jusqu'à la cessation d'une pratique.

285. L'articulation verticale des comportements des régulateurs européens et nationaux témoigne par ailleurs d'un transfert de souveraineté des ANR au profit de la BCE (2.).

2. Le transfert de souveraineté des autorités nationales de régulation (ANR) au profit de la Banque centrale européenne (BCE)

286. La mise en place du MSU⁷⁵², en l'espace d'un an seulement, est venue bouleverser sur le plan organisationnel la surveillance bancaire européenne et nationale. Aux termes du Règlement n°1024/2013 du 15 octobre 2013⁷⁵³, la BCE s'est vue confier des missions de surveillance prudentielle, créant ainsi une « dissymétrie » au niveau national : « Il existe désormais un décalage entre le caractère national d'une partie de la réglementation bancaire et le caractère européen de l'organe chargé de la mise en œuvre de cette réglementation. »⁷⁵⁴. En effet, la BCE, organe européen, n'a pas eu d'autres choix que d'assumer son nouveau rôle de mise en œuvre du droit national et de créer une séparation entre ses activités de contrôle bancaire et de politique monétaire pour assurer au mieux sa mission. Cette nouvelle organisation, répondant à des prérogatives essentiellement politiques, s'inscrit dans la volonté d'instaurer un modèle unique de contrôle bancaire pour en finir avec la « fragmentation des pratiques prudentielles »⁷⁵⁵. Ce nouveau modèle de supervision semble répondre aux

⁷⁵⁰ *Ibid.*, Arts. 19.

⁷⁵¹ BOUJEKA (A.), « Esprit et méthode des réformes de la régulation financière dans l'Union européenne après la crise », *BJB*, n°7-8, 2015, p.338.

⁷⁵² *v. supra* n°232.

⁷⁵³ Régl. Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, préc.

⁷⁵⁴ VABRES (R.), « Autorité Bancaire Européenne et Union Bancaire », *op. cit.*, p.189.

⁷⁵⁵ BCE, *Rapport annuel de la BCE sur ses activités de surveillance prudentielle en 2014 – Avant-propos de Mario Draghi, président de la BCE*, Banque Centrale Européenne, Mars 2015, en ligne :

recommandations du Comité de Bâle qui mettent en exergue l'insuffisance de la supervision des groupes bancaires internationaux par les seules autorités nationales pour évaluer et anticiper les risques systémiques qu'ils présentent⁷⁵⁶. Ainsi, avant l'instauration du MSU, une coordination renforcée subsistait entre les superviseurs nationaux concernés par les différentes entités d'un même groupe et se manifestait par le biais de collèges de superviseurs prenant des décisions conjointes. Ce mode de fonctionnement va être revu en profondeur, suite au transfert de souveraineté opéré au profit de la BCE.

287. La BCE, se substituant aux autorités des États membres de la zone euro, est investie du pouvoir de supervision directe des banques dites importantes⁷⁵⁷ dont les critères ont été évoqués précédemment⁷⁵⁸ et récupère en sus « en cas d'activités couvertes par le passeport européen, la surveillance prudentielle sur les établissements établis hors de la zone euro »⁷⁵⁹. Ce nouveau système de surveillance bancaire rompt le lien établi entre les ANR et leurs professionnels régulés même si les régulateurs nationaux restent en charge de la supervision directe des établissements moins importants. Il en résulte que les ANR assistent la BCE dans sa mission de surveillance prudentielle et suivent les instructions données par l'autorité européenne⁷⁶⁰. La BCE se présente donc comme le point d'entrée pour toute demande et opère avec une équipe de surveillance prudentielle conjointe, la *Joint Supervisory Team (JST)*, mise en place pour chaque entité ou groupe bancaire important. Chaque équipe est composée d'un coordinateur JST de la BCE, assisté d'un ou de plusieurs délégués nationaux à la coordination provenant des ANR⁷⁶¹. Ce concept d'équipes conjointes est au cœur du fonctionnement du MSU, où se combinent les connaissances des contrôleurs nationaux et l'expérience de la BCE. Cette collaboration entre les autorités européennes et nationales se renforce au quotidien, réaffirmant la volonté de donner aux banques d'importance systémique un mandat européen. Ce rapprochement a également des répercussions à l'encontre des établissements moins importants puisque la BCE peut adresser des instructions générales aux ANR en matière de surveillance prudentielle et « conserve des pouvoirs d'enquête pouvant concerner l'ensemble des banques soumises à la surveillance »⁷⁶². Ainsi, l'UE dispose, pour la première fois de son

<<https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmar2014.fr.pdf?b9286ed5d10575fa1d3ae6d826a9cfe8>>.

⁷⁵⁶ MOREL-MAROGER (J.), « Vers une coopération renforcée des superviseurs bancaires par les groupes bancaires internationaux ? », *RISF* 2014/2, p.83.

⁷⁵⁷ Art. 4 du Régl. Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, préc.

⁷⁵⁸ v. *supra* n°231.

⁷⁵⁹ BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p.159 : « Cette coopération est étroitement encadrée et implique en particulier que les autorités de ces Etats respectent les orientations et demandes de la BCE. Elle reste cependant facultative : elle suppose une démarche de la part de ces Etats non membres de la zone euro. ».

⁷⁶⁰ Art. 6 du Régl. Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, préc.

⁷⁶¹ BCE, *Rapport annuel de la BCE sur ses activités de surveillance prudentielle en 2014*, op. cit., p.22.

⁷⁶² *Ibid.*, p.5.

histoire, d'une autorité de contrôle bancaire d'envergure européenne qui laisse supposer de nouvelles avancées et une harmonisation de l'environnement réglementaire des banques.

288. Il reste à s'interroger sur le devenir de la diversité actuelle des dispositifs de régulation face à l'intensification des relations entre autorités nationales et européennes⁷⁶³. Bien que l'organisation de la surveillance prudentielle repose essentiellement sur la proximité et les contacts étroits des ANR avec les professionnelles régulés, on peut envisager que le transfert de souveraineté des autorités nationales vers la BCE ne s'arrêtera pas là. Les étapes qui ont été franchies jusqu'ici laissent à penser que le déploiement d'un modèle institutionnel d'autorité européenne de régulation est à prévoir. Face à la diversité des systèmes nationaux de régulation, le niveau européen de régulation est privilégié. Aussi est-il vraisemblable que l'uniformisation des dispositifs de régulation nationaux et l'organisation des relations entre régulateurs sera au cœur des préoccupations de demain.

289. Le déploiement d'une nouvelle architecture de la supervision bancaire et financière a abouti à une redistribution verticale des rôles et responsabilités des ANR, en partie liée à la création de trois AES et au renforcement des prérogatives de la BCE. Cette coopération verticale contribue à alimenter la construction normative du secteur avec la production de *soft law*, émis par les ANR et les AES. A cet égard, on peut observer que des mutations ont également été opérées du côté des professionnels régulés, qui ont eux-aussi veillé à intégrer en leur sein, des initiatives de régulation privées manifestées par le recours massif au droit souple. En accordant une attention particulière à la fonction de conformité, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, ont trouvé le moyen de s'adapter pour prolonger efficacement l'action de régulation jusque dans l'entreprise (§2).

§2 La mutation profonde de la fonction de conformité au sein des banques

290. Suite à la mise en place de cette nouvelle architecture institutionnelle de la supervision bancaire et financière et au recours massif à la procédure législative ordinaire pour réformer le secteur, une métamorphose dans la structure organisationnelle des banques a vu le jour au cours de ces dernières années. La pratique du métier de banquier a fortement évolué (A.) vers le renforcement et la montée en puissance de la fonction de conformité au sein des banques (B.).

A. Les changements dans la pratique du métier de banquier

291. Le contexte économique dans lequel les banques évoluent, influe de jour en jour sur l'organisation de la fonction de conformité (1.) créant par là même de nouvelles obligations de vigilance à la charge du banquier (2.).

⁷⁶³ IDOUX (P.), « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », *RDP*, 2014, p.290.

1. Contexte économique et évolutions de la fonction de conformité

292. Avant de déterminer l'impact des changements structurels et technologiques sur le périmètre de la fonction de conformité (b.), il y a lieu de revenir sur l'apparition même de la fonction au sein des banques (a.).

a) L'apparition de la fonction de responsable de la conformité au sein des banques

293. Depuis plusieurs années, de nouveaux métiers liés à la fonction de conformité ont fait leur apparition au sein des banques, face à un environnement législatif et réglementaire en perpétuelle évolution. Si la fonction de conformité fait à ce jour pleinement partie du paysage bancaire français, elle se conçoit aujourd'hui de manière bien différente par rapport à l'époque où elle était envisagée par le Règlement général de l'AMF (anciennement Conseil des marchés financiers). En effet, à l'aube des années 2000, seules les banques exerçant ou proposant des services d'investissement avaient désigné un responsable de la conformité des services d'investissement (RCSI) dont la principale fonction consistait à « assurer le respect des règles applicables à l'exercice de services d'investissement, de services assimilés et de services connexes par le prestataire et l'ensemble de ses salariés et mandataires. »⁷⁶⁴. Le RCSI était dûment habilité à exercer cette fonction après la délivrance d'une carte professionnelle et l'assurance de son honorabilité, de sa connaissance des règles de bonne conduite et de sa compétence professionnelle⁷⁶⁵. Cela signifie, qu'en dehors des activités de banque de financement et d'investissement, la fonction de conformité ne s'était que très rarement matérialisée au sein des établissements de crédit français. Il a fallu attendre la modification du Règlement 97-02 par un arrêté ministériel du 17 juin 2005 pour instituer l'organisation du contrôle interne et la fonction de responsable de la conformité au sein des établissements bancaires⁷⁶⁶.

294. En parallèle, la transposition en droit français des accords de « Bâle II »⁷⁶⁷ a permis de renforcer davantage la fonction en charge de la prévention et du contrôle des risques pour assurer un suivi réel du risque opérationnel. Ces évolutions, portant sur le risque opérationnel et l'amélioration du dispositif de contrôle interne des banques, se confirment avec le déploiement des accords de « Bâle III »⁷⁶⁸ venant affiner les niveaux de fonds propres requis

⁷⁶⁴ Art. 2-4-1, Régl. gén. AMF tel que modifié par l'arrêté ministériel du 2 mai 2002 portant homologation de modifications du règlement général du Conseil des Marchés Financiers, JO n°105, 5 mai 2002, p.8612.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, Art. 2-4-3.

⁷⁶⁶ Arrêté ministériel, 17 juin 2005 relatif au cantonnement des fonds de la clientèle des entreprises d'investissement, modifiant le Règl. n°97-02, 21 févr. 1997 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, JO n°147, 25 juin 2005, p.10569.

⁷⁶⁷ v. *supra* n°180.

⁷⁶⁸ v. *supra* n°227.

pour assurer la solvabilité des établissements bancaires. Plus récemment, la fonction de conformité a fait son apparition au sein des sociétés et organismes d'assurance avec l'entrée en vigueur de la directive européenne « Solvabilité 2 »⁷⁶⁹. Dès lors, l'article 46 de la directive inscrit la conformité dans le sous-ensemble du système de contrôle interne avec une mission principale de conseil auprès de l'organe de direction.

295. Au niveau national, l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur bancaire est une étape déterminante dans la transposition de la directive CRD IV⁷⁷⁰ et l'intégration au sein du Code monétaire et financier des volets gouvernance et contrôle interne de la directive⁷⁷¹. De leur côté, les régulateurs du secteur financier n'hésitent pas à ancrer la fonction de conformité plus en profondeur, en apportant des précisions en termes de responsabilité et d'organisation du métier de RCSI au sein des établissements prestataires de services d'investissement (PSI), et de responsable de la conformité et du contrôle interne (RCCI) au sein des sociétés de gestion de portefeuille. Ainsi, il résulte de la position de l'AMF n°2012-17 un certain nombre d'exigences tenant aux obligations de contrôle et de déclaration de la fonction qui sont nécessaires, pour le régulateur, à l'efficacité de la profession⁷⁷². Par ailleurs, on peut observer que le périmètre de la fonction de conformité a fortement évolué au regard des changements structurels et technologiques qui l'ont impactée.

b) L'impact des changements structurels et technologiques sur le périmètre de la fonction de conformité

296. La pratique du métier de banquier s'éloigne aujourd'hui de plus en plus de la fonction traditionnelle du prêteur, dispensateur de crédit. Les récents changements structurels et technologiques ont eu des répercussions significatives sur les établissements bancaires dans la prise en compte du risque de non-conformité. En effet, depuis quelques années, la fonction de conformité tient une place stratégique au sein des banques du fait de l'accroissement permanent de la réglementation vers une tendance à l'hyper-réglementation des activités bancaires et financières. Cet afflux constant de réglementation s'est accéléré suite à la crise des *subprimes*⁷⁷³ qui a permis une prise de conscience générale quant à l'instabilité et à la fragilité du système bancaire et financier. C'est dans ce contexte de crise internationale que

⁷⁶⁹ Dir. Parl. et Cons. n°2009/138 (UE), 25 nov. 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), *JOUE* 17 déc. 2009, n°L335/1.

⁷⁷⁰ v. *supra* n°237.

⁷⁷¹ Ord. n°2014-158, 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JO* n°0044, 21 févr. 2014, p.3022.

⁷⁷² AMF, *Position AMF n°2012-17, Exigences relatives à la fonction de conformité*, Autorité des Marchés Financiers, 26 nov. 2012, modifié le 1^{er} août 2014, en ligne : <http://www.afg.asso.fr/wp-content/uploads/2014/08/2014_08_01_Position%20AMF%20n%C2%B02012-07%20-%20conformite.pdf>.

⁷⁷³ v. *supra* n°189.

l'ACPR (auparavant ACP) a été créée le 21 janvier 2010, pour répondre à l'objectif d'instauration d'une « autorité de supervision forte, disposant d'une vision globale du secteur financier (banque et assurance) »⁷⁷⁴. Dès lors, l'attention particulière du régulateur bancaire français se porte davantage sur les sujets relatifs à la protection de la clientèle, à la lutte contre le financement du terrorisme etc., qui vont être par la suite à l'origine de plusieurs sanctions pécuniaires prononcées et publiées à l'encontre des établissements de crédit⁷⁷⁵. Cette tendance se confirme au travers d'une forte judiciarisation de la société qui impose aux établissements bancaires une vigilance constante quant aux opérations menées⁷⁷⁶. L'instauration de l'action de groupe avec la mise en place de la loi Hamon⁷⁷⁷ en 2014, en est une bonne illustration. Plusieurs associations agréées de consommateurs n'ont pas hésité à recourir à l'action de groupe pour assigner en justice de grands groupes bancaires français⁷⁷⁸. Le déploiement de l'action de groupe en France conduit nécessairement à élargir et faciliter les possibilités de recours collectifs des victimes et exerce de ce fait une pression supplémentaire sur les professionnels du secteur qui doivent se conformer « spontanément » à leurs obligations réglementaires et législatives⁷⁷⁹. Cette voie de recours à la disposition des victimes est une arme redoutable de dissuasion qui pousse les établissements à s'abstenir de commettre des pratiques commerciales trompeuses ou anti-concurrentielles. La fonction de conformité doit tenir compte du risque réputationnel au cœur de son programme de conformité pour renforcer la confiance et l'adhésion de ses clients.

⁷⁷⁴ ACPR, « Historique de l'ACPR », Août 2017, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/lacpr/presentation/historique-de-lacpr>>.

⁷⁷⁵ À titre d'exemple, Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2016-07*, 19 juill. 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/20170721-decision-sanction-sg.pdf> : La Commission des sanctions a prononcé, à l'encontre de la Société Générale, un blâme assorti d'une sanction pécuniaire de cinq millions d'euros. Ces sanctions répriment plusieurs insuffisances importantes, constatées lors d'un contrôle réalisé en 2015, du dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT) en France de cet établissement et, plus particulièrement, de son organisation en matière de déclarations de soupçon à Tracfin.

⁷⁷⁶ Observatoire des métiers de la banque, « Les métiers de la conformité dans la banque », Oct. 2015, en ligne : <http://www.observatoire-metiers-banque.fr/f/etudes/sf/plus/s/metiers_conformite>.

⁷⁷⁷ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, *JO* n°0065, 18 mars 2014, p.5400.

⁷⁷⁸ À titre d'exemple, Le Figaro, « La CLCV lance une action de groupe contre BNP Paribas », 16 nov. 2016, en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/conso/2016/11/16/20010-20161116ARTFIG00263-la-clcv-lance-une-action-de-groupe-contre-bnp-paribas.php>> : L'association de consommateurs CLCV a lancé une action de groupe à l'encontre de BNP-Paribas Personal Finance pour la commercialisation entre 2008 et 2010 de prêts en francs suisses à près de 4655 clients ; Le Figaro, « UFC-Que Choisir engage une action de groupe contre Natixis », 7 mars 2018, en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/2018/03/07/97002-20180307FILWWW00288-ufc-que-choisir-engage-une-action-de-groupe-contre-natixis.php>> : L'association UFC-Que Choisir engage une action de groupe à l'encontre de Natixis Asset Management afin d'indemniser les consommateurs ayant souscrit à des fonds générant des dépassement de frais de gestion.

⁷⁷⁹ PRIETO (C.), « Actions de groupe et pratiques anticoncurrentielles: perspectives d'évolution... au Royaume-Uni », *D.*, 2008, p.232.

297. La diversification des activités et des produits au cœur du modèle de la banque universelle⁷⁸⁰ française implique que les établissements bancaires surveillent au quotidien le respect des lois et réglementations qui leurs sont applicables pour éviter tout risque de sanction de la part des autorités de régulation. La variété des offres et des publicités s'étoffe en permanence pour proposer à l'emprunteur de nouveaux instruments financiers toujours plus sophistiqués et innovants⁷⁸¹. La digitalisation des métiers de la banque et de la finance fait son entrée et génère de nouveaux points d'attention à la charge des acteurs du secteur, en matière notamment de protection et de conservation des données personnelles. Le Règlement Général de Protection des Données Personnelles (« RGPD »)⁷⁸² impose dans ce sens, la mise en place de programme de conformité en adoptant une logique nouvelle avec l'obligation pour le responsable de traitement de mettre en oeuvre des « mesures techniques et organisationnelles appropriées » en lieu et place des déclarations faites à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)⁷⁸³. Cette logique de conformité s'appuie sur l'essor des instruments de droit souple émis par la CNIL, guidant les professionnels dans le traitement des problématiques de protection des données et la nouvelle loi informatique et libertés⁷⁸⁴ qui ré définit les missions et les pouvoirs de la CNIL en cohérence avec le RGPD⁷⁸⁵.

298. Dans ce contexte, la fonction de conformité a vu son périmètre s'élargir grandement pour couvrir l'actualité législative et réglementaire. À cet effet, plusieurs activités peuvent être identifiées comme étant au cœur du dispositif de conformité. La lutte contre le crime financier est au centre des préoccupations des banques et comprend toutes les thématiques relatives à la LCB-FT, à la lutte contre la corruption, aux respects des sanctions internationales, et aux mesures de gel des avoirs et embargos. Plusieurs établissements bancaires ont également déployé au sein de la fonction de conformité des équipes spécialisées dans la protection de la clientèle qui ont la responsabilité du traitement des réclamations-clients, de la surveillance des intermédiaires⁷⁸⁶ ou encore du respect du droit de la consommation tout au long du cycle de vie du produit.

299. L'élargissement du périmètre et des domaines d'expertise couverts par la fonction de conformité créent inévitablement de nouveaux devoirs de vigilance à la charge du banquier (2.).

⁷⁸⁰ v. *supra* n°224.

⁷⁸¹ Observatoire des métiers de la banque, *op. cit.*, p.17.

⁷⁸² Régl. Parl. et Cons. (UE) n°2016/679, 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE, *JOUE* 4 mai 2016, n°L119/1.

⁷⁸³ FAUVARQUE-COSSON, « Protection des données personnelles », *D.*, 2018, p.1033.

⁷⁸⁴ Loi n° 2018-493, 20 juin 2018 relative à la protection des données, *JO* n°0141, 21 juin 2018.

⁷⁸⁵ MAXWELL (W.), ZOLYNSKI (C.), « Protection des données personnelles », *D.* 2019, p.1673.

⁷⁸⁶ La notion d'intermédiaires inclut les Intermédiaires ou Mandataires en Opérations de Banque et Services de Paiement (IOBSP ou MOBSP) dans le cas où la distribution de produits est réalisée au travers de courtiers, concessions partenaires, etc.

2. Les nouvelles obligations de vigilance à la charge du banquier

300. Il pèse à la charge du banquier un devoir général de vigilance, corollaire de l'obligation de mise en garde (a.) qui s'articule avec un devoir spécial en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (b.).

a) Le devoir général de vigilance du banquier, corollaire de l'obligation de mise en garde

301. Les établissements bancaires, exposés au risque de crédit, demeurent libres d'octroyer ou non un crédit, en dehors de l'exception du droit au compte et aux services bancaires de base prévue par la loi⁷⁸⁷. Si la jurisprudence s'est prononcée dans un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 octobre 2006⁷⁸⁸ sur la liberté de l'établissement de crédit à accorder ou refuser un prêt sans avoir à se justifier, plusieurs obligations professionnelles pèsent néanmoins à la charge du banquier. À cet effet, on peut se demander s'il existe une obligation à la charge du banquier « Prêteur responsable »⁷⁸⁹ de consentir un crédit qui soit adapté à la capacité financière et au besoin de l'emprunteur⁷⁹⁰. Cette question a été tranchée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt *Jauleski* du 12 juillet 2005⁷⁹¹ puis confirmée par la chambre commerciale⁷⁹² et la chambre mixte de la Haute juridiction⁷⁹³, faisant naître à la charge du banquier un devoir de mise en garde. Conçue à l'origine sous le couvert du devoir de vigilance, l'obligation de mise en garde est aujourd'hui une obligation autonome qui se traduit par le devoir d'alerter l'emprunteur profane

⁷⁸⁷ C.monét.fin. art. L.312-1 et s.

⁷⁸⁸ Cass.ass.plén., 9 oct. 2006, pourvoi n°06-11.056, *Bull.ass.plén.*, n°11, *RTD Com.* 2007, p.207, obs. LEGEAIS (D.), *JCP E* 2006, II, 10175, note BONNEAU (Th.).

⁷⁸⁹ LEGEAIS (D.), « Crédit à la consommation - Crédit responsable », *RDBF* n°2, Mars 2012, p.10 : « Un crédit responsable ne pouvant exister en lui-même, le concept peut désigner un crédit consenti de manière responsable, c'est-à-dire adapté aux besoins de l'emprunteur, un prêteur responsable ou un emprunteur responsable. » ; LAGARDE (X.), « Le crédit responsable », *RDBF* n°5, Sept.-oct 2007, Doss. 20, p.72 : « le crédit responsable s'appréciera en considération du respect des attentes du client. Il ne s'agira pas seulement de vérifier l'importance du taux d'endettement. Il faudra s'assurer du sérieux des pratiques suivies par la banque et notamment de la formation de son personnel. Ce dernier doit être à l'écoute du client lors de la distribution du crédit, mais également en cours d'exécution, en proposant des solutions adaptées aux emprunteurs en difficulté. » ; COHEN (E.-C.), « Les principes d'un crédit responsable : la vision d'un prêteur GE Money Bank », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 21, p.73 ; BOUJEKA (A.), « Le crédit responsable en droit communautaire », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 22, p.76.

⁷⁹⁰ CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), *Finance et Éthique*, Lamy, 2013 p.45-57.

⁷⁹¹ Cass.1^{re} civ., 12 juill. 2005, pourvoi n°03-10.921, *Bull.civ. I*, n°327, *D.* 2005 AJ, p.2276, obs. DELPECH (X.), *RTD Com.* 2005, p.820, obs. LEGEAIS (D.), *JCP G* 2005, II, 10140, note GOURIO (A.).

⁷⁹² Cass.com. 3 mai 2006, pourvoi n°04-15.517, 02-11.211 et 04-19-315, *Bull.civ. IV*, n°101, n°102 et n°103, *Banque et droit* 2006, n°108, p.53, obs. RONTCHEVSKY (N.), *D.* 2006, aff. p.1445, obs. DELPECH (X.) ; Cass.com. 20 juin 2006, pourvoi n°04-14.114, *Bull.civ. IV*, n°145, *JCP E* 2006, n°2271, note LEGEAIS (D.).

⁷⁹³ Cass.ch.mixte. 29 juin 2007, pourvoi n°05-21.104 et 06-11.673, *Bull. ch. Mixte* n°7 et 8, *D.* 2007, jur., p.2081, note PIEDELIEVRE (P.), *JCP G* 2007, II, 10146, note GOURIO (A.), *JCP E* 2007, n°2105, note LEGEAIS (D.).

sur les risques de l'opération envisagée par le biais d'une information renforcée⁷⁹⁴. Dès lors, pour la Cour de cassation, le manquement du devoir de mise en garde du banquier ne peut être invoqué qu'en cas d'un risque de surendettement de l'emprunteur⁷⁹⁵. Il incombe ainsi au banquier de consulter les trois fichiers d'incidents de paiements alimentés par la Banque de France⁷⁹⁶ : le Fichier national des Incidents de remboursements des Crédits aux Particuliers (FICP)⁷⁹⁷, le Fichier Central des Chèques (FCC), ou encore le Fichier National des Chèques Irréguliers (FNCI) avant d'octroyer un crédit à un emprunteur déjà trop endetté. Les professionnels doivent assurer un devoir de mise en garde pour éviter les risques liés au crédit et principalement celui du surendettement⁷⁹⁸.

302. L'information n'est pas la seule obligation qui s'impose au prêteur⁷⁹⁹ : un devoir général de vigilance incombe également au banquier, qu'il convient de ne pas confondre avec les obligations légales et réglementaires prévues en matière de LCB-FT. Ainsi, tout au long de la relation d'affaires, le prêteur est tenu d'effectuer un certain nombre de contrôles et de vérifications au titre de cette obligation générale de prudence. Chaque établissement bancaire ou financier doit être attentif aux opérations de ses clients et déterminer un niveau d'alerte quand une opération s'avère anormale et/ou que des anomalies évidentes sont constatées au stade de l'ouverture du compte ou encore dans le cadre de son fonctionnement. Cette obligation de vigilance s'effectue à travers la surveillance attentive par le prêteur du fonctionnement du compte⁸⁰⁰. Cette surveillance s'accompagne alors de la détection de toutes anomalies dites « matérielles et intellectuelles », dont les opérations de paiement et utilisation de chèques fournissent un bon nombre d'exemples⁸⁰¹. Les premières correspondent à des falsifications de titres tels qu'un chèque falsifié, tandis que les secondes relèvent d'une opération en apparence licite mais qui ne l'est pas en réalité⁸⁰², soit le cas d'un virement d'un

⁷⁹⁴ MATHEY (N.), « La portée du devoir de vigilance », *RDBF*, Sept.-oct. 2013, Doss. 48, p.93.

⁷⁹⁵ Cass.com. 3 juill. 2012, pourvoi n°11-13.665, *JurisData* n°2012-015037, *RDBF* 2012, comm. 175, obs. CREDOT (F.-J.), SAMIN (T.) ; Cass.com. 13 janv. 2015, pourvoi n°13-24.875, *JurisData* n°2015-000226, *RDBF* 2015, comm. 40, obs. LEGAIS (D.).

⁷⁹⁶ Banque de France, « Les trois fichiers d'incidents (FCC, FICP, FNCI) », 30 nov. 2016, en ligne : <<https://particuliers.banque-france.fr/fichiers-d-incidents/les-trois-fichiers-d-incidents-fcc-ficp-fnci>>.

⁷⁹⁷ Le règlement n° 2004-01 du 15 janvier 2004, modifiant le règlement du 11 avril 1990 qui institue le FICP (*JO* 26 févr. 2004), précise dans son article 3 que par incidents de paiement caractérisés il faut entendre des retards de paiement au moins équivalant à 60 jours ainsi que les retards de paiement pour lesquels l'organisme de crédit engage une procédure judiciaire ou une déchéance du terme.

⁷⁹⁸ v. dans ce sens, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), *Procédure de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*, LGDJ, 2018, p.43 et s. : Cet ouvrage détaille dans une première partie, la procédure de surendettement à travers l'étude des conditions de recevabilité de cette procédure ainsi que la demande d'admission au bénéfice des mesures de traitement du surendettement.

⁷⁹⁹ CLARET (V.-H.), « Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation », *CCC*, n°11, Nov. 2011, Études 14.

⁸⁰⁰ Cass.com. 3 juin 1998, pourvoi n°95-21.600, *Bull. civ.* 1998, IV, n°175, p.144.

⁸⁰¹ STOUFFLET (J.), GAVALDA (C.), *Droit de la banque*, PUF, 1974, p.319.

⁸⁰² BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire, op. cit.*, p.461.

montant anormalement élevé⁸⁰³. Plus récemment, dans un arrêt du 12 juillet 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle les contours du devoir de vigilance et de prudence du banquier, qui ne concernent que les anomalies dites apparentes⁸⁰⁴. Il n'est alors pas possible de retenir la responsabilité de l'établissement bancaire pour des manquements à son obligation de vigilance, dès lors que l'encaissement ou le retrait de fonds ne constitue pas en soi une opération anormale pour une société cliente. Le banquier ne subviendrait pas à son devoir de vigilance constitué par une obligation de moyen, s'il dispensait un crédit sans s'être informé au préalable de la situation financière de l'emprunteur profane⁸⁰⁵. Cependant, il va de soi que la responsabilité du banquier ne peut être recherchée pour un préjudice qui résulterait d'une anomalie cachée. C'est le risque inhérent à l'activité bancaire qui justifie ce devoir de surveillance, les opérations de crédit ou de caisse pouvant présenter un risque important pour les tiers⁸⁰⁶.

303. En sus de ces devoirs de mise en garde et de vigilance générale, le banquier doit s'affranchir d'un devoir spécial en tant qu'agent de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

b) Le devoir spécial de vigilance du banquier, agent de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT)

304. A côté de l'obligation générale de vigilance et du devoir de mise en garde du banquier, il existe depuis une vingtaine d'années un devoir spécial de vigilance⁸⁰⁷ qui s'est développé au début des années 1990 avec la création de la cellule française de lutte anti-blanchiment Tracfin⁸⁰⁸ et la loi du 12 juillet 1990⁸⁰⁹. En effet, la législation en matière de LCB-FT s'est

⁸⁰³ Cass.com. 27 févr.1996, pourvoi n°94-15.176, *JCP E* 1998, p.321, obs. STOUFFLET (J.), GAVALDA (C.).

⁸⁰⁴ Cass.com. 12 juill. 2017, pourvoi n°15-27.891, inédit.

⁸⁰⁵ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire*, op. cit., p.462.

⁸⁰⁶ BOUCARD (F.), « Les devoirs généraux du banquier », *JCl. Com*, 25 oct. 2002, Fasc. 343.

⁸⁰⁷ C.monét.fin. art. L561-4-1 al. 1^{er} : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 appliquent les mesures de vigilance destinées à mettre en œuvre les obligations qu'elles tiennent du présent chapitre en fonction de l'évaluation des risques présentés par leurs activités en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. ».

⁸⁰⁸ TRACFIN, « Les missions de Tracfin », en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin/missions-tracfin>>. Tracfin ou Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits FINANCIERS clandestins est la cellule française de lutte anti-blanchiment. Elle a été créée en 1990 et est placée sous l'autorité du ministère de l'Action et des Comptes publics.

⁸⁰⁹ Loi n°90-614 du 12 juill. 1990, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants, *JO* n°162, 14 juill. 1990, p.8329.

considérablement renforcée depuis la transposition des 3^{ème}⁸¹⁰ et 4^{ème}⁸¹¹ directives anti-blanchiment, imposant au prêteur une obligation de prudence de plus en plus précise⁸¹². Ainsi, tout au long de la relation d'affaires, le banquier est tenu à un devoir de vigilance constante et de surveillance des opérations effectuées par son client au titre de la LCB-FT⁸¹³. Avant l'entrée en relation d'affaires, le banquier doit préalablement, à l'ouverture d'un compte, vérifier le domicile et l'identité du client⁸¹⁴. Ces diligences, imposées par la jurisprudence⁸¹⁵ puis consacrées par les textes, permettent au prêteur d'identifier et de vérifier l'identité du client mais également de recueillir toutes les informations pertinentes nécessaires à la connaissance du client⁸¹⁶. Cette connaissance du client⁸¹⁷ apparaît alors primordiale pour « apprécier si les transactions sont cohérentes avec l'activité et les avoirs du client, et donc détecter des opérations qui ne seraient pas cohérentes, justifiant des soupçons »⁸¹⁸. Il conviendra alors pour le banquier de « se renseigner auprès de son client sur l'origine des fonds et la destination de ces sommes, ainsi que sur l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie »⁸¹⁹. Cette obligation de vigilance spéciale est modulable en fonction du risque d'exposition du client au blanchiment de capitaux et financement du terrorisme et repose sur ce que l'on appelle l'approche par les risques⁸²⁰. Plus précisément, les mesures de vigilance de la relation bancaire à la charge du prêteur peuvent être simplifiées à l'égard de certains clients ou produits présentant un faible risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁸²¹. À l'inverse, le devoir de prudence peut être alourdi lorsque le risque est élevé, nécessitant alors

⁸¹⁰ Dir. Parl. et Cons. n°2005/60 (UE), 26 oct. 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JOUE* 25 nov. 2005, n°L309, transposée en droit français avec l'ord. n°2009-104, 30 janv. 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JO* n°0026, 31 janv. 2009, p.1819.

⁸¹¹ Dir. Parl. et Cons. n°2015/849 (UE), 20 mai. 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, *JOUE* 5 juin 2015, n°L141/76, transposée en droit français avec l'ord. n°2016-1635, 1^{er} déc. 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, *JO* n°0280, 2 déc. 2016, texte n°14 ; mais aussi la loi n°2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JO* n°0287, 10 déc. 2016; texte n°2.

⁸¹² MATHEY (N.), *op. cit.*

⁸¹³ C.monét.fin. art. L561-5 et L561-6.

⁸¹⁴ C.monét.fin. art. R312-2.

⁸¹⁵ Cass.1^{re} civ., 2 nov. 2005, *SARL Eggo Conseils c/ BNP-Paribas*, pourvoi n°03-109.09, *JCP G* 2005, IV, 3547.

⁸¹⁶ C.monét.fin. art. L.561-6.

⁸¹⁷ Ou KYC pour « *Know Your Customer* ».

⁸¹⁸ WERNER (P.), « La conformité comme outil de prévention du blanchiment », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 19, p.113.

⁸¹⁹ C.monét.fin. art. L561-10-2.

⁸²⁰ FERNANDEZ BOLLO (E.), MOULIN (A.), « L'approche fondée sur le risque : le point de vue du contrôleur bancaire », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 15, p.86.

⁸²¹ C.monét.fin. art. L.561-9.

des mesures de vigilance complémentaires ou renforcées⁸²². Le prêteur, dans son rôle d'agent de LCB-FT, doit également effectuer « un examen renforcé de toute opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite »⁸²³. A titre d'illustration, c'est le cas d'un retrait ou d'un dépôt d'espèces d'un montant important qui ne fait pas l'objet d'une justification suffisante de la part du client pour lever tout soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

305. Ce devoir de vigilance spécial s'accompagne d'une obligation de déclaration de soupçon à Tracfin prévue à l'article L.561-15 du Code monétaire et financier. Les établissements de crédit qui « savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner » que les sommes ou opérations inscrites dans leurs livres « proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme » doivent être déclarées à Tracfin⁸²⁴. Cette obligation de déclaration a été également étendue à la fraude fiscale⁸²⁵ et constitue le seul moyen pour le prêteur de se décharger de l'engagement de sa responsabilité civile ou pénale⁸²⁶ pour des faits de complicité.

306. Plus récemment, d'autres obligations de vigilance spéciales ont fait leur apparition et trouvent leurs sources dans les évolutions réglementaires et législatives⁸²⁷. Dans le même ordre d'idée, il incombe au banquier de respecter les mesures de gel des avoirs et les interdictions de mise à disposition telles que définies par les autorités nationales et internationales⁸²⁸. La mise en place de la réglementation fiscale américaine FATCA⁸²⁹ constitue un autre exemple récent de ces nouvelles obligations spéciales de vigilance. Cette réglementation a eu un impact direct sur les établissements de crédits français qui a conduit au déploiement de mesures de vigilance particulières permettant l'identification dans leurs livres des contribuables américains. Également en matière de lutte contre la corruption, la loi dite « Sapin II »⁸³⁰ fait naître à la charge des entreprises de plus de 500 collaborateurs et de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires des obligations de prévention et détection par le biais d'un arsenal de mesures anticorruption. Ce devoir de vigilance spéciale constitue dès lors, une

⁸²² C.monét.fin. art. L.561-10 et L.561-10-1.

⁸²³ C.monét.fin. art. L.561-10-2.

⁸²⁴ C.monét.fin. art. L.561-15 I.

⁸²⁵ C.monét.fin. art. L.561-15 II.

⁸²⁶ C.monét.fin. art. L.561-22 : Ce texte écarte toute poursuite civile ou pénale à l'encontre de l'établissement déclarant qui de bonne foi, a fait la déclaration de soupçon.

⁸²⁷ MATHEY (N.), *op. cit.*

⁸²⁸ C.monét.fin. art. L562-4.

⁸²⁹ La *Foreign Account Tax Compliance* (FATCA) est une réglementation américaine visant à lutter contre l'évasion fiscale par des contribuables américains, qui tend à collecter annuellement auprès des institutions financières étrangères les informations concernant les avoirs et revenus enregistrés sur les comptes détenus par les contribuables américains (« *US person* ») en dehors des États-Unis.

⁸³⁰ Loi n°2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin II »), JO n°0287, 10 déc. 2016.

extension du devoir général de vigilance avec un élargissement de la portée de l'obligation d'information et déclaration qui pèse sur le banquier.

307. L'ensemble de ces changements dans la pratique du métier de banquier impacte nécessairement l'organisation de la fonction de conformité au sein des établissements bancaires et contribue à renforcer son cadre structurel (B.).

B. Le renforcement de la fonction de conformité au sein de banques

308. La gestion du risque de non-conformité est au cœur du dispositif de contrôle de la conformité qui nécessite un positionnement stratégique de la fonction (2.) et des outils à la disposition des équipes de conformité qui permettent de circonscrire ce risque (1.).

1. Les outils nécessaires à l'exercice de la fonction de conformité

309. La fonction de conformité se structure à travers l'utilisation en amont par les banques d'outils de prévention et de détection (a.), mais aussi de gestion et de contrôle du risque de non-conformité (b.).

a) Les outils de prévention et de détection du risque de non-conformité

310. Les établissements bancaires ont recours à des outils de plus en plus perfectionnés pour prévenir et détecter en amont la survenance du risque de non-conformité⁸³¹. Ces outils servent de base à la mise en place de programmes de conformité et dépassent aujourd'hui le simple cadre du groupe bancaire international pour toucher des entreprises de plus petite taille mais aussi de nouveaux secteurs non-réglémentés. Les entreprises n'ont aujourd'hui pas d'autre choix que d'appréhender l'ensemble des risques qui pèsent sur leurs activités pour mieux contrôler et gérer ces risques dans un second temps. Ainsi, face à une inflation normative sans précédent, les établissements bancaires se dotent d'instruments de veille juridique pour prendre connaissance de toute l'actualité réglementaire et législative susceptible d'impacter les activités de la société, en lien avec les thématiques qui relèvent du périmètre de la fonction de conformité. Dans ce sens, les directions juridique et de conformité travaillent en étroite collaboration pour recenser les informations juridiques pertinentes et diagnostiquer les exigences réglementaires et législatives qui en découlent. Ainsi, tout changement réglementaire et/ou législatif significatif peut nécessiter la mise en place de groupe de travail pour assurer leur retranscription dans l'entreprise. Cette prise en compte impose au préalable une analyse détaillée des écarts entre les nouvelles dispositions juridiques et le dispositif existant. Cependant, la tâche peut s'avérer complexe au regard de l'afflux de réglementation et à l'échelle de grands groupes bancaires soumis à la surveillance de plusieurs autorités de régulation. De plus, il incombe aux équipes de la fonction de conformité d'effectuer une veille

⁸³¹ Observatoire des métiers de la banque, *op. cit.*, p.25.

médiatique pour déterminer tout fait d'actualité négatif à l'encontre de clients de la banque ou de l'établissement lui-même. Ce suivi médiatique trouve son importance au regard de la maîtrise du risque réputationnel pouvant entraîner des conséquences dommageables pour la société, telle qu'une détérioration de son image, la perte de clients ou prospects ou encore des scandales médiatisés.

311. Par ailleurs, la fonction de conformité a la charge de transposer les exigences réglementaires et législatives identifiées lors de la veille juridique au sein d'un corpus de polices et de procédures internes. Ce corpus constitue un instrument supplémentaire à la disposition des banques pour structurer le traitement des différentes thématiques *compliance*⁸³². En effet, l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne impose aux établissements assujettis d'adopter des procédures internes relatives au dispositif de LCB-FT⁸³³ et aux obligations de vigilance qui en résultent en matière d'identification, de connaissance du client, de vigilance complémentaire⁸³⁴, etc. Ce corpus doit également être mis à jour régulièrement et adapté à la structure organisationnelle de la banque pour « assurer le bon fonctionnement du contrôle interne »⁸³⁵. Par conséquent, l'élaboration et la mise à jour de manuels de procédures adaptés aux activités de la banque fait l'objet d'une attention particulière du régulateur bancaire français, qui n'hésite pas à sanctionner les établissements défaillants⁸³⁶. Bien que ces polices et procédures internes n'aient pas de valeur contraignante, elles reprennent les valeurs et principes détaillés dans le code de conduite ou la charte éthique de la banque auxquels chaque nouveau collaborateur adhère. Dans ce cadre, les polices et procédures constituent un ensemble de normes qui ont vocation à permettre d'une part l'effectivité des valeurs à travers la retranscription concrète des engagements pris au plus haut niveau de la direction, et d'autre part, l'application de la loi et de la réglementation qui découlent des activités de la banque. Ainsi, si d'un établissement à l'autre les terminologies diffèrent entre « polices », « politiques », « procédures », tous s'accordent sur le caractère opérationnel de ces normes qui, clairement formulées et visibles dans l'entreprise, sont utilisées à des fins de prévention et de détection du risque de non-conformité.

312. De plus, les établissements bancaires ont recours également à des outils de gestion et de contrôle du risque de non-conformité (b.).

⁸³² CHACORNAC (H.), « La mise en œuvre de dispositifs préventifs chez Siemens » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.223.

⁸³³ Art. 43 arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸³⁴ Arts. 61 à 70 arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸³⁵ Arts. 254 et 255 arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸³⁶ Commission des sanctions de l'ACPR, *Décision n°2016-06*, à l'égard BNP-PARIBAS, 30 mai 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20170601_decision_bnpp.pdf>.

b) Les outils de gestion et de contrôle du risque de non-conformité

313. L'élaboration d'une cartographie des risques de non-conformité fait partie des actions menées par les acteurs du secteur bancaire et financier pour contrôler et réagir face au risque de non-conformité. Cette initiative directement inspirée du modèle anglo-saxon de gestion des risques, a été consacré par la suite en droit français. Ainsi, l'arrêté du 3 novembre 2014 oblige les établissements concernés à identifier et à évaluer « les risques encourus au regard de facteurs internes et externes » pour déterminer leur adéquation par rapport aux évolutions de l'activité⁸³⁷. Puis, la loi dite « Sapin II »⁸³⁸ du 9 décembre 2016 et la loi dite « Vigilance » du 23 mars 2017⁸³⁹ font apparaître clairement la notion de « cartographie des risques » en droit français et la placent au centre des mécanismes de *compliance*. Dès lors, cet exercice consiste à identifier et à hiérarchiser les zones de risques de non-conformité qui peuvent apparaître dans l'entreprise pour déterminer, dans un second temps, un pilotage ciblé de ces risques⁸⁴⁰. Ainsi, pour visualiser l'exposition aux risques de non-conformité d'un établissement, il est nécessaire tout d'abord d'appréhender pour chaque type de risques (tels que les risques de corruption, de blanchiment de capitaux, de non-respect de la protection de la clientèle, de sanctions internationales, etc.), l'environnement réglementaire, la nature des activités de l'entreprise et l'attention portée par les régulateurs sur ces thématiques. La combinaison de ces facteurs internes et externes permet d'évaluer le risque dit « inhérent » et de définir une note pour chaque type de risques de non-conformité. La note alors obtenue est ensuite pondérée par le dispositif de contrôles permanent et périodique mis en place par l'établissement pour renforcer la maîtrise de ces risques. Il en résulte une note finale correspondant au risque dit « résiduel », qui permet d'évaluer le risque auquel l'établissement est exposé après la prise en compte de contrôles mis en œuvre par le management. Cette méthode de calcul sert à concevoir des profils de risques de non-conformité de la banque en mesurant l'occurrence et en appréhendant leur niveau de sévérité. Par ce biais, les établissements bancaires et financiers repèrent et évaluent *ex ante* le risque de non-respect de leurs obligations en anticipation de leur violation⁸⁴¹. Cet outil permet une meilleure localisation des risques de non-conformité et par voie de conséquence une gestion constante de ces risques par l'entreprise et ne constitue en aucun cas l'équivalent structurel du lanceur d'alerte ou encore le moyen de véhiculer une « information alarmante »⁸⁴². Bien au contraire, cette nouvelle forme d'information est un pilier fondamental du programme de conformité qui doit se mettre en place et s'axer autour de ces

⁸³⁷ Art. 100 et 102, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸³⁸ *v. supra* n°306 et *infra* n°429.

⁸³⁹ Loi n°2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (dite « Vigilance »), JO n°0074, 28 mars 2017.

⁸⁴⁰ Observatoire des métiers de la banque, *op. cit.*, p.25.

⁸⁴¹ FRISON-ROCHE (M-A), « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *D.*, 2019, p.2432.

⁸⁴² *Ibidem*.

risques de non-conformité, mis en lumière auprès des plus hautes instances de direction grâce à cet exercice de cartographie des risques.

314. Le déploiement d'une cartographie des risques de non-conformité est utilisé comme préambule à la mise en œuvre de plans annuels de conformité à partir desquels découlent toutes les actions de diffusion de la culture *compliance*, mais aussi de contrôles de la conformité. En effet, la direction de la conformité doit concentrer ses efforts sur les zones de risques identifiées par la cartographie. Le plan annuel de formation et de communication de l'établissement doit être revu et modifié chaque année pour accroître la sensibilisation des collaborateurs sur les problématiques de conformité qu'il convient de prioriser. Il en va de même pour le suivi des risques de non-conformité qui doit faire l'objet d'une attention particulière à travers la mise en place d'un plan de contrôles de la conformité sur les activités sensibles et les produits à risques.

315. Cette obligation est également assortie d'autres contraintes qui sont circonscrites aujourd'hui à la LCB-FT. Ainsi, l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne impose aux entreprises assujetties de se doter d'une « classification des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme » des clients de l'établissement⁸⁴³ qui répond à des critères bien précis⁸⁴⁴. Comme mentionné dans le Code monétaire et financier, la classification doit être présentée par « activité selon le degré d'exposition à ces risques, apprécié en fonction notamment de la nature des produits ou des services offerts, des conditions des transactions proposées, des canaux de distribution utilisés ainsi que des caractéristiques des clients »⁸⁴⁵. Il incombe également aux organismes assujettis, sous peine de sanction du régulateur bancaire français⁸⁴⁶, d'adapter la classification des risques des clients à chaque entité du groupe et de la mettre à jour selon une fréquence régulière à travers l'élaboration de règles pertinentes à l'égard de l'activité et des risques encourus. La mise en place de ces outils de gestion et de contrôle du risque de non-conformité représente donc un coût colossal⁸⁴⁷ pour les établissements qui doivent satisfaire aux exigences du régulateur coûte que coûte. Pour autant, il va de soi que le risque de BC-FT est moins significatif sur les opérations de marché qu'au sein de la banque de détails ou encore de la banque privée avec une clientèle de particuliers fortunés. En l'absence d'une réelle prise de conscience par le régulateur quant à la nécessité d'adapter les exigences de conformité au regard du risque auquel chaque établissement est

⁸⁴³ Art. 43, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸⁴⁴ Arts. 57 à 60, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸⁴⁵ C.monét.fin. art. R.561-38.

⁸⁴⁶ Commission des sanctions de l'ACPR, *Décision n°2016-09*, à l'égard CAISSE RÉGIONALE DE CRÉDIT AGRICOLE MUTUEL ATLANTIQUE VENDÉE, 30 juin 2017, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/10/13/20170704-decision-sanction-crcam-av.pdf>>.

⁸⁴⁷ v. *infra* n°657.

confronté, on peut d'ores et déjà envisager la perte de compétitivité du modèle bancaire actuel, voir son effondrement à plus long terme.

316. En somme, la fonction de conformité occupe une place de plus en plus significative au sein des établissements bancaires dont il convient d'envisager le positionnement (2.).

2. Le positionnement de la conformité au sein des banques

317. L'organisation de la conformité diffère sensiblement d'un établissement bancaire à l'autre si l'on tient compte de la taille, de l'activité ou encore de l'appétence au risque de l'entreprise. Néanmoins, l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne donne un premier cadre au positionnement du dispositif de contrôle de la conformité au sein des organismes assujettis. En effet, la réglementation prévoit explicitement que le responsable du contrôle de la conformité soit rattaché aux plus hautes instances de la direction et rende compte directement de sa mission à l'organe de surveillance et, le cas échéant, au comité des risques⁸⁴⁸. Ainsi, dans plusieurs grands établissements, les comités des risques des conseils d'administration réservent à la *compliance* une place importante. Celle-ci est également à l'ordre du jour des comités de direction⁸⁴⁹. Cette position privilégiée à proximité de la direction générale témoigne d'une volonté de placer le dispositif de conformité au cœur de l'établissement bancaire. Pour ce faire, l'impulsion doit être donnée par le plus haut niveau de direction à travers un message clair et fort incarné par le dirigeant, qui consacre l'expression américaine du « *Tone from the top* »⁸⁵⁰. La culture de l'exemplarité et de la conformité doit être insufflée dans toute l'entreprise, y compris au sein des filiales et succursales situées à l'étranger où un contrôle de la conformité de leurs opérations doit être mis en place⁸⁵¹. Ainsi, le point d'ancrage de la conformité doit être situé au niveau de la société mère près des instances décisionnelles pour maintenir des exigences fortes en la matière et reprises en cascade par le management.

318. Par ailleurs, on peut constater aujourd'hui que les autorités de régulation sont très attachées à l'indépendance de la direction de la conformité, en ce qu'elle doit constituer une fonction à part entière. À cet effet, la Commission des sanctions de l'AMF n'hésite pas à rappeler dans une décision rendue à l'encontre de la Société Générale Asset Management (SGAM), le manque d'indépendance de la fonction conformité « en raison de son rattachement au même responsable que celui des risques et du rôle actif de ce même responsable dans les

⁸⁴⁸ Arts. 30 et 31, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸⁴⁹ DELHAYE (C.), « La compliance, plus d'une défense de l'éthique à la compliance », *le journal du management juridique et réglementaire*, n°69, mars-avr. 2019, p.63.

⁸⁵⁰ CHACORNAC (H.), *op. cit.*, p.223-227 : Expression traduite de l'anglais par « l'exemple vient d'en haut ».

⁸⁵¹ Arts. 41, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

opérations de transfert de portefeuille »⁸⁵². Ainsi, certains groupes bancaires, pour garantir l'indépendance de la fonction, veillent au rattachement hiérarchique des équipes de conformité à la direction générale mais aussi à leur rattachement fonctionnel à la conformité dite « Groupe ». Pour autant, l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne admet que la responsabilité du dispositif de contrôle de la conformité soit confiée au responsable du contrôle permanent lorsque la taille de l'établissement ne justifie pas de déléguer cette responsabilité à une autre personne⁸⁵³. Dans ce sens, plusieurs établissements ont fait le choix de rassembler la fonction de conformité au sein des fonctions de contrôle permanent ou encore de gestion des risques, le risque de non-conformité faisant partie intégrante des risques opérationnels⁸⁵⁴. Ce positionnement diffère sensiblement de celui observé il y a quelques années lorsque les équipes de conformité étaient le plus souvent rattachées à la direction juridique.

319. Il est nécessaire de préciser que la légitimité de la fonction de conformité tient à son adéquation avec la réglementation qui la prévoit⁸⁵⁵. Ainsi, il est indispensable que le dispositif de conformité soit conçu de manière à répondre aux exigences de la réglementation bancaire et intègre par là même, le contrôle permanent du dispositif de LCB-FT⁸⁵⁶. En effet, l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne précise clairement que le contrôle permanent du dispositif LCB-FT relève de la responsabilité des équipes de conformité et ne peut être détaché à aucune autre fonction. Cela signifie que la fonction de conformité doit être organisée en silos en fonction des thématiques de conformité et disposer d'équipes spécifiquement dédiées à la LCB-FT qui sont enregistrées nominativement auprès de Tracfin et des autorités de contrôle comme déclarant et correspondant⁸⁵⁷ dans le cadre de leur mission de déclaration de soupçon⁸⁵⁸. On observe dans certains grands groupes bancaires que les équipes dédiées à la LCB-FT peuvent exercer leurs responsabilités de manière transverse au sein d'une organisation centrale de la conformité, comparativement aux équipes de conformité spécialisées au sein d'une ligne de métiers ou d'un secteur de la banque, qui elles interviennent le plus souvent auprès des équipes opérationnelles⁸⁵⁹.

⁸⁵² Commission des sanctions de l'AMF, *Décision à l'égard la Société Générale Asset Management (SGAM)*, 7 oct. 2011, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/D%C3%A9cision%20de%20la%20Commission%20des%20sanctions%20du%207%20octobre%202011%20%C3%A0%20l'égard%20de%20la%20soci%C3%A9t%C3%A9%20de%20gestion%20de%20portefeuille%20SOCIETE%20GENERALE%20ASSET%20MANAGEMENT%20(SGAM).pdf>: Sur ce fondement et d'autres griefs retenus, la SGAM a été condamnée à une sanction pécuniaire d'un million d'euros.

⁸⁵³ Arts. 32, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸⁵⁴ Observatoire des métiers de la banque, *op. cit.*, p.30.

⁸⁵⁵ LOUISE (J.-P.), RIBAY (F.), *La conformité bancaire en pratique*, Demos, 2012, p.28.

⁸⁵⁶ Arts. 71, arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

⁸⁵⁷ v. *infra* n°508.

⁸⁵⁸ C.monét.fin. art. R.561-23.

⁸⁵⁹ Observatoire des métiers de la banque, *op. cit.*, p.33.

320. Il faut retenir que la mise en place d'une nouvelle régulation bancaire et financière « post-crise » est à l'origine d'un découpage vertical des relations entre les autorités nationales et européennes. La BCE vient progressivement asseoir son autorité sur les ANR, investie du pouvoir de supervision directe des banques d'importance systémique. Cette transformation dans l'architecture de la supervision bancaire et financière ne s'est pas opérée au détriment de la production normative de *soft law*, qui reste un outil largement employé par les ANR et les AES pour réguler le secteur. Les AES dans ce sens, n'hésitent plus à renforcer l'applicabilité des normes de *soft law* qu'elles émettent, en contraignant les ANR à motiver leur refus de s'y conformer. Les acteurs publics de la supervision bancaire et financière semblent peu à peu « s'auto-attribuer » un pouvoir réglementaire qui ne dit pas son nom. La retranscription par les professionnels régulés de ce nouveau cadre normatif est à l'origine de mutations profondes dans la structure organisationnelle des banques avec le renforcement et la montée en puissance de la fonction *compliance*. Après avoir évoqué à côté de la réglementation, la place de choix laissée au *soft law* par les acteurs privés et publics de ce nouveau champ de la régulation « post-crise », il convient de s'intéresser plus largement, à la coexistence des normes de *soft law* avec les instruments juridiques classiques dans un système combinant réglementation et autorégulation (Section II).

Section II : La coexistence des normes de *soft law* avec les instruments juridiques classiques

321. Face à la diversification des sources régissant les acteurs de la scène bancaire et financière, il convient de s'interroger sur la coexistence des normes de *soft law* avec les instruments juridiques classiques. Si les frontières entre les normes de *soft law* et de *hard law* semblent bien définies, l'étanchéité qui sépare les deux catégories de normes est à relativiser avec le phénomène d'absorption du droit souple par le droit dur (§1). Pour autant, ce durcissement de la norme ne s'impose pas de manière systématique, la confrontation entre le *soft law* et le *hard law* peut générer des situations de conflit juridique où les difficultés d'imbrication persistent (§2).

*§1 La porosité des frontières entre *soft law* et *hard law**

322. Pour bien comprendre l'enchevêtrement normatif et les interactions existantes entre le *soft law* et les instruments juridiques classiques, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure le droit souple est relayé par le législateur (A.) et par le juge (B.), manifestation de sa reconnaissance dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières.

A. La réception juridique du *soft law* par le législateur

323. La meilleure façon d'illustrer l'accueil que réserve le législateur aux normes de *soft law* consiste à prendre pour exemple les règles de gouvernement d'entreprise, qui ont été tour à tour saisies par le droit des sociétés (1.) et le droit bancaire (2.).

1. Le renouvellement des sources du droit des sociétés en matière de gouvernement d'entreprise

324. Les principes de *corporate governance* ont été introduits en France par la voie de l'autorégulation (a), puis ont été progressivement consacrés par le législateur (b), posant indubitablement la question de l'équilibre entre la loi et les codes de gouvernance (c.).

a) L'introduction en France des principes de corporate governance : une douce évolution

325. Les années 1990 ont été marquées par des scandales financiers à répétition, aux États-Unis avec la faillite des entreprises Enron et Worldcom, mais également en Europe, avec la chute de Vivendi Universel et de Parmalat⁸⁶⁰. Ces affaires, largement médiatisées, ont permis une prise de conscience générale quant à la nécessité de renforcer les mécanismes de gouvernance existants⁸⁶¹. En effet, les premières mesures initiées en matière de *corporate governance*⁸⁶² proviennent d'une initiative privée aux États-Unis, et ont donné naissance à un rapport intitulé *The Role and composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation*⁸⁶³, rédigé par un groupe de 180 dirigeants de grandes entreprises américaines. En Europe, le Royaume-Uni fait office de pionnier avec la publication en 1992 du Rapport Cadbury intitulé *The financial aspects of corporate governance*⁸⁶⁴. Ce rapport constitue le premier code de gouvernance d'entreprise⁸⁶⁵ qui énonce des recommandations sur « l'organisation et le

⁸⁶⁰ Ces différents scandales financiers ont marqué les années 2000, après la révélation de malversations et de fraudes comptables sciemment orchestrées, afin de rendre impossible la traçabilité de l'argent et l'analyse des comptes.

⁸⁶¹ BREDART (X.), « Codes et lois de gouvernance : diversité et "Compliance" », *La Revue des Sciences de Gestion*, n°263-264, Sept. 2013, p.67.

⁸⁶² Terme traduit de l'anglais le plus souvent par « gouvernement d'entreprise ». v. notamment MAZUYER (E.), ASSOUMOU (K.-M.), BEN ABDALLAH (E.), BERTHILLON (F.), BORGA (N.), et al., « Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ? », Mission de recherche Droit et Justice, 2017, en ligne : <halshs-01524510>, p.13 : « L'expression "*corporate governance*" renvoie ainsi à un courant idéologique d'origine anglo-américaine ayant fortement influencé les évolutions du droit des sociétés en Europe (...) cette mouvance prône une rationalisation du fonctionnement des sociétés au service des actionnaires. Elle vise notamment à asseoir leur primauté sur les dirigeants et ainsi à s'assurer que leurs actions s'inscrivent dans le sens de l'intérêt de la société (...) » ; COURET (A.), « Le gouvernement d'entreprise : la *corporate governance* », *D.* 1995, chron. p. 163 ; DAIGRE (J.-J.), « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Dr. et patrimoine* 1996, n° 40, p. 21 ; CAUSSAIN (J.-J.), « Corporate governance : l'approche française », *RD aff. int.* 1995, p. 903.

⁸⁶³ ABA, *The Role and composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation*, American Bankers Association, 1978, en ligne : <https://www.jstor.org/stable/40685901?seq=1#page_scan_tab_contents>.

⁸⁶⁴ The Cadbury Report, *The financial aspects of corporate governance*, the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1992, en ligne : <<http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>>.

⁸⁶⁵ CHARREAUX (G.), *Le gouvernement d'entreprise. Corporate governance, théories et faits*, Economica, 1997, p.540 : la gouvernance d'entreprise représente « l'ensemble des mécanismes qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit qui "gouvernent leur conduite" et définissent leur espace discrétionnaire ».

contrôle du conseil d'administration, tirées des meilleures pratiques de place »⁸⁶⁶. À ces initiatives viennent s'ajouter celles de la France, qui dès le début des années 1990 érige un certain nombre de recommandations non-contraignantes, issues de la pratique, relatives aux modes de fonctionnement des conseils d'administration des sociétés cotées. Les premières réflexions menées aboutissent à un rapport dit « Vienot I »⁸⁶⁷ publié en juillet 1995, suivi en 1999 du Rapport dit « Vienot II »⁸⁶⁸ sur le gouvernement d'entreprise. Puis se succèdent le Rapport « Bouton »⁸⁶⁹ pour un meilleur gouvernement d'entreprise des sociétés cotées publié en 2002, et le Rapport « AFEP-MEDEF »⁸⁷⁰ d'octobre 2003 qui consolide l'ensemble des réflexions menées jusqu'alors.

326. L'introduction des principes de gouvernement d'entreprise en France a conduit à la mise en place en décembre 2008 d'un code de référence des sociétés cotées en matière de gouvernance⁸⁷¹, élaboré avec le soutien des autorités de régulation mais aussi des praticiens du secteur soumis eux-mêmes à ces nouvelles normes⁸⁷². Dans le sillage des contributions britannique et américaine, ce texte de consolidation n'est assorti d'aucune sanction et trouve sa source dans la voie de l'autorégulation, intégrant les normes de *soft law* d'origine privée⁸⁷³. En effet, c'est le comité de réflexion à l'origine du rapport « Vienot I » qui a le premier souhaité résolument éviter une intervention du législateur pour assurer la transposition des principes de *corporate governance*, estimant que les règles applicables au conseil d'administration ne nécessitent pas d'ajustement législatif. Sur ce fondement, la philosophie du rapport « Vienot I » repose sur le fait « qu'il suffit de corriger certains comportements et surtout d'attirer l'attention des administrateurs sur les responsabilités qu'ils encourent légalement et dont ils peuvent perdre conscience »⁸⁷⁴. Dans ce sens, les grands principes de *corporate governance* s'appuient

⁸⁶⁶ LETREGUILLY (H.), MADDEN (J.), « Le "soft law" en matière financière : le point de vue des praticiens », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 6, p.68.

⁸⁶⁷ v. *supra* n°92. AFEP-MEDEF, *Rapport du groupe de travail présidé par Marc Vienot sur le gouvernement d'entreprise*, Association Française des Entreprises Privée, Mouvement des Entreprises de France, 1995, en ligne : <http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf>.

⁸⁶⁸ AFEP-MEDEF, *Rapport du groupe de travail présidé par Marc Vienot sur le gouvernement d'entreprise*, Association Française des Entreprises Privée, Mouvement des Entreprises de France, 1999, en ligne : <http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf>.

⁸⁶⁹ v. *supra* n°90.

⁸⁷⁰ AFEP-MEDEF, *Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton. Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Association Française des Entreprises Privée, Mouvement des Entreprises de France, Oct. 2003, en ligne : <http://www.paris-europlace.net/files/a_09-23-02_rapport-bouton.pdf>.

⁸⁷¹ AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2008, en ligne : <http://www.ecgi.org/codes/documents/afep_medef_code_dec2008_fr.pdf>.

⁸⁷² CAUSSAIN (J.-J.), *Le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir rendu aux actionnaires*, Litec, 2005, p.72-73.

⁸⁷³ v. *supra* n°112. DOUVRELEUR (O.), « Le "soft law" en matière financière : le point de vue de l'Autorité des Marchés Financiers », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 5, p.63.

⁸⁷⁴ BISSARA (Ph.), « Les véritables enjeux sur le débat sur "le gouvernement d'entreprise" », *Rev. soc.*, Janv.-mars, 1998, p.5.

sur « la recherche d'un nouvel équilibre des pouvoirs et l'instauration d'un dialogue entre l'entreprise et les parties prenantes »⁸⁷⁵. Ce positionnement, emprunté par la suite par les autres groupes de travail, témoigne d'un véritable attachement à l'autorégulation du marché et au principe traditionnel de la pratique en France.

327. Pour autant, le législateur est intervenu par la suite pour consacrer législativement certains principes de *corporate governance* (b.).

b) La consécration législative des principes de *corporate governance*

328. Le recours à l'autorégulation ne constitue pas le seul mode de transposition en France des principes de *corporate governance*. La publication en juillet 1996 du rapport dit « Marini » intitulé *La modernisation du droit des sociétés*, réaffirme l'opportunité de réformes législatives « relativement au fonctionnement du conseil d'administration et à la mise en place de comité au sein de ce conseil »⁸⁷⁶. Plus précisément, le sénateur Marini suggère une intervention du législateur pour dissocier, de manière optionnelle, les fonctions de président du conseil d'administration de celles de directeur général. Cette proposition va être reprise dans le Rapport dit « Vienot II » puis retranscrite dans la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE)⁸⁷⁷ qui introduit pour la première fois en droit positif des principes de gouvernement d'entreprise tels que le renforcement des droits des actionnaires, ou encore de nouvelles règles de fonctionnement des organes de direction et attributions du conseil d'administration⁸⁷⁸. Dans le rayonnement de la loi NRE, la loi de sécurité financière (LSF)⁸⁷⁹ favorise à son tour plus de transparence sur les marchés financiers et veille à la bonne information des actionnaires par la rédaction de rapport annuel rendant compte de l'organisation des travaux du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance), des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société⁸⁸⁰. Il en résulte que le législateur français n'a pas voulu laisser la place uniquement à l'autorégulation mais s'est largement inspiré du *soft law* et des pratiques volontaires pour créer de nouvelles règles de droit des sociétés en droit positif⁸⁸¹.

⁸⁷⁵ LETREGUILLY (H.), « Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise », *LPA*, n°10, 14 janv. 2016, p.14.

⁸⁷⁶ CAUSSAIN (J.-J.), *op. cit.*, p.53-54.

⁸⁷⁷ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO* 16 mai 2001, p.7776.

⁸⁷⁸ VIANDIER (A.), CHARVERIAT (A.), *Sociétés et loi NRE*, 2^e éd., Francis Lefebvre, 2002, p.110 et 350 ; PARRAT (F.), *Le gouvernement d'entreprise*, Dunod, 2003, p.70.

⁸⁷⁹ v. *supra* n°92.

⁸⁸⁰ C.com. arts. L.225-37 et L.225-68 dans leurs versions en vigueur du 2 août 2003 au 27 juill. 2005.

⁸⁸¹ COURET (A.), « Orientations de l'AMF sur le contrôle interne et le gouvernement d'entreprise », *RDBF* n°2, Mars 2004, p.94.

329. Par ailleurs, la LSF a introduit au sein des sociétés de gestion de portefeuille l'obligation de rendre compte de leurs pratiques de droit de vote dans les assemblées d'actionnaires⁸⁸². Cette obligation leur impose de se conformer aux standards de bonne conduite dans leurs décisions de vote et de motiver les raisons de leur abstention⁸⁸³. Elle constitue les prémices en droit français de la mise en œuvre du principe anglo-saxon *comply or explain*⁸⁸⁴ et révèle que « le législateur a pris conscience que le respect des bonnes pratiques du gouvernement d'entreprise par les émetteurs dépendait du contrôle exercé par les investisseurs »⁸⁸⁵. Dans ce sens, le législateur est intervenu à nouveau pour étendre ce principe à l'ensemble des sociétés cotées, à l'occasion de la transposition en droit français de la directive 2006/46/CE⁸⁸⁶. À cet effet, la loi de transposition du 3 juillet 2008 offre la possibilité aux sociétés assujetties de « se référer volontairement à un code de gouvernement d'entreprise, élaboré par des organisations représentatives des entreprises »⁸⁸⁷ ou d'expliquer les raisons pour lesquelles elles ne souhaitent pas s'y conformer. Le principe *comply or explain* fait ainsi le lien logique entre la *compliance* et la gouvernance, en ce qu'il constitue « l'instrument de réalisation d'une bonne gouvernance s'inscrivant elle-même dans une démarche de *compliance* entendue au sens de recherche d'une éthique. »⁸⁸⁸. La grande nouveauté réside également dans le fait que la loi elle-même propose une alternative à la contrainte et ouvre les portes d'une certaine liberté dans la possibilité de déroger au système normatif dominant⁸⁸⁹. Cependant, il va de soi que cette ouverture est à relativiser car elle se limite au simple fait de choisir la norme, objet de la conformité. Il en résulte d'ailleurs que la grande majorité des sociétés cotées choisissent dès 2009 d'adhérer au code AFEP-MEDEF⁸⁹⁰, non sans menace du gouvernement à défaut d'adhésion formelle. C'est grâce à cet

⁸⁸² C.monét.fin. art. L.533-22.

⁸⁸³ CAUSSAIN (J.-J.), *op. cit.*, p.71-72.

⁸⁸⁴ v. *supra* n°282.

⁸⁸⁵ POULLE (J.-B.), *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise. Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, L'Harmattan, 2011, p.152-153 : « Au premier rang de ces investisseurs figurent les organismes de gestion collective qui drainent l'épargne individuelle et gèrent des sommes colossales ».

⁸⁸⁶ Dir. Parl. et Cons. n°2006/46 (UE), 14 juin. 2006, modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, JOUE 16 août 2006, n°L224, transposée en droit français par la loi n°2008-649, 3 juill. 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, JO n°0155, 4 juill. 2008, p.10705.

⁸⁸⁷ C.com. arts. L.225-37 et L.225-68 dans leurs versions en vigueur du 5 juill. 2008 au 1^{er} avr. 2009.

⁸⁸⁸ COURET (A.), « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *BJS*, n°3, Mars 2017, p.202.

⁸⁸⁹ *Ibidem*.

⁸⁹⁰ AMF, *Rapport sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne*, Autorité des Marchés Financiers, 8 déc. 2009, p.31, en ligne : <<https://www.essere-associes.com/media/09-12-09-Rapport-AMF-gouvernance.pdf>> : « S'agissant de la référence à un code, 81% des sociétés de l'échantillon indiquent s'être basées sur le code AFEP-MEDEF relatif au gouvernement d'entreprise pour rédiger le rapport du Président. ».

engouement général que le code AFEP-MEDEF est ensuite institué comme code de référence et véritable instrument juridique⁸⁹¹.

330. L'ordonnance du 12 juillet 2017⁸⁹², qui a trait à la simplification et à la clarification des obligations d'information, prévoit de nouvelles obligations en matière de gouvernement d'entreprise pesant désormais sur les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, et non plus seulement sur les sociétés cotées⁸⁹³. Ainsi, le rapport de gouvernement d'entreprise remplace le rapport du président et du conseil de surveillance et doit comporter des informations relatives à la rémunération, aux avantages en nature versés, à l'adhésion volontaire de la société à un code de gouvernement d'entreprise⁸⁹⁴, aux problématiques de conflits d'intérêts, ou encore à l'exercice du pouvoir⁸⁹⁵. Ce rapport vient en complément du rapport de gestion qui recense les résultats, la situation financière, l'évolution prévisible de la société et les principaux risques auxquels elle est confrontée⁸⁹⁶.

331. Plus récemment, la loi « PACTE » du 22 mai 2019⁸⁹⁷ est venue consacrer juridiquement la responsabilité sociétale de l'entreprise avec la prise en compte dans le Code civil⁸⁹⁸ et désormais obligatoire pour toutes les entreprises, des enjeux sociaux et environnementaux de leur activité. Il est donc attendu de l'entreprise qu'elle prenne en considération dans la conduite de son activité et de ses décisions stratégiques, les enjeux sociaux et environnementaux qu'elle aura préalablement défini⁸⁹⁹. En outre dans le cadre de la loi « PACTE », l'opportunité est donnée aux entreprises volontaires de se doter d'une raison

⁸⁹¹ PACLOT (Y.), « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. soc.*, n°7, Juill. 2011, p.395 : « Le gouvernement fit immédiatement savoir qu'à défaut pour les conseils d'administration des entreprises concernées [d'adhérer] formellement à ces recommandations avant la fin de l'année 2008 et [de veiller] à leur application rigoureuse, elles seraient reprises dans un projet de loi dès le début de l'année 2009 ».

⁸⁹² Ord. n°2017-1162, 12 juill. 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'informations à la charge des sociétés, *JO* n°0163, 13 juill. 2017.

⁸⁹³ COURET (A.), « L'ordonnance n°2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'informations à la charge des sociétés », *Rev. soc.*, n°10, Oct. 2017, p.535.

⁸⁹⁴ C.com. art. L225-37-2.

⁸⁹⁵ C.com. art. L.225-37-3 & L.225-37-4.

⁸⁹⁶ C.com. art. L.225-100.

⁸⁹⁷ Loi n°2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JO* n°0119, 23 mai 2019, texte n°2.

⁸⁹⁸ C.civ. art. 1833 : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociétaux et environnementaux de son activité. ».

⁸⁹⁹ MEDEF, « Les mesures RSE dans la loi Pacte : comprendre et agir pour les TPE-PME », mai 2020, p.6, en ligne :

<<https://medef-vendee.fr/fr/actualite/guide-pratique-mesures-rse-dans-la-loi-pacte-comprendre-et-agir-pour-les-tpe-pme>>.

d'être⁹⁰⁰ ou de se transformer en société à mission⁹⁰¹. L'entreprise qui le souhaite peut alors exprimer dans ses statuts les principes dont elle se dote et pour le respect desquels, elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité⁹⁰². Cette réforme est donc une nouvelle illustration de la consécration législative des principes de *corporate governance* qui entraîne des conséquences pratiques significatives à la charge des sociétés.

332. Ce positionnement récent du législateur pousse alors à s'interroger sur l'équilibre juridique à adopter entre loi et codes de gouvernance (c.).

c) L'équilibre entre la loi et les codes de gouvernance

333. La mise en place du code AFEP-MEDEF⁹⁰³ ouvre un nouveau champ des possibles à travers le renouvellement des sources du droit des sociétés, dont la loi elle-même fait la promotion et illustre ce « phénomène d'expansion irrésistible de l'écrit en tant que support à la démonstration du respect de considérations éthiques »⁹⁰⁴. En effet, le gouvernement d'entreprise est « un chantier permanent »⁹⁰⁵ qui aboutit sans cesse à de nouveaux enchevêtrements normatifs. En France, depuis près de 15 ans, les codes de gouvernance s'imposent comme un « complément indispensable de la loi »⁹⁰⁶, contribuant à son anticipation et relayant le législateur avec l'encadrement de nouvelles pratiques volontaires. Ainsi, en matière de rémunération des dirigeants, le code AFEP-MEDEF fixe un certain nombre de principes de mesure et d'équilibre à travers notamment le plafonnement des indemnités de départ, l'instauration de critères de performance à satisfaire sur plusieurs exercices consécutifs, etc. Toutefois, si la pratique en matière de rémunération des dirigeants relève davantage du *soft law*⁹⁰⁷, celle-ci tend à être de plus en plus réglementée et a fait l'objet de plusieurs interventions législatives successives avec (i.) la loi du 21 août 2007⁹⁰⁸ introduisant l'exigence de conditions de performance, (ii.) la loi du 26 juillet 2005⁹⁰⁹ qui soumet les engagements de

⁹⁰⁰ C.civ. art. 1835 : « Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité. ».

⁹⁰¹ C.com. art. L210-10 : « Une société peut faire publiquement état de la qualité de la société à mission lorsque [plusieurs conditions] sont respectées. ».

⁹⁰² MEDEF, « Les mesures RSE dans la loi Pacte : comprendre et agir pour les TPE-PME », *op.cit.*, p. 17.

⁹⁰³ AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Association Française des entreprises Privée, Mouvement des Entreprises de France, 30 janvier 2020, en ligne : <<https://www.medef.com/fr/content/code-afep-medef-revise-de-gouvernement-dentreprise-des-societes-cotees-janvier-2020>>: Le code AFEP-MEDEF a fait l'objet d'une nouvelle révision en juin 2018 puis en janvier 2020, qui a permis d'intégrer certaines évolutions sur le gouvernement d'entreprise.

⁹⁰⁴ GODON (L.), « La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ? », *D.* 2015, p.2580.

⁹⁰⁵ CAUSSAIN (J.-J.), *op. cit.*, p.75.

⁹⁰⁶ PACLOT (Y.), *op. cit.*

⁹⁰⁷ LETREGUILLY (H.), MADDEN (J.), *op. cit.*

⁹⁰⁸ Loi n°2007-1223, 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *JO* n°193, 22 août 2007, p.13945.

⁹⁰⁹ Loi n°2005-845, 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JO* n°173, 27 juill. 2005, p.12187.

retraite à la procédure d'approbation des conventions réglementées ou encore plus récemment, (iii.) la loi dite « Sapin II » instaurant un droit de vote des actionnaires « *Say on pay* »⁹¹⁰ sur la rémunération des dirigeants des sociétés cotées sur un marché réglementé⁹¹¹. Dans le même sens, le code AFEP-MEDEF reprend un certain nombre de dispositions législatives ou réglementaires déjà établies. C'est le cas, par exemple, de la recommandation 1.6 du code révisé en juin 2018⁹¹² qui assigne au Conseil d'administration ou de surveillance la charge d'instaurer « un dispositif de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence »⁹¹³. Cette nouvelle mission résulte clairement de l'entrée en vigueur de l'article 17 de la loi dite « Sapin II »⁹¹⁴.

334. Le code AFEP-MEDEF peut également aller au-delà du droit positif en modelant et en orientant plus strictement certains comportements⁹¹⁵. À cet effet, la récente modification du code AFEP-MEDEF en juin 2018 puis son actualisation en janvier 2020 durcit les recommandations relatives à la rémunération, au départ du dirigeant⁹¹⁶, des adaptations ayant été rendues nécessaires par la publication de la loi PACTE du 22 mai 2019 et de l'ordonnance sur la rémunération des mandataires sociaux des sociétés cotées du 27 novembre 2019⁹¹⁷. Ainsi, à titre d'illustration, la recommandation 24 du code AFEP-MEDEF prévoit que l'attribution d'un régime de retraite supplémentaire au dirigeant doit être soumise à des conditions de performance⁹¹⁸. Le code prévoit également que la rémunération des dirigeants mandataires sociaux exécutifs devra désormais prendre en compte un horizon de long terme en intégrant « un ou plusieurs critères liés à la responsabilité sociale et environnementale » de l'entreprise⁹¹⁹. La recommandation 18 se présente, elle aussi, comme plus restrictive que le

⁹¹⁰ Le « *Say on Pay* » est un mécanisme d'origine anglo-saxonne qui donne un droit de regard aux actionnaires sur la rémunération des dirigeants exécutifs.

⁹¹¹ Loi n°2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin II »), JO n°0287, 10 déc. 2016, texte n°2.

⁹¹² CHARDON (C.), DURAND (Q.), « La révision du Code AFEP-MEDEF du 21 juin 2018 », *BJB*, n°5, 2018, p.314.

⁹¹³ Recomm. 1.6, AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, op. cit., p.3.

⁹¹⁴ Art. 17, loi n°2016-1691, 9 déc. 2016, préc.

⁹¹⁵ MAZUYER (E.), ASSOUMOU (K-M), BEN ABDALLAH (E.), BERTHILLON (F.), BORGA (N.), et al., op. cit, p.24.

⁹¹⁶ CHARDON (C.), DURAND (Q.), op. cit.

⁹¹⁷ MEDEF, « Communiqué de presse - L'Afep et le Medef publient une version révisée du code de gouvernance des sociétés cotées », 30 janv. 2020, en ligne : <<https://www.medef.com/fr/communique-de-presse/article/lafep-et-le-medef-publient-une-version-revisee-du-code-de-gouvernance-des-societes-cotees-1>>: « En particulier, s'agissant du calcul des ratios concernant les écarts entre la rémunération des dirigeants mandataires sociaux et celle des salariés, [...] Le code Afep-Medef va au-delà de la loi en recommandant, dans cette situation, de prendre en compte au dénominateur, pour le calcul du ratio, un périmètre représentatif de la masse salariale ou des effectifs des sociétés françaises du groupe. A titre d'exemple, il mentionne qu'un périmètre incluant 80 % des effectifs en France peut être considéré comme significatif. ».

⁹¹⁸ Recomm. 24.6.1, AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, op. cit., p.27.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 20. Recomm. 24.1.1, al. 3.

Code de commerce en ce qu'elle prévoit un plafond global de quatre mandats pour tout administrateur de société cotée, incluant également les mandats exercés dans des sociétés cotées étrangères⁹²⁰.

335. Force est de constater que la tendance, ces dernières années, est à l'accroissement des interventions du législateur en matière de gouvernement d'entreprise, marquée par la loi dite « Macron » du 6 août 2015⁹²¹, la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi⁹²² ou encore la loi dite « PACTE » du 22 mai 2019⁹²³. L'équilibre actuel entre la loi et les pratiques volontaires tient à la reconnaissance par notre système de l'effectivité des principes de gouvernement d'entreprise repris dans les codes de gouvernance⁹²⁴. À cet effet, la révision en juin 2018 du code AFEP-MEDEF puis son actualisation en janvier 2020 attribue une place privilégiée au Haut Comité de gouvernement d'entreprise qui a la charge de s'assurer de l'application effective de la règle *comply or explain*, et astreint un délai de deux mois aux sociétés cotées qui n'ont pas répondu aux demandes d'explications du Haut Comité⁹²⁵. Il peut également mentionner dans son rapport annuel le nom de la société qui ne répondrait pas dans ce délai⁹²⁶, afin de rendre désormais plus systématique la pratique du *name and shame*⁹²⁷. Ce mécanisme du *name and shame* participe d'ailleurs au renforcement de l'effectivité du *soft law* et en particulier du code APEP-MEDEF, la sanction médiatique constituant une véritable contrainte pour les entreprises qui souhaitent préserver leur réputation vis-à-vis de leurs clients et d'autres parties prenantes⁹²⁸. Le respect des engagements de gouvernance des sociétés concernées s'apprécie donc à la lumière d'obligations « documentaires », d'un flot d'informations écrites et formatées qui constituent le support utilisé pour expertiser la réalité de ces engagements éthiques⁹²⁹.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 17. Recomm 18.4.

⁹²¹ Loi n°2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO n°0181, 7 août 2015, p.13537 : La loi dite « Macron » plafonne le cumul des mandats pour certains dirigeants mandataires sociaux de grandes sociétés.

⁹²² Loi n°2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO n°0189, 18 août 2015, p.14346 : Cette loi impose une représentation obligatoire des salariés au conseil d'administration (ou de surveillance) des sociétés anonymes ou sociétés en commandite par actions qui atteignent une certaine taille.

⁹²³ Loi n°2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO n°0119, 23 mai 2019, texte n°2 : La loi dite « PACTE » vise à renforcer la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans la stratégie et l'activité des entreprises. L'intérêt social de l'entreprise se trouve ainsi nouvellement défini. v. dans ce sens, COURET (A.), « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », *D.* 2017, p.222.

⁹²⁴ PACLOT (Y.), *op. cit.*

⁹²⁵ Recomm. 27.1, AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, *op. cit.*, p.31.

⁹²⁶ *Ibid.*, p.32, Recomm. 27.2, al. 4.

⁹²⁷ Expression traduite de l'anglais par « Nommer et couvrir de honte ».

⁹²⁸ v. dans ce sens, CUZACQ (N.), « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p.473.

⁹²⁹ GODON (L.), « La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ? », *D.* 2015, p.2580 : « Initialement contenues dans de nombreux rapports, lignes directrices et autres déclarations, ces

336. Enfin, on peut valablement s'interroger sur le rôle que doit jouer l'AMF face à l'intégration des principes de *corporate governance*, venue bousculer le droit des sociétés cotées⁹³⁰. L'AMF conserve jusqu'à présent le rôle d'autorité de surveillance des sociétés cotées en matière de gouvernement d'entreprise. À ce titre, elle publie chaque année un rapport annuel qui se fonde sur les informations publiées par les sociétés cotées ayant leur siège statutaire en France⁹³¹ et émet un certain nombre de recommandations et de pistes de réflexion afin de contrôler, elle aussi, le respect du principe *comply or explain*⁹³² prévu par la loi. Elle n'hésite pas à mentionner nommément les sociétés qui ne respectent pas les règles de gouvernance⁹³³. Pour autant, plusieurs missions de réflexion ont été lancées pour améliorer l'articulation entre la loi et les codes de gouvernance. Ainsi, il ressort de la mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises⁹³⁴ une liste de propositions visant à renforcer le pouvoir de sanction de l'AMF en cas de non-respect avéré des obligations de gouvernance à laquelle l'entreprise se réfère. La mission d'information préconise également d'étendre l'obligation de se référer à un code de gouvernance aux entreprises non-cotées d'une certaine taille, pour impliquer plus largement toutes les parties prenantes de l'entreprise. De son côté, l'AMF, au terme d'une étude comparée, s'inspire plus largement des pratiques de place de nos voisins européens pour alimenter la réflexion sur le gouvernement d'entreprise⁹³⁵.

337. Le phénomène de durcissement des normes de *soft law* en matière de gouvernement d'entreprise trouve aussi un écho en droit bancaire où le législateur n'a pas hésité à intervenir (2.).

recommandations ont été progressivement cristallisées, consolidées, tantôt dans la loi, tantôt dans des documents revêtant des intitulés divers (code de bonne conduite, code de déontologie, charte éthique, code de compliance...) dont l'application est assortie d'un contrôle par les autorités administratives indépendantes (Autorité des marchés financiers, Autorité de la concurrence, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution...), ce qui incite à ne pas en mésestimer la force contraignante. »

⁹³⁰ LETREGUILLY (H.), *op. cit.*

⁹³¹ C.monét.fin. art. L.621-18-3.

⁹³² v. *supra* n°282.

⁹³³ CUZACQ (N.), *op. cit.*, p.473.

⁹³⁴ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information n°737 déposé en application de l'article 145 du Règlement en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, 20 févr. 2013, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0737.pdf>>.

⁹³⁵ AMF, *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, Autorité des Marchés Financiers, 30 mars 2016, en ligne :

<https://www.amf-france.org/sites/default/files/contenu_simple/rapport_etude_analyse/gouvernement_entreprise/Etude%20comparee%20les%20codes%20de%20gouvernement%20d%27entreprise%20dans%2010%20pays%20europeens.pdf> : Il en résulte que la France fait figure d'exception en ne rendant pas obligatoire la règle du « *comply or explain* » et en autorisant les sociétés à donner une explication globale de la décision de ne pas se référer à un code, sans qu'une explication recommandation par recommandation soit nécessaire.

2. L'absorption progressive des pratiques de gouvernance bancaire par le droit positif

338. Bien que les établissements bancaires ne constituent pas des entreprises comme les autres, le secteur bancaire a lui aussi recours à des principes non-contraignants de gouvernance d'entreprise qu'il convient d'évoquer (a). Toutefois, face au manque d'effectivité dans l'application de certains principes de *corporate governance* révélé par la crise financière, le législateur est intervenu (b.).

a) Le caractère non-contraignant des principes de gouvernance d'entreprise : la singularité du secteur bancaire

339. Au cours des dernières années, les institutions internationales et européennes ont porté une attention particulière aux principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques. L'objectif premier consistait à corriger les fragilités et difficultés rencontrées par les institutions bancaires en matière de pratiques de gouvernance d'entreprise, relevées lors de la crise financière. En effet, les banques nécessitent un socle de gouvernance qui permette une surveillance constante de leurs activités par les plus hautes instances de direction et garantisse la stabilité financière comme la maîtrise du risque. La prise en compte des intérêts des parties prenantes est alors fondamentale pour éviter que les intérêts des actionnaires ne l'emportent sur ceux des épargnants et qu'une nouvelle crise systémique se perpétue. Pour toutes ces raisons, plusieurs mesures non-contraignantes ont été récemment élaborées en matière de gouvernance des banques avec la publication en 2015 des orientations du Comité de Bâle⁹³⁶, puis en 2017 des principes de gouvernance du G20 et de l'OCDE⁹³⁷, suivis des « *guidelines on internal governance under directive 2013/36/EU* » de l'ABE⁹³⁸. Cependant, si ces normes de *soft law* s'accordent à défendre un but commun avec la constitution de références solides dans le domaine de la gouvernance d'entreprise, seule l'ABE impose strictement aux responsables de l'action publique de se conformer à ses « *guidelines* »⁹³⁹. Ainsi, en publiant sur son site internet les déclarations de conformité des destinataires de la norme, l'ABE menace de sanctionner directement par des campagnes de *name and shame* les praticiens qui ne s'y conforment pas⁹⁴⁰. Le recours à ces pratiques manifeste le soutien des institutions

⁹³⁶ CBCB, *Orientations - Principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Juill. 2015, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Rapports/Basel%20committee/orientations%20-%20ppes%20de%20gouvernance%20d'entreprise%20à%20l'intention%20des%20banques.pdf>.

⁹³⁷ OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Organisation de coopération et de développement économiques, 4 avr. 2017, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264269514-fr>>.

⁹³⁸ ABE, *Guidelines on internal governance under directive 2013/36/EU*, Autorité Bancaire Européenne, 2017, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Rapports/EBA/Orientations%20sur%20la%20gouvernance%20interne/Final%20Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20(EBA-GL-2017-11).pdf>.

⁹³⁹ *Ibid.*, p.12.

⁹⁴⁰ v. dans ce sens également, TREBULLE (F.-G.), « La prise en compte de la RSE par les banques », *RDBF*, Sept.-oct. 2013, Doss. 46, p.80.

européennes et internationales au *soft law* en ce qui concerne la gouvernance des banques et fait taire un peu plus les détracteurs du droit souple.

340. Pour mieux comprendre l'opportunité de l'utilisation du *soft law* permettant d'impulser de saines pratiques de gouvernance au sein des banques, il est nécessaire de revenir sur la singularité du droit bancaire. En effet, les activités bancaires et financières sont régulées par « des règles plus strictes que celles prévues par le droit des sociétés »⁹⁴¹. Par voie de conséquence, les banques ne sont pas des entreprises comme les autres⁹⁴², et doivent se conformer à des règles de gouvernance spéciales sous la surveillance prudentielle des autorités de régulation. À cet effet, la gestion des risques bancaires et financiers relève de la responsabilité de plusieurs acteurs essentiels au sein de la structure de gouvernance d'entreprise de l'établissement bancaire, et est relayée également en cas de défaillance par le superviseur bancaire, qui veille à la protection constante des déposants⁹⁴³.

341. La crise financière mondiale de 2008 témoigne, comme le rappelle le Rapport Larosière⁹⁴⁴, d'un véritable échec en matière de gouvernance des banques, c'est la raison pour laquelle un certain nombre de principes de gouvernement d'entreprise relevant jusqu'alors du *soft law*, ont ensuite été saisis par le législateur (b.).

b) L'absence de mise en œuvre effective des principes de gouvernement d'entreprise par les établissements bancaires

342. À la suite de la crise financière mondiale, les contributions se sont multipliées pour analyser les règles et les pratiques des banques qui ont fait défaut en matière de gouvernement d'entreprise. Il en découle que si la gouvernance des banques n'est pas directement responsable de la crise financière mondiale, celle-ci n'a pas suffisamment freiné la prise de risque excessive des établissements financiers. En effet, le Rapport Larosière souligne l'absence de prise en compte à long terme des intérêts des parties prenantes et dénonce des défaillances liées aux politiques de rémunération et de gestion des risques dans les banques⁹⁴⁵. Le livre vert sur le « gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération » relève quant à lui « une absence d'effectivité réelle des principes

⁹⁴¹ LECOURT (B.), « Le gouvernement d'entreprise dans les banques : lorsque le droit des sociétés doit s'adapter au droit bancaire (transposition de la directive "CRD 4") », *Rev. Soc.*, n°5, Mai 2014, p.335.

⁹⁴² DE VAUPLANE (H.) et (A.), « La gouvernance des banques à l'issue de la crise du système financier », in *Mélanges Bissara*, Association nationale des sociétés par actions, 2013, p.355.

⁹⁴³ VAN GREUNING (H.), BRAJOVIC-BRATANOVIC (S.), *Analyse et gestion du risque bancaire. Un cadre de référence pour l'évaluation de la gouvernance d'entreprise et du risque financier*, ESKA, 2004, p.31.

⁹⁴⁴ v. *supra* n°221. CERS, *Rapport du groupe de travail présidé par Jacques de Larosière sur la surveillance financière en Europe*, Conseil européen du risque systémique, Févr. 2009, en ligne : <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf>, p.35.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p.38.

de gouvernement d'entreprise »⁹⁴⁶ liée à un manque de précision et de clarté des recommandations et codes énoncés jusqu'alors par les organisations internationales⁹⁴⁷. De plus, la nature juridique même des principes de gouvernement d'entreprise est remise en cause suite à la crise, révélant d'une part la négligence des acteurs du secteur dans la mise en œuvre effective de ces recommandations/codes et d'autre part la faiblesse du contrôle de cette mise en œuvre.

343. Dans ce contexte, le législateur européen est intervenu avec la publication de la directive dite « CRD IV »⁹⁴⁸ qui consacre en droit interne un certain nombre de règles de gouvernement d'entreprise applicables aux établissements financiers et confie à l'ABE le soin d'assurer la convergence des pratiques en la matière au sein de l'UE⁹⁴⁹. Concrètement, l'ordonnance de transposition n°2014-158 du 20 février 2014⁹⁵⁰ modifie significativement le Code monétaire et financier en y intégrant un important volet relatif à la gouvernance des établissements de crédit et entreprises d'investissement⁹⁵¹. Dans un premier temps, elle prévoit un principe de proportionnalité du dispositif de gouvernance, qui doit être adapté à la nature, à l'échelle et à la complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités de l'établissement de crédit ou de la société de financement⁹⁵². Puis, elle complète les dispositions existantes en matière de gouvernance en renforçant la fonction de gestion des risques et le contrôle interne des établissements à travers l'obligation de créer un comité des risques et un comité des nominations, en plus du comité des rémunérations déjà mis en place⁹⁵³. De plus, elle consacre des règles strictes à l'encontre des dirigeants telles que la dissociation obligatoire des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général au sein des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, ou encore la limitation du cumul des fonctions pour les entités d'importance significative⁹⁵⁴. La réponse législative apportée par la mise en place de ces nouvelles dispositions atteste d'un glissement progressif vers le *hard law* des règles de gouvernement d'entreprise applicables aux établissements bancaires. Cette

⁹⁴⁶ Comm. (UE), *Livre vert sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération*, Commission Européenne, COM(2010) 284 final, Juin 2010, en ligne : <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1788e830-b050-447c-8214-77ed51b13241/language-fr/format-PDF>>.

⁹⁴⁷ On peut citer dans ce sens les principes de l'OCDE de gouvernance élaborés en 1999 et les lignes directrices du Comité de Bâle, ou encore les travaux de la Banque mondiale en 2003.

⁹⁴⁸ v. *supra* n°237.

⁹⁴⁹ Dir. Parl. et Cons. n°2013/36 (UE), 26 juin 2013, art. 74.

⁹⁵⁰ v. *supra* n°267.

⁹⁵¹ C.monét.fin. art. L.511-51 à L.511-103 nouv.

⁹⁵² C.monét.fin. art. L.511-55 nouv.

⁹⁵³ DELPECH (X.), « Banque et finance : adoption d'une nouvelle ordonnance de transposition de directives », *Dalloz Actualité*, 27 févr. 2014.

⁹⁵⁴ LECOURT (B.), *op. cit.*, p.335.

mouvance traduit une réception grandissante du *soft law* par le législateur qui n'hésite pas à prendre le relai de la pratique pour accroître l'effectivité de la gouvernance bancaire.

344. Le phénomène d'absorption des normes de *soft law* n'est pas seulement véhiculé par le législateur. Le juge participe lui-aussi à la réception juridique du *soft law* par la voie juridictionnelle (B.).

B. La réception juridique du *soft law* par le juge

345. Au-delà de la finalité interprétative du *soft law* déjà évoquée⁹⁵⁵, qui peut constituer une aide à la disposition du juge pour interpréter les instruments juridiques contraignants, le droit souple peut être saisi par la voie juridictionnelle par le biais de la contractualisation (1.), de l'homologation (2.) ou encore de la standardisation du *soft law* (3.).

1. La contractualisation du *soft law*

346. Par principe, les normes de *soft law* constituent des instruments juridiques non-contraignants qui n'emportent aucune obligation à la charge de leurs destinataires. Le choix d'adhérer ou non à une norme de droit souple relève principalement de l'autonomie de la volonté qui constitue une théorie centrale en droit des contrats⁹⁵⁶. En effet, le contrat est un instrument juridique capable de donner aux normes de *soft law* une force obligatoire importante, justifiée par le libre consentement des parties. Comme le précisent certains auteurs dans les manuels d'introduction au droit, « les usages conventionnels jouent normalement le rôle de règles supplétives » et viennent compléter la volonté des parties⁹⁵⁷. Ainsi, à titre d'exception, l'incorporation contractuelle du droit souple⁹⁵⁸ permet aux parties signataires du contrat d'invoquer devant le juge le non-respect de normes juridiques non-contraignantes et de contourner l'article 12 alinéa 1 du Code de procédure civile⁹⁵⁹. Dans ce sens, les engagements contractés par les banques à travers la mise en place de codes de conduite et de chartes éthiques peuvent être repris dans le contrat de travail du salarié ou dans le contrat de sous-traitance liant le sous-traitant à l'établissement bancaire, qui s'engage à en respecter les dispositions. Il en résulte que « la manière la plus simple, et sans doute la plus efficace, pour affirmer le caractère juridique des codes de conduite consiste à adosser ces textes à des

⁹⁵⁵ v. *supra* n°103.

⁹⁵⁶ FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), « Les codes de conduite : source du droit global ? » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.179.

⁹⁵⁷ GOUBEAUX (G.), GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 1^{ère} éd., LGDJ, 1977, p.508-509.

⁹⁵⁸ DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.123.

⁹⁵⁹ C.proc.civ. Art. 12 al. 1 : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. »

normes juridiques contraignantes »⁹⁶⁰. C'est le cas également lorsque les codes de conduite sont adjoints au règlement intérieur « en raison du contenu disciplinaire de certaines de leurs dispositions »⁹⁶¹.

347. Pour autant, si la responsabilité civile contractuelle ou disciplinaire des parties peut être engagée en cas de non-respect de ces conventions, « ni l'une ni l'autre ne s'impose actuellement avec évidence »⁹⁶². En effet, l'engagement de la responsabilité civile contractuelle apparaît délicat à mettre en place à plusieurs égards. Les engagements contractuels pris par les établissements bancaires trouvent principalement leur fondement dans des textes légaux et réglementaires qui motiveront par la suite la décision du juge. Les normes de droit souple sont très rarement invoquées par le juge pour relever l'inexécution fautive du contrat, sauf à titre exceptionnel, lorsqu'elles sont rédigées de manière claire et précise dans la convention et justifient par là même que le juge y fasse mention⁹⁶³. A ce sujet, on observe depuis quelques années l'apparition au sein des contrats français de « clauses de *compliance* » qui peuvent prendre la forme de clauses anti-corruption, de clauses anti-terrorisme trouvant le plus souvent leur origine Outre-Atlantique⁹⁶⁴. Ce vent nouveau fait entrer progressivement la *compliance* dans le contentieux contractuel français et aboutit à de nouvelles décisions suffisamment rares pour être relevées⁹⁶⁵. En l'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt non publié rendu le 20 novembre 2019, justifie la rupture sans préavis du contrat passé entre une société française et la filiale d'un groupe américain pour non-respect des exigences de *compliance*⁹⁶⁶. Confirmant la solution d'appel, la Cour de cassation conclue au manquement de la société française à ses obligations contractuelles compte tenu des règles fixées par le programme de *compliance*⁹⁶⁷. A travers cette affaire, le contrat est utilisé comme vecteur de

⁹⁶⁰ SOBCZAK (A.), « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc.*, 2002, p.806.

⁹⁶¹ ABADIE (P.), « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.* 2018, p.302.

⁹⁶² BONNEAU (Th.), « Banque et développement durable », *CDE*, n°3, mai-juin 2010, n°14, p.35.

⁹⁶³ Civ.1^{ère}, 12 juin 1990, *Lexilaser*, *Bull. civ.* n°791, cassation, pourvoi n°88-12.364 : À titre d'illustration, la Cour de cassation statue au visa de l'article 1134 du Code civil que les juges n'ont pas respecté la convention liant les parties alors que celle-ci « se réfère non seulement à la réglementation actuelle mais encore aux recommandations de l'assemblée plénière des sociétés d'assurance ».

⁹⁶⁴ BISMUTH (R.), DUNIN-WASOWICZ (J.), GLUCKSMANN (E.), « La transnationalisation du droit de l'anti-corruption », *JCP E*, n°42, 2019, spéc. n°11, p.1470.

⁹⁶⁵ RODA (J-C), « Quand la compliance américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, 2020, p.913.

⁹⁶⁶ Cass.com. 20 nov. 2019, rejet, pourvoi n°18-12.817, Inédit.

⁹⁶⁷ RODA (J-C), « Quand la compliance américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *op.cit.*, p.913 : « En 2012, la société mère américaine Biomet, qui avait été poursuivie par le *Department of Justice* et la *Securities and Exchange Commission* aux États-Unis, échappa à une lourde sanction en acceptant de renforcer sa politique anti-corruption. À cet effet, un accord de poursuites différées fut signé, celui-ci contenant des dispositions obligeant Biomet à « mettre en place, pendant une durée de trois ans pouvant être prorogée d'un an, une coopération substantielle de ses employés, distributeurs et agents commerciaux avec les professionnels de santé ». Or, à partir de cette date, la société française refusa de renouveler son adhésion à la certification de la politique anti-corruption du groupe, malgré les relances émanant de son *compliance officer*. Biomet décida donc de résilier le contrat d'affaires, sans préavis. ».

régulation des comportements étendant l'applicabilité des programmes de conformité aux cocontractants et sans limitation géographique. De plus, la responsabilité disciplinaire de l'établissement bancaire peut être engagée par les autorités de régulation qui peuvent sanctionner la violation des engagements contractuels de la banque, s'ils rentrent dans leur champ de contrôle. À titre d'illustration, dans le cadre de sa mission de protection de la clientèle, l'ACPR procède à un certain nombre de contrôles et de visites sur place qui couvrent tout le processus de commercialisation des produits, incluant la publicité, la phase pré-contractuelle et la contractualisation⁹⁶⁸. Si au vu des conclusions des rapports établis à la suite des contrôles sur place, le collège de supervision de l'ACPR constate un certain nombre de manquements, il pourra décider d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de l'établissement bancaire⁹⁶⁹.

348. L'homologation du *soft law* peut aussi constituer la voie juridictionnelle empruntée pour réceptionner le *soft law* (2.).

2. L'homologation du *soft law*

349. Les acteurs du secteur bancaire peuvent choisir de s'engager unilatéralement par acte de volonté, à travers l'édiction de codifications privées et de chartes de valeurs qui peuvent générer des effets juridiques à l'égard des tiers⁹⁷⁰. Dès lors, le non-respect de ces principes d'autodiscipline met en jeu « le capital de réputation de l'entreprise » qui peut être détruit par des fautes commises par les salariés, les mandataires ou encore les dirigeants sociaux⁹⁷¹. Pour s'assurer de la bonne exécution de ces engagements unilatéraux, le régulateur bancaire, depuis l'ordonnance du 5 décembre 2008⁹⁷² et la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière⁹⁷³, autorise l'homologation des codes de conduite et des conventions en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne et d'assurance sur la vie⁹⁷⁴. Cependant, la procédure d'approbation d'un code de conduite par l'autorité de régulation répond à plusieurs exigences précisées dans l'instruction n°2011-I-19⁹⁷⁵. Tout d'abord, une liste exhaustive d'associations professionnelles⁹⁷⁶ est seule habilitée à soumettre à l'ACPR un code

⁹⁶⁸ C.monét.fin. art. L.612-1.

⁹⁶⁹ C.monét.fin. art. L.612-38.

⁹⁷⁰ FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), *op. cit.*, p.179-210.

⁹⁷¹ LETREGUILLY (H.), *op. cit.*

⁹⁷² Ord. n°2008-1271, 5 déc. 2008 relative à la mise en place de codes de conduite et de conventions régissant les rapports entre les producteurs et les distributeurs, en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne et d'assurance sur la vie, JO n°0284, 6 déc. 2008, p.18612.

⁹⁷³ Loi n°2010-1249, 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, JO n°0247, 23 oct. 2010, p.18984.

⁹⁷⁴ MAGNIER-MERRAN (K.), « Quelle utilité aux codes de déontologie en matière bancaire ? » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.67.

⁹⁷⁵ ACPR, *Instr. n°2011-I-19 relative à la procédure d'approbation d'un code de conduite*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 23 nov. 2011, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/instruction-2011-i-19-de-l-acp.pdf>>.

⁹⁷⁶ C.monét.fin. art. L.612-29-1 et ACPR, *Instr. n°2011-I-19*, art.1^{er}.

de conduite pour approbation. Ensuite, la validité du code de conduite dépend de la précision et de l'absence « de simples déclarations de principes »⁹⁷⁷ dans sa rédaction. Le code de conduite, une fois homologué, devra être respecté par l'ensemble des établissements adhérents de l'association concernée, sous peine de voir leur responsabilité disciplinaire engagée⁹⁷⁸.

350. Notons qu'à ce jour, seuls deux codes de conduite en matière de commercialisation et de protection de la clientèle ont été approuvés par le collège de l'ACPR, ce qui limite fortement le risque de sanction disciplinaire prononcé par le régulateur sur ce fondement⁹⁷⁹. Dans la décision n°2013-C-35, l'ACPR homologue à titre d'illustration un code de bonne conduite relatif à la présentation des plaquettes tarifaires des banques suivant un sommaire-type et un extrait standard des tarifs à la demande de la Fédération bancaire française (FBF)⁹⁸⁰. Ce code de conduite élaboré par la FBF contient des « engagements [qui] relèvent de la commercialisation et de la protection des intérêts de la clientèle des établissements de crédit. »⁹⁸¹. En rendant ces engagements opposables aux établissements de crédit par le biais du processus d'homologation, il n'est pas étonnant que très peu de codes de conduite aient été à ce jour soumis à l'approbation du régulateur. L'attrait du *soft law* réside principalement pour les praticiens qui y recourent dans son absence de force juridique contraignante.

351. À travers la consécration conventionnelle et l'homologation du *soft law*, les normes de droit souple peuvent être prises en compte par le juge en prenant appui sur l'ordre juridique, avec le soutien des autorités de régulation. Le juge étatique a également recours au droit souple par le moyen du standard juridique (3.).

3. La standardisation du *soft law*

352. Pour garantir l'adaptabilité du droit, plusieurs contributions s'accordent sur la nécessité de recourir au *soft law* dans sa fonction de standard juridique. En effet, certains auteurs définissent le standard juridique comme « une grande ligne de conduite, une directive générale pour guider le juge »⁹⁸². Ainsi, le standard juridique s'oppose à la règle de droit dite générale et

⁹⁷⁷ ACPR, *Instr. n°2011-I-19*, op. cit., art.4.

⁹⁷⁸ C.monét.fin. art. L.612-31 et L.612-39.

⁹⁷⁹ ACP, « Communiqué de presse », 9 juill. 2013, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20130709-communique-acp-codes-de-bonne-conduite.pdf>>.

⁹⁸⁰ ACPR, *Décision n°2013-C-35*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 24 juin 2013, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/03/23/decision-2013-c-35.pdf>>.

⁹⁸¹ *Ibid*, p.2.

⁹⁸² AL-SANHOURY (A.A.), « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génay, T. II*, Sirey, p.145. v. également, OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p.509 : « Ces codes jouent une fonction de modélisation pour le juge afin d'identifier le professionnel raisonnable, le professionnel diligent. » ; DEUMIER (P.), « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit*.

abstraite, en ce qu'il « donne une mesure moyenne de conduite sociale » à laquelle le juge peut se référer pour déterminer dans certaines circonstances quelle est la meilleure façon de se comporter⁹⁸³. Pour d'autres, la standardisation est « une forme de codification, voire de codage des pratiques observées au niveau technologique, économique et sociétal »⁹⁸⁴. Dans ce sens, le *soft law*, par la publication de codes de bonne conduite et de chartes éthiques, édicte des « polices de comportement »⁹⁸⁵ et a pour objet principal d'orienter de manière plus ou moins précise les destinataires de ces normes vers des pratiques prudentes et diligentes. Il en résulte que les normes de droit souple sont susceptibles d'être utilisées dans le cadre de l'appréciation d'une faute.

353. Le juge peut se saisir des instruments juridiques non-contraignants comme base de référence pour engager la responsabilité délictuelle de l'auteur du dommage sur le fondement d'une faute. En effet, la notion de faute est souvent qualifiée d'imprécise dans les ouvrages de droit civil, laissée « à la prudence et au réalisme du magistrat », et résultant d'un « jugement de valeur »⁹⁸⁶. Le juge, pour apprécier la faute, raisonne *in abstracto* par comparaison avec un modèle, au regard de concepts abstraits de droit civil tels que « l'homme raisonnable » ou encore le « bon professionnel »⁹⁸⁷. La faute retenue devient alors objective et la rencontre avec le *soft law* engendre de véritables obligations juridiques⁹⁸⁸. Si l'on a pu espérer lors de l'émergence du *soft law* que les établissements bancaires ne respectant pas les dispositions contenues dans leurs propres codes de conduite et chartes éthiques puissent voir leur responsabilité engagée sur la base d'une faute civile « au regard du standard du "bon professionnel" »⁹⁸⁹, force est de constater que le juge ne s'en est pas encore saisi. Le juge peut donc raisonnablement utiliser ces normes de droit souple comme valeurs-modèle érigées par la profession, pour apprécier *in abstracto* la faute. Pour ce faire, il prendra en compte les circonstances particulières du cas et appréciera la faute au regard « du comportement normal ou raisonnablement attendu d'une personne placée dans une situation analogue »⁹⁹⁰. Selon cette méthode, la faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité des mandataires

Hommage au professeur Le Tourneau, Dalloz, 2007, p.350 : « [...] l'existence d'un code de bonne conduite ou d'une charte pourra constituer une norme de comportement, un standard, utile pour le juge dans l'appréciation d'un comportement dans toutes ses déclinaisons : fausse cause de licenciement, discrimination, faute pénale, faute contractuelle ou concurrence déloyale. ».

⁹⁸³ *Ibidem*.

⁹⁸⁴ SCHANZE (E.), « Conformité, autorégulation et efficacité économique », *JCP E*, n°30, 26 juill. 2012, 1469, p.23.

⁹⁸⁵ DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p.122.

⁹⁸⁶ MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, p.43.

⁹⁸⁷ STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil les obligations. T.1, La responsabilité délictuelle*, 6^e éd., Litec, 1998, p.159.

⁹⁸⁸ RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE*, n°4, 1996, p.409.

⁹⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁹⁰ ABADIE (P.), « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.* 2018, p.302.

sociaux s'apprécie à l'aune « de la conduite d'un administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de gestion des sociétés commerciales »⁹⁹¹.

354. Cependant, les cas de figure dans lesquels la violation d'une norme de *soft law* peut être constitutive d'une faute apparaissent assez limités. En effet, le juge a tout intérêt à invoquer à l'appui de sa décision un fondement réglementaire ou législatif, s'il existe. Cela signifie que les normes de droit souple ne seront pas reprises par le juge sauf si elles pallient un vide juridique ou se substituent à la loi ou la réglementation en consacrant des engagements plus contraignants auxquels les professionnels auraient adhéré. À titre d'exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 28 octobre 1970, apprécie la faute d'un caissier d'une agence bancaire au regard « des consignes du guide du manipulateur dont il avait eu connaissance lors de son entrée en fonctions et qui étaient affichées dans son local de travail »⁹⁹². Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles retient, dans un arrêt rendu le 19 mai 2001⁹⁹³, la responsabilité du Président-Directeur Général de la société Vinci pour abus de pouvoir en faisant « explicitement référence aux recommandations relatives à l'éthique des dirigeants »⁹⁹⁴. Les juges de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 19 décembre 2013 vont même plus loin et apprécient la faute des dirigeants d'une société cotée - en l'espèce le refus d'inscrire une question écrite à l'ordre du jour de l'assemblée des actionnaires -, à la lumière du *soft law* au regard des pratiques actionnariales dites « normales » aux Etats-Unis et au Nord de l'Europe alors que peu répandues en France⁹⁹⁵. En somme, il a été judicieusement rappelé que les dispositions des codes de conduite privés et autres normes de *soft law* sont clairement assimilables aux usages comme étant l'expression « d'un consensus professionnel », et sont fréquemment utilisés « pour "appliquer" les standards juridiques »⁹⁹⁶. Il appartient donc au juge de faire le tri entre les règles dites de « bonne conduite » et celles qu'il ne souhaite pas retenir.

355. Au fil du temps, les normes de droit souple ont trouvé leur place dans la construction du droit positif et les frontières existantes entre les normes de *soft law* et les instruments juridiques classiques s'effacent progressivement pour permettre au droit « d'être en phase avec les besoins de la pratique »⁹⁹⁷. Cependant, des difficultés d'imbrication du *soft law* dans l'ordre

⁹⁹¹ LETREGUILLY (H.), *op. cit.*

⁹⁹² Cass.soc. 28 oct. 1970, *Bull. civ.* n°559, rejet, pourvoi n°69-40.444.

⁹⁹³ CA Versailles, 9^e ch., 19 mai 2001, pour plus d'information se référer à LETREGUILLY (H.), MADDEN (J.), *op. cit.*, p.6-10.

⁹⁹⁴ LETREGUILLY (H.), *op. cit.*, p.17.

⁹⁹⁵ CA Paris 19 déc. 2013, pourvoi n°12/22644, *Rev. soc.* 2014, n°306, obs. VIANDIER (A.) ; *D.* 2018, p.302, obs. ABADIE (P.) : « Les juges de la Cour d'appel retiennent : « Cette nouvelle dimension ne figure pas encore dans la loi (*hard law*) mais, s'agissant de sociétés cotées sur les marchés internationaux, elle a pénétré dans les exigences des régulateurs de marché (*soft law*) et s'inscrit dorénavant de plus en plus dans les règles de bonne conduite de l'AMF. »

⁹⁹⁶ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, 1982, p.47.

⁹⁹⁷ GREGOIRE (M.), « Libres marchés et droit masqué », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 2, p.53.

juridique interne subsistent, laissant entrevoir certains paradoxes et réticences à l'intégration du *soft law* dans l'ordre juridique interne (§2).

§2 Les difficultés d'imbrication du *soft law* dans l'ordre juridique interne

356. Le *soft law* peut aussi constituer une menace pour la sécurité juridique, illustrée par l'analyse de situations contradictoires, de paradoxes dans lesquels l'articulation des normes de *soft law* et *hard law* se complexifie (§1). Cependant, les difficultés d'imbrication du *soft law* dans l'ordre juridique interne laissent également entrevoir la puissance de fait de la norme de droit souple qui nourrit toute son ambiguïté (§2).

A. Les paradoxes du *soft law*, sources d'insécurité juridique

357. La multiplication des instruments utilisés pour encadrer les activités bancaires se révèle source d'insécurité juridique pour les destinataires de la norme. Les difficultés d'imbrication du *soft law* dans l'ordre juridique interne sont engendrées par des contradictions au sein même des normes de *soft law* (1.) qui alimentent le conflit avec les normes de droit dur (2.).

1. Les hypothèses de conflit au sein même des normes de *soft law*

358. Pour recenser les hypothèses de conflit au sein des normes de *soft law*, il y a lieu de distinguer l'origine privée (a.) ou publique (b.) de la norme.

a) Le conflit entre deux normes de *soft law* d'origine privée

359. Les actes de *soft law* soulèvent un certain nombre de difficultés occasionnées par la variété des documents qui les composent et la pluralité des destinataires auxquels ils s'adressent. En effet, comme il a été précisé très justement, « l'hétérogénéité règne ici en maître » et il est bien difficile de « vouloir déceler une unité ou simplement, une cohérence d'ensemble derrière la mosaïque des éléments qui doivent être pris en compte »⁹⁹⁸. À côté de la norme d'origine privée produite par les praticiens du secteur bancaire et financier⁹⁹⁹ s'articule les normes d'origine publique dont les destinataires sont principalement les professionnels régulés¹⁰⁰⁰. Il résulte de la grande diversité du droit souple un éparpillement, mais surtout un manque de connaissance effective du *soft law* par ses destinataires. À cet égard, même si les normes de droit souple relèvent d'une démarche ou d'une adhésion volontaire, elles sont rarement mieux connues que les instruments juridiques classiques. La tendance est cependant à l'amélioration, dans la mesure où les actes de *soft law* sont principalement utilisés pour la

⁹⁹⁸ PERES (C.), « La réception du droit souple par les destinataires », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.93.

⁹⁹⁹ v. *supra* n°117.

¹⁰⁰⁰ v. *supra* n°135.

lecture et l'interprétation qu'ils font de la loi ou de la réglementation applicable, permettant ainsi une meilleure compréhension par les utilisateurs de la norme.

360. La multiplicité des textes aboutit à des distorsions au sein même des normes de *soft law* qui vont jusqu'à créer des hypothèses de conflit juridique, au détriment de leurs destinataires. Cette notion de conflit juridique renvoie à la situation peu fréquente où le contenu de deux normes de droit en viendrait à se contredire, créant par là même un conflit normatif. Ainsi, lorsque deux normes de *soft law* s'opposent en substance, l'impact n'est pas le même sur les destinataires de la norme selon que celle-ci est d'origine privée ou publique. À cet effet, pour ce qui concerne les normes de *soft law* d'origine privée, on peut observer au sein d'un même établissement bancaire des situations de « paradoxe éthique »¹⁰⁰¹ qui surviennent lorsque le salarié se trouve confronté à deux engagements éthiques contradictoires. À titre d'illustration, les dispositions prévues par le code de conduite d'un établissement relatives à la lutte contre la corruption peuvent contrevenir aux politiques et procédures internes déployées en matière d'offre ou de réception de cadeaux et invitations par les clients. Dans cette situation, il incombe à l'établissement de clarifier ces dispositions pour assurer le respect de ses engagements éthiques.

361. Par ailleurs, des situations de conflit juridique peuvent encore survenir entre deux normes de *soft law* d'origine publique (b.).

b) Le conflit entre deux normes de *soft law* d'origine publique

362. Il y a lieu d'envisager également des hypothèses de conflits juridiques entre deux normes de *soft law* d'origine publique. Sur le terrain de la pratique, la problématique de l'opérationnalité de l'ensemble des normes bancaires et financières non-contraignantes pose un sujet de cohérence générale du système de supervision. Du point de vue du praticien, la question est fondamentale pour les établissements de crédit qui disposent d'une activité transfrontalière à l'intérieur de l'UE en libre prestation de service ou en libre établissement¹⁰⁰². En effet, l'établissement de crédit dont le siège social est établi en France doit se conformer principalement aux normes de *soft law* qui émanent de l'ACPR en tant qu'autorité d'origine, mais également subsidiairement à celles mises en place par le pays d'accueil dans lequel est installée la succursale ou l'activité exercée en libre prestation de service. Concrètement, la soumission d'un établissement bancaire à la surveillance transfrontalière de plusieurs autorités nationales de régulation est propice à créer des situations de conflit juridique dans l'application des normes de *soft law*. Des contradictions peuvent résulter de recommandations et de positions qui, d'un régulateur européen à l'autre, donnent une interprétation différente de la loi

¹⁰⁰¹ PEREIRA (B.), « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue Management et Avenir*, n°21, 2009, p.26.

¹⁰⁰² v. *supra* n°264.

ou de la réglementation applicable. Cette affirmation doit toutefois être relativisée pour les établissements d'importance systémique et ceux disposant d'une activité transfrontalière à l'extérieur de la zone euro, qui relèvent désormais de la surveillance de la BCE¹⁰⁰³, limitant ainsi les risques de conflit de normes.

363. De son côté, l'ACPR a mis à jour en juin 2017 sa politique de transparence pour intégrer dans son corpus d'instruments juridiques « les modalités de mise en conformité aux orientations (*guidelines*) et aux recommandations des autorités européennes de surveillance (AES) » dans leurs dimension verticale¹⁰⁰⁴. On peut imaginer que ces modifications interviennent pour répondre aux besoins de la pratique dans le cadre de la nouvelle architecture française et européenne, mais aussi face à l'afflux de nouvelles normes de droit souple émises par les AES¹⁰⁰⁵. Pour éviter les hypothèses de conflit juridique, l'ACPR s'engage à publier sur son site internet « un avis indiquant qu'elle se conforme aux orientations ou recommandations »¹⁰⁰⁶ des AES, sous la forme d'une déclaration de conformité. Pour autant, le régulateur bancaire français n'est pas prêt d'abandonner son rôle d'émetteur de *soft law* s'octroyant le pouvoir de publier des « adaptations ou explications, notamment au regard des pouvoirs de l'ACPR ou du droit applicable en France », lorsque les orientations ou recommandations des AES le nécessitent¹⁰⁰⁷. Ces initiatives laissent croire qu'à l'avenir, l'inflation normative n'est pas prête de diminuer et que de nouvelles situations de contradiction entre ces instruments de *soft law* sont à prévoir.

364. Par ailleurs, il y a lieu d'envisager les hypothèses de conflit existant entre les normes de *soft law* et de *hard law* (2.).

2. Les hypothèses de conflit entre les normes de *soft law* et le *hard law*

365. Les difficultés d'imbrication du *soft law* dans l'ordre juridique interne viennent alimenter le débat doctrinal quant à la pertinence du recours aux normes juridiques non-contraignantes, régulièrement remise en cause par les détracteurs du droit souple. Comme évoqué précédemment¹⁰⁰⁸, si les normes de *soft law* font principalement l'objet d'une réception voire d'une absorption par les instruments juridiques classiques, des exceptions subsistent. En effet, le législateur est intervenu à maintes reprises pour clarifier sa position face au flou normatif dont se nourrit le *soft law*. Ainsi, dans le cadre de sa mission d'homologation des codes de

¹⁰⁰³ Art. 6 §4 et 4 §1 b), Régl. Cons. (UE) n°1024/2013, 15 oct. 2013, préc.

¹⁰⁰⁴ ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juill. 2011, modifiée en Juin 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/09/13/2017-politique-de-transparence-de-l-acpr.pdf>.

¹⁰⁰⁵ v. *supra* n°281.

¹⁰⁰⁶ ACPR, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, *op. cit.*, p.7.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p.8.

¹⁰⁰⁸ v. *supra* n°322.

conduite¹⁰⁰⁹, l'ACPR s'assure de la compatibilité du code de conduite soumis à son contrôle, avec les dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables. Dans ce sens, l'ACPR est susceptible de refuser l'homologation d'un code de conduite qui contrevient à l'ordre juridique interne. Ce refus engendre alors l'inapplicabilité du code à l'encontre des adhérents de l'association habilitée à en solliciter l'approbation¹⁰¹⁰. Ainsi, la validité du code de conduite privé est soumise à l'appréciation du régulateur bancaire qui exerce le pouvoir que lui a conféré le législateur sur la norme. De même, il peut arriver qu'une disposition émanant de l'ordre bancaire privé soit directement en conflit avec le droit étatique¹⁰¹¹. C'est le cas par exemple lorsque la charte éthique ou le code de conduite d'un établissement est en contradiction avec les obligations qui figurent dans le contrat de travail du salarié¹⁰¹². Dans cette situation, le salarié tenu à des obligations de résultat dans le cadre de sa mission doit veiller à clarifier au préalable ces dispositions, en signalant les contradictions qui l'empêcheraient d'atteindre ses objectifs professionnels.

366. D'autres exemples témoignant du rapport de force qui existe entre les normes de droit souple et le *hard law* peuvent être soulevés. En effet, les autorités de supervision, qui produisent des normes de *soft law*, peuvent créer des situations de conflit juridique entre les normes non-contraignantes qu'elles émettent et l'ordre juridique interne. Ces situations particulièrement inhabituelles sont génératrices d'insécurité juridique en ce que le régulateur s'arroge de nouveaux pouvoirs, s'écartant de ce que le droit étatique l'autorise à faire¹⁰¹³. À titre d'illustration, l'article L.621-6 alinéa 2 du Code monétaire et financier définit précisément les instruments juridiques dont l'AMF peut légalement disposer, à savoir les instructions et les recommandations qui servent à l'interprétation du Règlement général. Pour autant, l'AMF recourt également à d'autres instruments juridiques, tels que les positions qui constituent son interprétation « des dispositions législatives et réglementaires »¹⁰¹⁴ mais ne sont pas prévues par le Code monétaire et financier. Sur ce fondement, certains auteurs soulignent toute l'ambiguïté du texte en ce que ces positions répondent « au souci de transparence et de prévisibilité » attendu des praticiens du secteur mais ne leur garantissent pas une

¹⁰⁰⁹ C.monét.fin. art. L.612-29-1. v. *supra* n°349.

¹⁰¹⁰ Commission des sanctions de l'ACP, *Décision n°2011-C-75*, 23 nov. 2011, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/08/2013-associations-professionnelles-pouvant-demander-a-l-acp-approuver-code-conduite-2011-c-75-conso_0.pdf>.

¹⁰¹¹ OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p.509.

¹⁰¹² PEREIRA (B.), *op. cit.*

¹⁰¹³ BONNEAU (Th.), « Régulation bancaire et financière et État de droit », *RDBF*, janv.-févr. 2014, Repère 1 : « L'interdiction des ventes à découvert en 2008 par l'AMF, en dehors de tout texte l'y autorisant, en est une illustration ».

¹⁰¹⁴ AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers*, Autorité des Marchés Financiers, 17 juill. 2014, en ligne : <<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Principes%20de%20doctrine.pdf>>.

« présomption de conformité à la réglementation »¹⁰¹⁵ comme c'est le cas des recommandations précédemment évoquées¹⁰¹⁶.

367. Les situations de conflit juridique demeurent de plus en plus à la marge en ce que l'ordre juridique interne veille à donner, du moins en matière bancaire et financière, un « cadre d'influence » des normes de *soft law*¹⁰¹⁷. Même si quelques contradictions persistent entre la norme de droit souple et les instruments juridiques classiques, de manière générale, la norme d'origine privée s'attache à exiger le respect de la réglementation bancaire et financière sans contrevenir aux textes. Les codes de conduite déployés par les établissements bancaires viennent renforcer l'effectivité du droit dur en rappelant essentiellement la loi dans l'entreprise, mais ne témoignent pas pour la plupart d'un véritable esprit d'innovation, ce qui limite fortement les risques de conflit juridique¹⁰¹⁸. La réflexion est tout autre concernant la norme de *soft law* d'origine publique, qui peine davantage à trouver sa place à côté des instruments de droit dur en ce qu'elle participe plus largement au processus d'édiction et d'interprétation du droit. La limite entre l'interprétation et l'attribution de nouveaux pouvoirs aux mains des autorités de supervision peut être plus facilement franchie, laissant entrevoir des risques de dérives technocratiques.

368. Pour l'heure, il paraît impossible de faire marche arrière et d'envisager un environnement juridique sans norme de *soft law*. De ce constat naît une réalité quant à la puissance de fait du droit souple qui participe à l'enrichissement de l'ordre juridique interne (B.).

B. La puissance de fait du *soft law*

369. Face au caractère non-contraignant des normes de *soft law*, la victoire de l'ordre juridique interne paraît acquise d'avance, la loi affichant très nettement sa supériorité. Pour autant, comme il est précisé très clairement, « si la réception témoigne de la domination de l'ordre juridique, la non-réception pourrait révéler la force du droit souple »¹⁰¹⁹. En effet, c'est dans leur capacité à résister au durcissement que les normes juridiques non-contraignantes se révèlent et dévoilent leur puissance de fait. En s'affranchissant petit à petit des dispositions législatives et réglementaires établies, le droit souple avance vers une forme d'autonomie qu'on ne peut éluder. Dans son rapport sur le droit souple¹⁰²⁰, le Conseil d'État reconnaît lui aussi à

¹⁰¹⁵ BONNEAU (Th.), « Régulation bancaire et financière et État de droit », *op. cit.*

¹⁰¹⁶ v. *supra* n°109.

¹⁰¹⁷ DEUMIER (P.), *op. cit.*, p.138.

¹⁰¹⁸ v. dans ce sens, BOURGNINAUD (V.), *Droit privé et déontologie*, S.I., 1996. [Doctorat : Droit Privé : Université de droit de Nantes, 1996]. Le constat est le même en matière de déontologie des professions organisées en ordre en ce que les codes de déontologie constituent de véritables vecteurs de droit.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p.127.

¹⁰²⁰ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, EDCE, 2013, p.10 en ligne : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>>.

ce sujet « l'alternative pérenne au droit dur » que représente le droit souple, « en présence d'activités pour lesquelles celui-ci semble mal armé »¹⁰²¹. L'admission par l'ordre juridique lui-même de l'importance du *soft law* alimente encore son effectivité, comme évoqué précédemment¹⁰²². Les pouvoirs publics reconnaissent ainsi qu'il existe des cas de figure où une intervention du droit dur n'est pas souhaitable, laissant alors une place de choix aux actes de droit non-contraignants dans un rapport de complémentarité avec le *hard law*. Le Conseil d'État souligne dans ce sens que le droit souple « permet aux pouvoirs publics de ne pas rentrer dans un trop grand degré de détail et de confier l'élaboration des spécifications techniques de la mise en œuvre du droit dur aux acteurs concernés, tout en gardant la maîtrise de la définition des exigences essentielles »¹⁰²³.

370. En réalité, on peut observer que les imbrications entre *soft law* et *hard law* en droit bancaire et financier relèvent davantage d'un rapport d'autorité que d'un rapport de complémentarité. Selon certains auteurs, les normes de droit non-contraignantes trouvent leur justification face à l'insuffisance ou à l'absence du cadre réglementaire/législatif français¹⁰²⁴. En effet, les professionnels du secteur ont recours aux codes de conduite et chartes éthiques comme « facteur de responsabilisation », pour réguler en douceur les pratiques professionnelles de leurs salariés par la promotion de principes de fonctionnement plus équitables¹⁰²⁵. La retranscription du droit dans l'entreprise au travers de l'édiction de cette norme privée affranchit d'une certaine manière les établissements bancaires vis-à-vis des pouvoirs publics. Dans le même sens, les autorités de régulation n'hésitent pas à publier des normes de *soft law* qui tendent à « récréer de toutes pièces un cadre légal »¹⁰²⁶. À titre d'exemple, on peut citer la position de l'AMF établie conjointement avec l'ACPR en 2014 relative au placement non-garanti et financement participatif¹⁰²⁷ qui définit un cadre favorable dédié spécifiquement au « *crowdfunding* », dans lequel les autorités de régulation livrent leur interprétation des textes applicables en la matière. De même, la nécessité de combler un vide juridique peut être à l'origine de l'édiction de nouvelles normes de *soft law*. Cela a été le cas en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, lorsque

¹⁰²¹ NICOLAS (E.), ROBINEAU (M.), « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G*, n°43, 2013, Doct. 1116.

¹⁰²² v. *supra* n°69.

¹⁰²³ Conseil d'État, *op. cit.*, p.98.

¹⁰²⁴ JOUFFIN (E.), « Le droit mou est-il en train de durcir ? Brèves réflexions au sujet de la *soft law* bancaire et de sa disparition », in *Mélanges AEDBF-France, Droit Bancaire et Financier*, RB, 2013, p.265.

¹⁰²⁵ PEREIRA B., *op. cit.*

¹⁰²⁶ JOUFFIN (E.), *op. cit.*

¹⁰²⁷ AMF, *Position AMF-DOC-2014-10 Placement non garanti et le financement participatif*, Autorité des Marchés Financiers, 30 sept. 2014, en ligne :

<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Placement%20non%20garanti%20et%20financement%20participatif%20(1).pdf>.

l'ACPR et Tracfin ont publié des lignes directrices conjointes sur la déclaration de soupçon, qui répondent à une demande des organismes financiers régulés afin de comprendre les attentes de la cellule de renseignement financier¹⁰²⁸.

371. Toute la puissance de fait des normes de *soft law* découle de leur capacité à s'imposer d'elles-mêmes, s'adaptant aux outils et aux mécanismes de l'ordre juridique interne pour trouver leur place. À raison de l'influence liée à l'autorité de leurs émetteurs, certains auteurs se plaisent à penser que les actes de *soft law* revêtent en vérité une « dimension contraignante »¹⁰²⁹ et ne constituent rien d'autre que du « droit [dur] avançant masqué »¹⁰³⁰. À cet effet, on observe plus spécifiquement que les autorités de régulation du secteur bancaire et financier se servent du droit souple pour asseoir leur autorité sur les professionnels assujettis. Étant de plus en plus dessaisies par les autorités européennes d'une partie de leurs prérogatives dans le cadre de la mise en place de l'Union bancaire, on peut imaginer que les autorités de régulation nationales vont utiliser davantage le canal du *soft law* pour exercer leur influence sur les professionnels du secteur. Les normes de *soft law* semblent avoir de beaux jours devant elles.

372. Il faut retenir que la coexistence des normes de *soft law* avec les instruments juridiques contraignants conduit le plus souvent au durcissement du droit souple, qui se trouve saisi par le législateur. Dans ce sens, nous observons ces dernières années que les codes de gouvernance sont le laboratoire d'expérimentation du droit des sociétés : les normes de gouvernement d'entreprise qui s'imposent dans un premier temps aux sociétés cotées par la voie de l'autorégulation tendent ensuite à se généraliser aux autres sociétés et à se durcir par le biais de leur consécration législative. De là, on peut déduire comme le rappelle très justement le Professeur Catherine Thibierge que la densification normative est « consubstantielle à notre époque et à notre civilisation »¹⁰³¹. Le durcissement de plus en plus récurrent du droit souple par l'action du législateur ou du juge est révélatrice de la puissance de fait du *soft law*, et ce malgré les difficultés liées à son imbrication dans l'ordre juridique interne, sources d'insécurité juridique.

¹⁰²⁸ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution & Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins, 15 févr. 2018, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/24/022018_Id_ds_tracfin_0.pdf.

¹⁰²⁹ JOUFFIN (E.), *op. cit.*

¹⁰³⁰ GREGOIRE (M.), *op. cit.*

¹⁰³¹ THIBIERGE (C.), « Conclusion », in *La densification normative – Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p.1101 ; NICOLAS (E.), *Penser les flux normatifs, Essai sur le droit fluide*, Mare & Martin, 2018, p. 173.

Conclusion du Chapitre II

373. Nous pouvons conclure que la reconnaissance des normes de *soft law* dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières ne fait aucun doute. En dépit de la mise en place d'un fort cadre réglementaire « post-crise » de régulation du secteur, les autorités de supervision françaises et européennes continuent d'adopter des normes de droit souple et de coordonner leurs actions par ce biais. L'enchevêtrement de normes émises par les différentes instances publiques atteste vraisemblablement de leur utilité mais témoigne également d'une certaine complexité dans la construction normative tant européenne que nationale. On peut donc résolument croire qu'un effort de simplification dans la distribution des rôles et responsabilités des instances publiques est à venir, vers un renforcement en la matière des prérogatives des autorités européennes de surveillance. Le secteur privé, de son côté, a subi de plein fouet ces évolutions normatives et n'a pas eu d'autre choix que de se structurer rapidement pour absorber l'afflux de réglementations et de normes de droit souple émanant des nouvelles autorités publiques du secteur. La volonté de solidifier les programmes de conformité au sein des établissements bancaires et financiers en est la manifestation concrète et participe grandement au prolongement de l'action de régulation dans l'entreprise.

374. La consécration législative en droit des sociétés comme en droit bancaire des normes de *soft law* relatives au gouvernement d'entreprise, révèle l'importance de la soumission du droit aux besoins de la pratique, et ce même si la proximité entre le *soft law* et le *hard law* peut s'avérer parfois source d'insécurité juridique. En dépit de quelques rapports de force, nous pouvons valablement statuer sur le fait que les normes de droit souple tiennent leur rang aux côtés des instruments juridiques classiques dans l'ordre juridique interne.

Conclusion du Titre II

375. Il faut ici rappeler que le passé de la régulation bancaire et financière démontre l'incapacité du législateur à anticiper les crises financières, allant même, à certains égards, jusqu'à faciliter leur survenance en tant que spectateur de la rencontre du système bancaire et du système financier. La réaction législative face à la crise financière mondiale était par conséquent primordiale pour encadrer l'activité des banques sur les marchés ainsi que la gestion des défaillances avérées ou prévisibles à court terme. Avec la mise en place de l'Union bancaire, l'Europe est redevenue force de propositions, définissant son propre système de gouvernance et renforçant la coordination de ses acteurs. On observe rétrospectivement que de nouveaux aspects non régulés à l'époque le sont aujourd'hui.

376. Cependant, tout l'enjeu de l'avenir de ce cadre législatif de régulation réside dans sa faculté à résister à la tentation de la surréglementation, qui pourrait susciter de nouveaux comportements de contournement des réglementations par le biais d'innovations financières. Pour éviter le risque d'asphyxie réglementaire, le *soft law* à partir duquel la *compliance* prend appui, se présente alors comme un adjuvant intéressant au processus législatif classique. Son emprise grandissante dans l'ordre juridique interne participe à une meilleure prise en compte de l'intérêt général et de la pratique. Espérons donc que la conscience collective tirera les conséquences du passé, pour créer à l'avenir un savant mélange entre réglementation au sens strict et autorégulation.

Conclusion de la Partie I

377. Il est nécessaire de retenir que la pertinence du recours au *soft law* comme outil de conception de la *compliance* et de régulation du secteur bancaire et financier relève d'une appréciation critique. Dans un sens favorable tout d'abord, les instruments de droit souple réussissent à s'imposer progressivement dans le cercle très restreint des sources du droit bancaire et financier, en partie grâce à une conception graduelle de la force juridique et surtout à la multitude d'effets juridiques qu'ils produisent. En droit français, la mouvance est à l'élargissement de la hiérarchie des sources, ce qui inquiète la doctrine traditionnaliste farouchement opposée à toute nouvelle forme de normativité juridique. Ainsi, le caractère flexible et adaptable du *soft law* participe à renforcer la réactivité du droit et permet un glissement en de nouvelles mains du pouvoir d'élaboration de la norme. Les professionnels régulés sont davantage associés à la création d'un prototype normatif, puis se saisissent par la suite du produit fini pour créer leur propre socle de normes en interne dans le cadre des programmes *compliance* qu'ils déploient. Les autorités de régulation, de leur côté, s'octroient de nouvelles prérogatives, investies d'un pouvoir réglementaire qui ne dit pas son nom. Elles utilisent le droit souple pour livrer leur interprétation du droit contraignant et concurrencer le législateur par le biais d'interprétations créatrices de droit.

378. Dans un sens plus négatif ensuite, on observe rétrospectivement que le *soft law* n'a pas constitué ces dernières années l'instrument privilégié au service de l'harmonisation du cadre juridique des activités bancaires et financières. Balayée par la crise financière mondiale, l'Union européenne n'a pas souhaité au moment de l'instauration de l'Union bancaire emprunter le chemin du droit souple et ce au profit de règles contraignantes. Les autorités européennes de surveillance, quant à elles, ont vu leur activité de production du *soft law* réduite à la portion congrue, et assortie du principe *comply or explain*. À ce constat s'ajoute celui des difficultés d'imbrication du *soft law* dans l'ordre juridique interne, qui témoigne d'un manque de prévisibilité ou encore d'un risque de dérives technocratiques.

379. Peu importe l'approche positive ou négative retenue, il faut comprendre aujourd'hui que le *soft law* et la *compliance* - qui constitue l'une de ses manifestations -, continuent de faire parler d'eux. Leurs existences découlent de l'utilité et du pragmatisme nécessaires à l'applicabilité du droit, mais surtout parce qu'ils permettent de réguler jusque dans l'entreprise, des comportements qui ne sont pas prévus par les normes de droit « dur ».

Partie II : La *compliance*, expression de la densification normative du *soft law* en matière bancaire et financière

380. Cette seconde partie nous invite à prolonger notre réflexion pour aborder plus en détails le sujet de la *compliance* comme expression de la densification normative du *soft law* en matière bancaire et financière. Cette notion de « densification normative » largement étudiée par le Professeur Catherine Thibierge¹⁰³² s'inscrit dans une théorie ouverte du droit, reflet d'une réalité sociale où se dessine la figure d'une société hypernormée. Cette illustration nous pousse à s'interroger sur la capacité du *soft law* à créer de nouvelles formes de normativité en matière bancaire et financière.

381. Dans un monde globalisé et miné par un certain nombre de menaces telles que le crime financier, le secteur bancaire et financier n'a pas eu d'autre choix ces dernières années que de se moderniser en insufflant des comportements et des enjeux plus éthiques. Le système normatif de régulation du secteur bancaire et financier a fait la promotion de formes complémentaires de régulation à l'image de l'autorégulation et de la corégulation qui se sont illustrées au sein des établissements bancaires et financiers par la structuration de la fonction *compliance*. Dans un premier temps, nous nous questionnerons sur l'intérêt de recourir à ces pratiques en étudiant leurs capacités à produire des résultats dans la défense d'intérêts privés et nationaux. Nous statuerons ainsi sur la participation de la *compliance* à l'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier (Titre I).

382. Puis, dans un second temps, nous envisagerons les progrès restant à parcourir pour renforcer la crédibilité et la force de ces initiatives normatives. Nous reviendrons sur les dérives des mécanismes d'autorégulation et de corégulation, et analyserons les vertus d'un encadrement législatif progressif du *soft law* et de la *compliance* dans une logique d'extension en Europe. Enfin, les perspectives d'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier comme les défis de demain seront abordés pour déterminer les actions et

¹⁰³² v. *supra* n°62. THIBIERGE (C.), *La densification normative. Découverte d'un processus*. Mare & Martin, 2014, p.22 : « la densification normative apparaît comme un processus de montée en puissance de la normativité par lequel les normes prennent forme et force, gagnent en extension, resserrant leur maillage en une toile de plus en plus dense. ».

orientations à entreprendre dès à présent pour lutter efficacement contre l'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier (Titre II).

Titre I : L'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

Titre II : L'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

Titre I : L'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

383. Ce premier titre a pour ambition de démontrer l'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier, accentuée par les bienfaits de la *compliance* et le déploiement de programmes de conformité en France, au sein des établissements de crédit et entreprises d'investissements.

384. Nous envisagerons dans un premier chapitre le contexte général dans lequel les mécanismes d'autorégulation et de corégulation trouvent leur fondement, afin de comprendre la survenance au fil du temps de modes de régulation privés. Puis, nous analyserons plus précisément le modèle français de la conformité, à travers l'esquisse de sa perception et de son organisation par les acteurs du secteur dans la gestion du risque de non-conformité. Une réflexion sera ensuite menée pour déterminer si les récentes initiatives de conformité sont à l'origine d'avantages concurrentiels durables, et si elles constituent à cet effet, une stratégie intéressante pour accroître les résultats des établissements bancaires et financiers en les rendant plus performants (Chapitre I).

385. Dans un second chapitre, un autre aspect de la *compliance* sera étudié dans le cadre juridiquement défini de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT). Les prérogatives confiées aux banques dans la défense de ces intérêts nationaux feront l'objet de plusieurs développements, ainsi que leur retranscription en pratique au sein de la fonction de conformité. Le quotidien d'un département de lutte contre le crime financier sera évoqué, tout comme les multiples actions déployées par les équipes de conformité pour pallier l'impuissance des pouvoirs publics face à la mondialisation du crime financier (Chapitre II).

Chapitre I : La *compliance*, dispositif de modernisation du secteur bancaire et financier

Chapitre II : La *compliance*, dispositif de lutte contre le crime financier à la disposition des établissements bancaires et financiers

Chapitre I : La *compliance*, dispositif de modernisation du secteur bancaire et financier

386. Le secteur bancaire et financier constitue un formidable observatoire pour scruter l'émergence de « nouveaux » modes de régulation qui viennent compléter le cadre réglementaire et législatif classique (Section I). Dans une première section nous tenterons de comprendre pourquoi les acteurs privés du secteur se saisissent davantage de ces formes modernes de privatisation de la norme et quelle légitimité les institutions européennes leur accordent-elles. Cette première réflexion nous permettra d'étudier également l'action des autorités de régulation et d'appréhender l'environnement de contrôles qui pèsent tous deux sur les professionnels régulés du secteur.

387. Nous aborderons aussi dans ce chapitre l'adaptation en France de la *compliance* qui est à l'origine d'une véritable révolution culturelle dans les entreprises françaises et au sein même des établissements bancaires et financiers. Nous tenterons d'expliquer en quoi consiste ce qu'on appelle aujourd'hui la « *compliance* à la française » et illustrerons l'intérêt de recourir à ces initiatives de conformité dans une logique promotionnelle de l'entreprise (Section II). Cette analyse nous permettra d'envisager la *compliance* comme un vecteur de modernisation du secteur bancaire et financier.

Section I : Les modes de régulation complémentaires du cadre législatif classique

Section II : L'invention de la « *compliance* à la française »

Section I : Les modes de régulation complémentaires du cadre législatif classique

388. L'autorégulation et la corégulation peuvent constituer des voies de recours à même de surmonter les exigences réglementaires strictes et les nouveaux défis auxquels les acteurs du secteur bancaire et financier sont confrontés. En proposant des options complémentaires de la régulation classique, ces « nouveaux » modes de régulation s'imposent dans un environnement réglementaire complexe (§1) et trouvent leur légitimité (§2) au sein du paysage bancaire et financier européen. Cela implique au demeurant une étroite coopération entre les secteurs publics et privés dans l'intérêt d'une régulation pragmatique voire innovante.

§1 Le recours à l'autorégulation et à la corégulation face à la complexité de l'environnement réglementaire

389. Les acteurs économiques du secteur bancaire et financier sont confrontés aujourd'hui à de nouveaux défis, face un environnement réglementaire complexifié par l'afflux de sanctions des régulateurs (B.). Ces récentes évolutions encouragent davantage le recours à des mécanismes de régulation alternatifs à la réglementation classique, qui ont une origine et un fonctionnement souvent méconnus (A.).

A. L'origine et le fonctionnement des mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier

390. L'efficacité du système normatif de régulation est à envisager à l'aune des « nouveaux » modes de régulation du secteur bancaire et financier que constituent les procédés d'autorégulation et de corégulation, dont il convient d'envisager l'origine (1.) mais aussi les enjeux (2.).

1. La genèse de ces « nouveaux » modes de régulation

391. Le recours aux mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier trouve en premier lieu un large écho dans les pays de tradition libérale où les autorités publiques n'hésitent pas à encourager ces initiatives. Ainsi, dès le XIX^{ème} siècle, pour pallier l'absence de législation bancaire au plan fédéral, une régulation bancaire « paraétatique » a été mise en place en Suisse, matérialisée par « le recours à des *gentlemen's agreement* plutôt qu'à des lois »¹⁰³³. Cet espace paraétatique largement étudié par certains auteurs – qui emploient la qualification de « *soft law para-législatif* » pour désigner le fait d'acteurs privés divers¹⁰³⁴ – se traduit effectivement au début du XIX^{ème} siècle par des engagements sur l'honneur et des textes dits « moralisateurs » destinés le plus souvent à la

¹⁰³³ SANCEY (Y.), *Quand les banquiers font la loi. Aux sources de l'autorégulation bancaire en Suisse et en Angleterre, de 1914 aux années 1950*, Antipodes, 2015, p.120.

¹⁰³⁴ v. *supra* n°112.

protection des intérêts des actionnaires¹⁰³⁵. Ces systèmes de persuasion morale vont alors rapidement prendre la forme d'accords informels, soutenus par le gouvernement et contractés par la banque nationale et les principaux établissements de la place pour l'imposition, par exemple d'un embargo ou l'encouragement de certaines formes d'emprunts¹⁰³⁶. À titre d'illustration, les banques de crédit suisses se sont engagées aux termes du *gentlemen's agreement* de 1927 à consulter « la Banque nationale et par son intermédiaire les autorités fédérales compétentes, avant de mettre en souscription tout emprunt étranger »¹⁰³⁷. L'objectif était d'éviter toute répercussion sur le change et le marché de l'argent.

392. On peut observer que ces pratiques se réinventent différemment de nos jours, par l'utilisation croissante des mécanismes d'autorégulation et de corégulation dans plusieurs champs de l'action administrative. L'impulsion est donnée par la culture utilitariste anglo-saxonne qui rompt avec le modèle dominant de gouvernement par le droit¹⁰³⁸. Par l'expérimentation de ces « nouveaux » procédés, les autorités administratives et les acteurs privés du secteur proposent une solution de rechange axée sur l'utilité et l'efficacité¹⁰³⁹. Cette normativité dite « alternative » est le résultat d'une analyse critique sur la manière actuelle de légiférer, vers un retour aux fondamentaux. À travers la recherche des objectifs d'efficience voire de performance, ces initiatives viennent combler de nouveaux besoins dans la gestion des organisations¹⁰⁴⁰. Sur ce fondement, les associations et organisations professionnelles jouent un rôle primordial dans la promotion de ces modes de régulation, en ce qu'elles participent au renforcement du dialogue entre les autorités de régulation du secteur et les professionnels régulés. Elles invitent la profession bancaire et financière à s'exprimer d'une seule voix et favorisent la cohésion dans la mise en place et le maintien d'accords et d'engagements informels.

393. Ces procédés observés dans la pratique normative ont été favorisés ces dernières années par les pouvoirs publics, et nécessitent dès lors d'envisager plus précisément les enjeux liés à ces « nouvelles » formes de régulation informelle (2.).

2. Les enjeux d'une régulation informelle

394. La régulation informelle par le biais de l'autorégulation et de la corégulation s'inscrit indéniablement dans une logique de dépassement du droit. Pour autant, ces mécanismes ne

¹⁰³⁵ BREDART (X.), « Codes et lois de gouvernance : diversité et "Compliance" », *La Revue des Sciences de Gestion*, n°263-264, Sept. 2013, p.67.

¹⁰³⁶ SANCEY (Y.), *op. cit.*, p.280.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p.229.

¹⁰³⁸ MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, n°2, vol. 43, Juin 2002, p.143.

¹⁰³⁹ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), Posner. *L'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, p.97.

¹⁰⁴⁰ MOCKLE (D.), *op. cit.*

peuvent être dissociés d'une dimension morale qu'il y a lieu de confronter avec la loi du marché. Pour bien comprendre les tenants et les aboutissants de ces modes de régulation, il convient au préalable de circonscrire ces deux notions. Si au demeurant ces procédés sont assimilés l'un à l'autre par principe – en ce que la corégulation participe de l'autorégulation¹⁰⁴¹ – ils revêtent cependant des réalités différentes. En effet, l'autorégulation est un concept connu de la plupart des juristes, qui se résume à la capacité d'un système bancaire à se réguler lui-même. Il en découle que l'autorégulation se construit « à l'initiative de ceux à qui elle est destinée et en marge de la loi »¹⁰⁴². Ce mécanisme se traduit par l'utilisation de nombreux instruments non-contraignants qui répondent dans la réalité des pratiques aux préoccupations des acteurs du secteur. Le déploiement de normes de droit souple par les établissements bancaires et financiers illustre parfaitement le phénomène de l'autorégulation dans le lien étroit qu'occupe la *compliance* avec la régulation¹⁰⁴³. La corégulation, quant à elle, occupe une place plus discrète dans la doctrine juridique et se conçoit à l'inverse à l'aune des pouvoirs publics. Sur ce fondement, l'action régulatrice est partagée entre les acteurs privés et publics du secteur qui travaillent ensemble. À cet effet, certains auteurs évoquent la corégulation comme un concept « polysémique »¹⁰⁴⁴. Recouvrant diverses acceptions, la corégulation peut se concevoir par le prisme de ses acteurs qui s'accordent pour agir ensemble ou bien séparément, par délégation aux acteurs privés de la réalisation d'objectifs définis par l'autorité publique. Au-delà de cette première conception, la corégulation se comprend également au moyen d'outils d'information ou d'incitation, qui tentent de contrevenir aux dysfonctionnements du secteur par d'autres méthodes de régulation que la réglementation, à l'image du principe *comply or explain*¹⁰⁴⁵.

395. Ces formes modernes de « privatisation » de la norme témoignent d'une volonté de l'autorité publique d'inclure plus globalement les acteurs privés dans l'édiction de la norme¹⁰⁴⁶. Pour autant, les enjeux liés à ces « nouveaux » modes de régulation restent à définir pour éviter toute forme de dérive. En effet, il est nécessaire de rappeler que si les professionnels régulés ont tout intérêt à éviter le rapport de force avec les pouvoirs publics et à favoriser ces mécanismes complémentaires, ils répondent avant toute chose à la loi du marché. Sur ce postulat et pour que le processus de corégulation fonctionne durablement, des règles doivent

¹⁰⁴¹ DIEUX (X.), « Réflexions sur l'autorégulation en droit des sociétés et en droit financier », in *Droit, morale et marché*, (dir.) DIEUX (X.), Bruylant, 2013, p.39.

¹⁰⁴² *Ibid*, p.32.

¹⁰⁴³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Un droit substantiel de la compliance appuyé sur la tradition européenne humaniste », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.24 : « La prévention des crises de systèmes relève de la compliance dans son lien étroit avec la régulation, dans sa définition comme mode public de palliatif des défaillances des marchés. ».

¹⁰⁴⁴ IGALENS (J.), « Corégulation », in *Dictionnaire critique de la RSE*, (dir.) POSTEL (N.), SOBEL (R.), Presses Universitaires du Septentrion, 2013, p.89.

¹⁰⁴⁵ v. *supra* n°282.

¹⁰⁴⁶ DIEUX (X.), *op. cit.*, p.33-34.

être établies pour éviter tout risque de déséquilibre entre les intérêts des acteurs privés et publics. La question se pose aussi au sein même des acteurs privés qui ne disposent pas tous de la même configuration et des moyens matériels pour faire avancer leurs propres intérêts¹⁰⁴⁷. La prise en compte des différentes parties prenantes doit être au cœur du travail de collaboration et de concertation. Enfin, le recours aux outils d'incitation par les autorités de régulation impose d'anticiper toute possibilité de détournements par les acteurs privés pour éviter une utilisation frauduleuse du système¹⁰⁴⁸.

396. La prééminence des initiatives d'autorégulation et de corégulation se révèle essentiellement à la lumière de l'environnement réglementaire et législatif dans lequel les acteurs économiques du secteur bancaire et financier évoluent. L'afflux de sanctions des régulateurs pèse irrémédiablement sur les professionnels régulés et constitue un facteur déclencheur au développement de l'autorégulation et de la corégulation (B.).

B. L'afflux de sanctions des régulateurs

397. Des évolutions importantes peuvent être observées ces dernières années dans le cadre institutionnel des établissements bancaires et financiers, suite au renforcement du dispositif de sanctions des autorités de régulation (1.). Ces changements ont une incidence forte sur le comportement des professionnels régulés et augmentent l'efficacité de ces « nouveaux » modes de régulation informelle (2.).

1. Le renforcement du dispositif de sanctions des autorités de régulation bancaires et financières

398. Depuis la crise financière de 2008, les autorités de régulation françaises n'ont cessé d'accroître leurs pouvoirs de sanction. En effet, l'ACPR a relevé une première fois le *quantum* des sanctions pécuniaires en matière bancaire en 2008, avec la loi dite de modernisation de l'économie (LME) qui ouvre la voie à une modification du système de supervision français¹⁰⁴⁹ ; puis en 2010 avec l'ordonnance n°2010-76¹⁰⁵⁰ portant création de l'ACP et multipliant par 20 le plafond des sanctions pécuniaires¹⁰⁵¹. La directive « CRD IV » vient elle aussi compléter ces relèvements en harmonisant au niveau européen le plafond des sanctions à 10 % du chiffre d'affaires de la personne morale¹⁰⁵². À cela elle ajoute une nouveauté importante, avec la

¹⁰⁴⁷ v. *infra* n°628. IGALENS (J.), *op. cit.*, p.91.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p.92 : Référence de l'auteur à la fraude à la taxe carbone où le montant de la TVA non-acquittée s'élève à près de 283 millions d'euros.

¹⁰⁴⁹ Loi n°2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite « LME »), JO n°0181, 5 août 2008. Le plafond des sanctions pécuniaires a été relevé de 5 à 50 millions d'euros.

¹⁰⁵⁰ v. *supra* n°138.

¹⁰⁵¹ BOUCHEZ (R.), « Introduction », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.183.

¹⁰⁵² v. *supra* n°237.

possibilité de prononcer des sanctions à l'encontre de personnes physiques « allant des dirigeants-responsables aux membres du conseil d'administration ou de surveillance, ou de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes. Ces sanctions pourront aller jusqu'à 5 millions d'euros. »¹⁰⁵³. Ainsi, en sus des sanctions pécuniaires encourues par les personnes morales, l'ACPR dispose d'un arsenal de sanctions disciplinaires à l'encontre des personnes physiques telles que la suspension temporaire de dirigeants pour une durée maximale de dix ans, ou encore la démission d'office de dirigeants¹⁰⁵⁴. À titre d'illustration, la Commission des sanctions de l'ACPR a prononcé à l'encontre du directeur général de la Bank Tejarat Paris, une suspension de trois mois suite à des manquements constatés dans le dispositif de LCB-FT et de gel des avoirs de la banque¹⁰⁵⁵. Le constat est le même pour l'AMF qui dispose d'un éventail de sanctions dont le montant a sensiblement augmenté, pour condamner les professionnels considérés comme des personnes physiques et morales placés sous son contrôle, mais aussi toute autre personne exerçant une influence sur le fonctionnement des marchés financiers dans le cadre du manquement d'abus de marché¹⁰⁵⁶.

399. Pour autant, les analyses récentes menées sur l'accroissement du montant des sanctions des autorités de régulation n'ont pas démontré une véritable corrélation avec la crise financière¹⁰⁵⁷. En effet, la pratique décisionnelle européenne témoigne davantage d'une prise en compte de la capacité contributive des entreprises pour le calcul des amendes infligées, comme le rappelle les lignes directrices de la Commission européenne¹⁰⁵⁸. Ainsi, il est à croire que même si le « dommage est élevé en temps de crise », l'amende prononcée par les autorités européennes sera proportionnée aux établissements sanctionnés pour éviter tout risque de déséquilibre économique et de mise en danger de la viabilité de l'entreprise¹⁰⁵⁹. Dans le même sens, on peut observer que le nombre de sanctions prononcées par les autorités de régulation françaises n'a pas foncièrement augmenté depuis la crise financière mondiale. Depuis 2008, la Commission des sanctions de l'ACPR a rendu une soixantaine de décisions, ce qui témoigne d'une certaine forme de constance, avec tout de même une légère augmentation quantitative

¹⁰⁵³ NOYER (C.), « CRD IV est un atout pour les banques françaises et européennes », *Revue d'Économie Financière*, n°112, Déc. 2013, p.71.

¹⁰⁵⁴ ACPR, « Procédure disciplinaire », Oct. 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sanctionner/procedure-disciplinaire>.

¹⁰⁵⁵ Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2011-03*, 27 nov. 2012, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20121127-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>.

¹⁰⁵⁶ C.monét.fin. art. L.621-15.

¹⁰⁵⁷ BOUTHINON-DUMAS (H.), KIRAT (Th.), MARTY (F.), « Crise financière et pratique décisionnelle de la Commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.187.

¹⁰⁵⁸ Comm. (UE), *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23-2 du Règlement CE n°1/2003*, Commission Européenne, JOUE 2006/C 210/02, 1^{er} sept. 2006, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52006XC0901%2801%29>.

¹⁰⁵⁹ BOUTHINON-DUMAS (H.), KIRAT (Th.), MARTY (F.), *op. cit.*, p.193.

notée ces quatre dernières années¹⁰⁶⁰. De son côté, la Commission des sanctions de l'AMF prononce en moyenne plus d'une vingtaine de décisions par an, ce qui renvoie à un volume de plus de 200 décisions au cours des dix dernières années, avec une diminution du nombre de décisions rendues depuis 2013¹⁰⁶¹. Ces évolutions constantes dans le prononcé par les autorités de régulation du nombre de décisions de sanctions laissent à penser que le dispositif en place n'a pas de réelle vocation punitive et ne constitue pas un moyen de condamnation sévère. Il est vrai qu'il y a quelques années, les décisions de sanctions de l'ACPR ou de l'AMF illustraient l'incapacité des régulateurs français à réprimer lourdement les agissements fautifs des établissements bancaires et autres professionnels du secteur. Le caractère comminatoire de la sanction n'était pas frappant et pouvait même faire sourire face à la petitesse des sanctions pécuniaires prononcées pour une longue liste de griefs relevés en matière de LCB-FT. À titre d'illustration, la Caisse de crédit municipal de Toulon a été condamnée en 2011 à un blâme et une sanction pécuniaire de 150.000 euros¹⁰⁶².

400. Ce constat n'est plus vrai aujourd'hui suite aux récentes décisions de sanctions rendues par les autorités de régulation qui marquent un point de rupture. Lors de ces cinq dernières années, les compteurs ont explosé et les autorités de régulation françaises, secouées par les amendes américaines à l'encontre de banques françaises, ont pris conscience de la nécessité de donner un effet dissuasif à leurs décisions de sanctions. Le prononcé de sanctions pécuniaires dites « records » a également eu un impact inévitable sur les établissements bancaires et financiers et les politiques menées en matière de régulation du secteur (2.).

2. Les conséquences de l'accroissement du montant des sanctions des autorités de régulation

401. En 2017, les Commissions des sanctions de l'ACPR et de l'AMF ont fortement sanctionné deux établissements bancaires et financiers français par le prononcé de décisions de sanctions dont le *quantum* s'élève à plusieurs millions d'euros. En effet, une amende pécuniaire de 10 millions d'euros a été retenue à l'encontre de la BNP-Paribas pour des faits de manquements aux obligations en matière de LCB-FT¹⁰⁶³, et la responsabilité du gestionnaire d'actifs Natixis Asset a été engagée pour un montant de 35 millions d'euros suite au non-

¹⁰⁶⁰ ACPR, « Recueil de jurisprudence », 19 avr. 2018, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sanctionner/recueil-de-jurisprudence>>.

¹⁰⁶¹ AMF, « Décisions de la Commission des sanctions », 2018, en ligne :

<<http://www.amf-france.org/Sanctions-et-transactions/Décisions-de-la-commission/Chronologique/Liste-Chronologique?year=2018&docType=sanction>>.

¹⁰⁶² Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2010-01*, 10 janv. 2011, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/18/201101-ccmt-decision-de-l-acp.pdf>>.

¹⁰⁶³ Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2016-06*, 12 mai 2017, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20170601_decision_bnpp.pdf>.

respect d'obligations professionnelles dans la gestion de fonds à formule¹⁰⁶⁴. Si l'augmentation du montant des amendes prononcées par les régulateurs français n'a pas de lien apparent avec la crise financière, celle-ci trouve son inspiration à l'étranger au regard des pratiques des régulateurs anglo-saxons. Plus précisément, le ministère de la justice américain a pris pour habitude de sanctionner très lourdement les professionnels qu'il régule, mais également les banques et entreprises européennes, au nom de l'extraterritorialité du droit américain¹⁰⁶⁵. La sanction exemplaire prononcée par le Department of Justice (DoJ), et rendue à l'encontre de BNP-Paribas en juin 2014, marque l'actualité de ces dernières années¹⁰⁶⁶. Cette décision n'est toutefois pas un cas isolé et s'accompagne d'autres amendes infligées sévèrement par les autorités américaines qui représenteraient près de 260 milliards de dollars à fin 2014¹⁰⁶⁷.

402. Plus largement, on observe que les acteurs économiques du secteur bancaire et financier sont de plus en plus confrontés à l'internationalisation du droit, qui peut constituer une source de complexité supplémentaire. La conduite d'activités en France et à l'étranger impose aux banques internationales de se conformer davantage au respect de réglementations locales pour répondre aux exigences de régulateurs multiples. Dès lors, face à la pression grandissante des régulateurs français mais aussi américains, les banques ont pour la plupart augmenté leurs provisions pour litige¹⁰⁶⁸ et renforcé leurs dispositifs de contrôle interne. Les politiques répressives menées par les autorités de régulation sont plus sélectives et concentrent

¹⁰⁶⁴ Commission des sanctions de l'AMF, *Procédure n°16-09, Décision n°9*, 25 juill. 2017, en ligne : <<http://www.amf-france.org/Sanctions-et-transactions/Decisions-de-la-commission/Chronologique/Liste-Chronologique/Sanction?year=2017&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F8df09a84-2589-4e76-ab5a-3ec3bf367c5b>>.

¹⁰⁶⁵ DE VAUPLANE (H.), « Les entreprises européennes face à l'extraterritorialité du droit américain », *RB*, n°724, Mai 2010, p.78 : « L'application extraterritoriale d'une loi américaine peut être tenue pour légale à la double condition qu'il existe un lien de rattachement suffisant avec l'État qui a édicté la norme et qu'une activité exercée à l'étranger puisse avoir un effet sur les intérêts protégés par l'État auteur de la loi extraterritoriale. [...] La loi américaine est applicable dès lors qu'une opération produit des effets sur le territoire des États-Unis ou lorsque les manœuvres ont été effectuées sur le territoire américain. ».

¹⁰⁶⁶ Juin 2014, le ministère américain de la justice « *Department of Justice – DoJ* » accuse BNP-Paribas d'avoir violé l'embargo économique américain au Soudan, en Iran et à Cuba, en réalisant dans ces pays des opérations libellées en dollars. Il condamne alors très sévèrement l'établissement bancaire français à verser une amende de 9 milliards de dollars.

¹⁰⁶⁷ MASOUNAVE (A.), « Dossier Conformité, le millefeuille réglementaire s'épaissit », *AGEFI Hebdo*, Sept. 2015, p.26 ; v. également, MOREL-MAROGER (J.), « La Société Générale, dernière des banques françaises condamnée pour violation des embargos américains », *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2019, p.73 : « la Société Générale est le troisième grand établissement français après la BNP-Paribas et le Crédit Agricole condamné par les autorités américaines à payer une amende d'environ 1,2 milliards d'euros pour des transactions réalisées entre 2004 et 2010 en violation des règles d'embargos décrétées à Cuba. ».

¹⁰⁶⁸ *Ibidem* : « Royal Bank of Scotland (RBS) a annoncé des pertes à hauteur de 237 millions de dollars [...] : en cause, le triplement des coûts de structuration et 713 millions de livres de provisions, principalement à cause des poursuites liées au marché des "mortgage-backed securities - MBS" américains. [...] Même son de cloche pour Barclays, qui a payé plus de 2,5 milliards de dollars en amendes et transactions au deuxième trimestre 2015 : ses provisions pour litige s'élèvent à 6,6 milliards de provisions cumulées au 30 juin 2015. ».

davantage de moyens sur les affaires plus préjudiciables¹⁰⁶⁹. En suivant cette logique punitive, les décisions de sanctions des régulateurs influent sur les professionnels du secteur et les poussent majoritairement à s'autoréguler plus qu'à coréguler. Le nombre de décisions de sanctions n'est pas prêt de diminuer avec la supervision récente de la BCE, ou encore avec les dernières décisions de sanctions prononcées à son tour par l'AEMF à l'encontre d'établissements financiers non-autorisés à émettre des notations de crédit¹⁰⁷⁰.

403. En somme, le constat de l'évolution des pratiques décisionnelles des régulateurs est un facteur déterminant dans la prise de conscience par les professionnels, de l'importance d'être associés à la norme. Pour répondre à une approche transnationale du droit et éviter tout risque de sanction, les grands groupes bancaires n'ont pas d'autre choix que de se réguler eux-mêmes et de conformer à la norme. Il est intéressant d'observer que les institutions européennes se font le relai de la promotion des initiatives d'autorégulation et de corégulation pour faire avancer le débat européen. Cette mouvance relative à la mise en place d'une réglementation concertée et intelligente, contribue largement à affirmer la légitimité européenne de ces mécanismes d'autorégulation et de corégulation (§2).

§2 La légitimité européenne des mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier

404. Les institutions européennes accordent une place privilégiée à l'autorégulation et la corégulation pour guider la construction européenne. Cet engouement pour les procédés de normalisation marque l'avènement d'un État européen « régulateur » (A.) qui n'hésite plus à se saisir de ces mécanismes pour supprimer les obstacles au marché unique. Sur ce fondement, l'idéal de consensus européen tant recherché s'illustre par le biais de la corégulation législative (B.).

A. L'avènement d'un État européen « régulateur »

405. Le cadre européen est un lieu de production important de normes en tout genre, dont les trois quarts résultent d'initiatives de marché et ne relèvent pas d'un règlement ou d'une directive¹⁰⁷¹. En effet, les principes politiques de la construction européenne que constituent la recherche du dialogue social et du consensus entre les États membres font écho au processus de normalisation. Ce dernier participe à un mouvement dit de « re-regulation »¹⁰⁷² et représente

¹⁰⁶⁹ BOUTHINON-DUMAS (H.), KIRAT (Th.), MARTY (F.), *op. cit.*, p.203.

¹⁰⁷⁰ BONNEAU (Th.), « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la Compliance*, *op. cit.*, p.91 : Références à plusieurs décisions de sanctions prononcées le 11 juill. 2018 par l'AEMF à l'encontre de la Danske Bank A/S (ESMAA41-137-1145) ou encore de Svenska Handelsbanken AB (ESMAA41-137-1147).

¹⁰⁷¹ BORRAZ (O.), « Les normes, instruments dépolitisés de l'action publique », in *Gouverner par les instruments*, (dir.) LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2004, p.144.

¹⁰⁷² MAJONE (G.), *La Communauté européenne. Un État régulateur*, Montchrestien, 1996, p.21.

une alternative à la législation contraignante, trouvant sa légitimité dans la consultation des parties prenantes, l'échange et la prise en compte d'intérêts divergents. En ce sens, le choix de recourir à la normalisation résulte des difficultés rencontrées par les institutions européennes d'obtenir des accords entre les États membres et d'instaurer des mesures contraignantes. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne a cherché à promouvoir d'autres modes de régulation dans le cadre plus global de réflexions sur de nouvelles dynamiques démocratiques au sein de l'Union¹⁰⁷³. Plus précisément, la Commission européenne a lancé en 2001 deux initiatives importantes, en publiant un livre vert intitulé « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises »¹⁰⁷⁴, et un livre blanc sur la gouvernance européenne¹⁰⁷⁵. Ces réformes tendent toutes deux à impliquer davantage la société civile dans la mise en œuvre des politiques européennes. En encourageant le déploiement de pratiques innovantes pour améliorer la réglementation en matière de gouvernance et de responsabilité sociale des entreprises au niveau européen, la Commission européenne donne une légitimité supplémentaire aux initiatives d'autorégulation et de corégulation. Cet encadrement ouvre la voie à d'autres instruments juridiques pour accompagner l'activité réglementaire classique. La voie moins contraignante est à envisager au même titre que la voie législative pour faire progresser le débat sur ces thématiques.

406. L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »¹⁰⁷⁶ de 2003, modifié en 2016 et liant la Commission, le Conseil et le Parlement européens, marque un pas important dans la définition et la structuration des pratiques d'autorégulation et de corégulation au sein de l'Union européenne. En effet, cet accord précise pour la première fois les modalités de reconnaissance de ces instruments et clarifie la place qu'ils occupent à côté des outils traditionnels de régulation européenne : « Les trois institutions rappellent que l'Union a l'obligation de ne légiférer que si et dans la mesure où cela est nécessaire, conformément à l'article 5 du traité sur l'Union européenne concernant les principes de subsidiarité et de proportionnalité. »¹⁰⁷⁷. L'objectif de simplification et de réduction de la charge réglementaire est clairement annoncé avec la volonté de privilégier une réglementation « de haute qualité [...], concentrée sur les domaines où sa

¹⁰⁷³ BORRAZ (O.), *op. cit.*, p.145.

¹⁰⁷⁴ Comm. (UE), *Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Commission Européenne, *op.cit.*

¹⁰⁷⁵ Comm. (UE), *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, Commission Européenne, COM(2001), 0428 final, JOUE n°287, 12 oct. 2001, p.1-29, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52001DC0428>.

¹⁰⁷⁶ Parl. (UE), Cons. (UE), Comm. (UE), *Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer »*, Parlement Européen, Conseil Européen et Commission Européenne, 13 avr. 2016, JOUE L123/1, 12 mai 2016, se substitue à l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 déc. 2003, en ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016Q0512%2801%29#ntr8-L_2016123FR.01000101-E0008

¹⁰⁷⁷ Considérant (3) de l'Accord interinstitutionnel, 13 avr. 2016.

valeur ajoutée est la plus importante »¹⁰⁷⁸. Pour autant, le Comité économique et social européen (CESE), qui se présente comme la voix de la société civile en Europe¹⁰⁷⁹, regrette que cet accord n'ait pas donné lieu à « une quelconque obligation juridique envers les tiers », ni à une réflexion plus poussée sur la nature juridique et les conditions de validité des instruments d'autorégulation et de corégulation au niveau européen¹⁰⁸⁰. Dans ce sens, le Parlement européen reste lui aussi très prudent concernant l'initiative « Mieux légiférer » et met en garde, dans une Résolution du 9 septembre 2010, contre l'abandon de la procédure législative qui pourrait « nuire à la sécurité juridique ou à la lisibilité de la législation en vigueur »¹⁰⁸¹.

407. Ces tentatives destinées à améliorer la qualité de la législation de l'Union européenne marquent l'avènement d'un État « régulateur » européen¹⁰⁸², qui privilégie davantage le recours aux mécanismes de corégulation que d'autorégulation. En effet, la Commission européenne dévoile dans une communication publiée après la déclaration de son président de l'époque, José Manuel Barroso, le principe innovant de « réglementation intelligente » qui consiste à « renforcer la voix des citoyens et d'autres parties prenantes » pour légiférer à bon escient¹⁰⁸³. Ainsi, en associant le concours des acteurs les plus concernés à des mesures législatives ou réglementaires contraignantes, l'application et l'appropriation des textes ne peuvent être qu'accentuées. C'est en suivant cette logique que les institutions européennes privilégient en amont le travail pré-législatif de consultation publique des parties intéressées, d'analyse d'impact mais aussi en aval le travail d'évaluation de la législation existante¹⁰⁸⁴. Par conséquent, l'ouverture du processus de décision aux intérêts organisés est la méthode utilisée par l'Union européenne pour déboucher sur « des engagements clairs de toutes les parties prenantes concernées, assortis d'indicateurs de performance »¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, considérant (2).

¹⁰⁷⁹ CESE, « Découvrez ce que le CESE fait pour vous », 2015, en ligne : <<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-01-15-875-fr-n.pdf>>. Le CESE est un organe consultatif qui offre aux représentants des milieux socioprofessionnels et d'autres organisations en Europe une plateforme officielle où ils peuvent exprimer leurs points de vue sur les questions européennes.

¹⁰⁸⁰ CESE, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne »*, Comité économique et social européen, 22 avr. 2015, JOUE 2015/C291/05, 4 sept. 2015, en ligne : <<https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/autoregulation-et-coregulation>>.

¹⁰⁸¹ Parl. (UE), *Résolution sur « Mieux légiférer » – 15e rapport annuel de la Commission conformément à l'article 9 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, Parlement Européen, 9 sept. 2010, JOUE C308 E/66, 20 oct. 2011, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/DOC_1.fr.pdf>.

¹⁰⁸² MAJONE (G.), *op. cit.*, p.108.

¹⁰⁸³ Comm. (UE), « Réglementation intelligente : des lois européennes dans l'intérêt des citoyens et des entreprises », 8 oct. 2010, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1296_fr.htm?locale=FR>.

¹⁰⁸⁴ Considérants (12 à 24), *op. cit.*

¹⁰⁸⁵ IGALENS (J.), *op. cit.*, p.90.

408. Cette approche théorique de la corégulation permet de promouvoir une responsabilisation plus favorable de toutes les parties prenantes. Cependant, il est intéressant également d'illustrer la pertinence de recourir à ces procédés de régulation à travers des exemples concrets (B.).

B. Illustration de la pertinence du mécanisme de corégulation

409. Les avantages du recours au procédé de corégulation se sont illustrés au détour de la mise en place de l'initiative SEPA, qui représente un exemple réussi de normalisation européenne (1.). Le succès de ce mécanisme tient indéniablement dans la recherche d'une réglementation concertée (2.).

1. L'initiative SEPA, un exemple de corégulation européenne réussie

410. Plusieurs initiatives d'autorégulation et de corégulation ont été déployées à l'échelon européen dans des domaines très variés¹⁰⁸⁶. En matière bancaire et financière, la création de l'espace unique de paiement en euros, *Single Euro Payments Area* (SEPA), est une illustration concrète de l'avantage de recourir au mécanisme de corégulation. En effet, pour mettre un terme à la multitude d'instruments et de dispositifs nationaux rendant difficile voire impossible le traitement de paiements transfrontaliers, la communauté bancaire européenne a créé en juin 2002 le Conseil européen des paiements, le *European Payments Council* (EPC)¹⁰⁸⁷, né sous l'égide des autorités publiques¹⁰⁸⁸. Ainsi, l'EPC a défini le cadre du projet SEPA à travers la mise en place progressive d'un système de paiement commun au sein de l'UE mais aussi dans les pays membres de l'EEE, en Islande, au Liechtenstein, et en Norvège. Ce projet démarré à l'initiative de « soixante-quatorze banques et associations bancaires européennes, dont les trois associations européennes du secteur du crédit et l'Association bancaire pour l'euro »¹⁰⁸⁹ qui composent l'EPC, découle résolument d'une coordination des actions menées par les entreprises de la zone euro, les systèmes européens de compensation et de règlement, et plus globalement le secteur bancaire européen.

¹⁰⁸⁶ Observatoire du Marché Unique, « L'autorégulation et la corégulation européennes », 5 nov. 2009, p.10-11, en ligne : <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_fr-2.pdf>: « Ce fut le cas dans les domaines du commerce électronique, du marché intérieur des services, des services financiers, des assurances, [...] de l'étiquetage et de l'information des consommateurs, des spécifications techniques de certains produits [...], des économies d'énergies, du tourisme et de la protection de l'environnement. ».

¹⁰⁸⁷ EPC, *About us*, 2018, en ligne : <<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/about-us>> : l'EPC est une organisation internationale à but non-lucratif qui permet aux acteurs européens privés qui la composent de s'exprimer d'une seule et même voix. L'EPC réunit en 2018 plus de 75 membres.

¹⁰⁸⁸ BCE, « L'espace unique de paiement en euros (SEPA), un marché intégré des paiements de détail », 2009, p.9 en ligne : <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/sepa_brochure_2009fr.pdf> : Les autorités publiques suivantes sont parties prenantes au projet SEPA : L'Eurosystème, composé de la Banque Centrale Européenne et des banques centrales nationales de la zone euro, la Commission Européenne et les autorités nationales.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p.8.

411. Dès 2004, l'EPC a travaillé dans un premier temps à la conception de nouveaux instruments de paiement, en établissant un certain nombre de standards, de règles et de pratiques applicables aux virements et prélèvements SEPA. Avec la création du *SEPA Credit Transfer* (SCT)¹⁰⁹⁰ le 1^{er} septembre 2005, l'EPC a défini le contenu, le format des ordres d'initiation des virements mais aussi le fonctionnement des virements transfrontaliers vers une automatisation du traitement des ordres¹⁰⁹¹. La mise en place du *SEPA Direct Debit* (SDD)¹⁰⁹² le 1^{er} septembre 2005 pour les prélèvements marque également un tournant dans le processus de normalisation des échanges interbancaires, permettant par là même une harmonisation des pratiques au niveau européen au moyen d'un mandat de prélèvement qui comprend *a minima* les identifiants bancaires du créancier (IBAN et BIC)¹⁰⁹³. Au même moment, l'EPC a adopté le *SEPA Cards Framework* (SCF)¹⁰⁹⁴, afin de favoriser les paiements par carte dans un espace interopérable européen où les systèmes internationaux (i.e. Visa, Mastercard) et nationaux (i.e. cartes bancaires) coexistent¹⁰⁹⁵. De plus, dans la perspective de diminution des disparités nationales et de standardisation, l'EPC a entrepris des travaux relatifs aux infrastructures de paiement sous-jacentes, traitant ainsi « le volet opérationnel de la compensation et du règlement des paiements en euros »¹⁰⁹⁶. L'objectif était alors de concevoir un ensemble de règles à l'encontre des gestionnaires d'infrastructures (i.e. les chambres de compensation, les opérateurs de systèmes...) pour assurer la circulation de la monnaie scripturale au sein du système bancaire et financier européen.

412. L'EPC a entamé à partir de 2006 une phase de mise en œuvre de ces principes, puis de migration progressive au SEPA auxquelles ont grandement participé les acteurs du marché qui ont progressivement cessé, dès 2008, de proposer les instruments nationaux de virement et de prélèvement¹⁰⁹⁷. Le lancement de SEPA s'est également accompagné d'une série de tests diligentés par l'EPC pour déterminer les scénarios les plus adaptés au déploiement de

¹⁰⁹⁰ CEP, *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook*, Conseil Européen des Paiements, 3 mars 2016, en ligne :

<<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/sites/default/files/KB/files/EPC125-05%20SCT%20RB%20v8.2%20Approved.pdf>>.

¹⁰⁹¹ BEAU (D.), CHABASSOL (G.), COLLES (B.), « La marche vers l'Europe de moyens de paiement scripturaux : le projet SEPA », *Bull. Banque de France*, n°147, Mars 2006, p.27.

¹⁰⁹² CEP, *SEPA Core Direct Debit Scheme Rulebook*, Conseil Européen des Paiements, 4 mars 2015, en ligne : <<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/sites/default/files/KB/files/item%202%20EPC016-06%20Core%20SDD%20RB%20v7.2%20Approved.pdf>>.

¹⁰⁹³ BEAU (D.), CHABASSOL (G.), COLLES (B.), *op. cit.*

¹⁰⁹⁴ CEP, *SEPA Cards Standardisation Volume, Books 1 to 7*, Conseil Européen des Paiements, 26 mai 2016, en ligne :

<<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/sites/default/files/KB/files/EPC020-08%20Book%207%20-%20Cards%20Processing%20Framework%20-%20SCS%20Volume%20v7.5.pdf>>.

¹⁰⁹⁵ Banque de France, « Comité National des Paiements Scripturaux », 15 déc. 2017, en ligne :

<<https://www.banque-france.fr/stabilite-financiere/comite-national-des-paiements-scripturaux/sepa>>.

¹⁰⁹⁶ BCE, *L'espace unique de paiement en euros (SEPA), un marché intégré des paiements de détail*, *op. cit.*, p.12.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p.14.

SEPA à l'échelon européen¹⁰⁹⁸. Cette initiative SEPA a été ensuite rapidement institutionnalisée par le droit européen avec la création du règlement (UE) n°260/2012 du 14 mars 2012, établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euro¹⁰⁹⁹. D'autres mesures ont été prises précédemment pour contribuer à la réussite de SEPA, telle que la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur¹¹⁰⁰ ou encore le règlement (CE) n°924/2009 du 16 septembre 2009 relatif aux paiements transfrontaliers dans la Communauté¹¹⁰¹. Il ressort de cette migration concertée un droit dit « hybride »¹¹⁰², qui est le résultat des interactions entre pouvoirs publics et acteurs privés. Dans ce sens, la mise en place de l'EPC puis du Conseil SEPA¹¹⁰³ constituent une avancée importante en matière de gouvernance européenne.

413. L'accomplissement du projet SEPA renforce directement la légitimité du mécanisme de corégulation législative dont les avantages résultent d'une réglementation concertée (2.).

2. Les avantages d'une réglementation concertée

414. L'exemple de corégulation législative que symbolise l'initiative SEPA a permis en définitive de lever un certain nombre d'obstacles relatifs au fonctionnement du marché unique en procédant à la reconnaissance progressive de principes et de règles communes à l'échelon européen. En privilégiant la concertation des parties prenantes, et plus précisément des professionnels du secteur, ce mécanisme de corégulation a favorisé l'harmonisation des législations nationales. Les dispositifs de prélèvements et de virements SEPA déployés dans le cadre de ce projet ont été largement débattus et discutés par la profession, ce qui a grandement facilité leur migration en aval. Par voie de conséquence, le fait d'associer la société civile au processus normatif investit, d'une part, les acteurs privés du secteur d'une forme de responsabilité dans le respect de la norme, mais aussi d'une certaine liberté en ce qu'ils ont pu

¹⁰⁹⁸ CEP, *SEPA Testing Framework*, Conseil Européen des Paiements, 26 oct. 2013, en ligne : <<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/news-insights/news/sepa-testing-framework-now-available>>.

¹⁰⁹⁹ Régl. Parl. et Cons. n°260/2012 (UE), 14 mars 2012 établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros et modifiant le règlement (CE) n°924/2009, *JOUE* 30 mars 2012, n°L094, p.22.

¹¹⁰⁰ Dir. Parl. et Cons. n°2007/64/CE (UE), 13 nov. 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, *JOUE* 5 déc. 2007, n°L319, p.1 : « Cette directive constitue le fondement juridique moderne de la création d'un marché intérieur des paiements dont SEPA est un élément essentiel. ».

¹¹⁰¹ Régl. Parl. et Cons. n°924/2009 (UE), 16 sep. 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté, *JOUE* 9 oct. 2009, n°L266, p.11 : Ce règlement prévoit lui aussi des mesures favorables au déploiement du projet SEPA telles que le principe de l'égalité des frais pour les prélèvements transfrontaliers et l'accessibilité des prélèvements.

¹¹⁰² IGALENS (J.), *op. cit.*, p.92.

¹¹⁰³ Juin 2010, la Commission Européenne et la Banque Centrale Européenne établissent le Conseil SEPA réunissant les représentants de l'offre mais aussi de la demande du marché des paiements, incluant l'EPC. Le Conseil SEPA sera remplacé dès le 19 décembre 2013 par l'« *Euro Retail Payment Board* ».

faire valoir la défense de leurs intérêts¹¹⁰⁴. D'autre part, l'initiative SEPA est l'illustration parfaite de l'instauration d'une « approche proactive de la pratique du droit »¹¹⁰⁵ tant recherchée par le CESE. En effet, ce dernier a la conviction que le droit doit être mis en œuvre avec et pour ses utilisateurs qui sont en mesure de tirer avantage de la norme¹¹⁰⁶. Dans l'alignement de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »¹¹⁰⁷, le CESE recommande d'alléger les circuits législatifs pour atteindre les objectifs poursuivis et encourager davantage l'autorégulation et la corégulation, en s'abstenant de réglementer. Sur ce principe, l'attention du législateur ne porte que sur ce qui apparaît absolument nécessaire, laissant à la réglementation davantage de liberté conformément « aux principes fondamentaux de subsidiarité, de proportionnalité, de précaution et de durabilité [qui] acquièrent une importance et une dimension nouvelles »¹¹⁰⁸. En somme, toute la phase préparatoire en amont du règlement fondateur du projet SEPA¹¹⁰⁹ par le biais de *testings*, d'analyses d'impact et de la consultation des acteurs du marché est un rempart à l'empilement législatif vers le renforcement du rôle joué par les professionnels dans l'élaboration de la norme.

415. De plus, le succès des mécanismes d'autorégulation et de corégulation tient à leur accessibilité et à leur représentativité en ce qu'ils doivent prendre en compte, de la manière la plus équilibrée possible, les divergences d'intérêts et de points de vue. Plus précisément, l'information véhiculée autour de ces procédés est primordiale car elle implique le plus souvent une application volontaire de la norme¹¹¹⁰. En effet, la transparence au cœur de ces mécanismes ne peut se manifester que par le relais de l'information à laquelle les associations et groupements professionnels du secteur bancaire et financier participent pleinement. À travers leur rôle de catalyseurs de la norme, ces acteurs du marché orientent les comportements et avancent dans le sens d'un consensus qui constitue « un principe charnière dans la démarche de normalisation »¹¹¹¹. Pour autant, il va sans dire que la crédibilité et la fiabilité des mécanismes d'autorégulation et de corégulation impliquent de déployer, en parallèle, un arsenal de contrôles et de moyens pour s'assurer du respect de la norme par ses

¹¹⁰⁴ Observatoire du Marché Unique, *op. cit.*, p.35-36 : « Un autre avantage des initiatives d'autorégulation et de corégulation est le développement à travers elles d'une coresponsabilité des acteurs économiques et de la société civile, faisant véritablement d'eux des partenaires à part entière de la construction européenne. ».

¹¹⁰⁵ CESE, *Avis sur « L'approche proactive de la pratique du droit : un pas en avant vers une meilleure réglementation au niveau de l'UE »*, Comité Économique et Social Européen, 17 janv. 2008, JOUE 2009/C175/05, 28 juill. 2009, en ligne : <<https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/91043bfc-960f-4f70-811a-4d11b02e4bbc>>.

¹¹⁰⁶ Considérant (1.5) de l'*Avis sur « L'approche proactive de la pratique du droit : un pas en avant vers une meilleure réglementation au niveau de l'UE »* du CESE. *préc.*

¹¹⁰⁷ v. *supra* n°406.

¹¹⁰⁸ Considérant (1.7), de l'*Avis sur « L'approche proactive de la pratique du droit : un pas en avant vers une meilleure réglementation au niveau de l'UE »* du CESE. *préc.*

¹¹⁰⁹ v. *supra* n°411.

¹¹¹⁰ BORRAZ (O.), « Les normes, instruments dépolitisés de l'action publique », *op. cit.*, p.128.

¹¹¹¹ *Ibidem*.

destinataires¹¹¹². C'est sur ce fondement qu'est née la *compliance* au sein des établissements bancaires et autres professionnels du secteur, qui ont mis en place depuis plusieurs années des dispositifs de conformité et d'autres modes de régulation privés pour veiller à la bonne application de la norme.

416. Enfin, nous avons pu noter que le débat européen pousse inexorablement les acteurs privés et publics du secteur à s'autoréguler voire à coréguler pour concevoir des projets d'utilité commune. Cette nouvelle dynamique s'est construite sous l'impulsion de la culture anglo-saxonne et des *gentlemen's agreement* encouragée par la conclusion d'accords informels soutenus par les autorités publiques. Dès lors, l'expérimentation de ces « nouveaux » procédés de régulation s'est accélérée ces dernières années, suite à l'afflux de sanctions des autorités de régulation et à la pression réglementaire croissante qui pèsent sur les professionnels régulés. Il en résulte pour les établissements bancaires et financiers une volonté d'appréhender différemment la gestion de leurs risques pour échapper à la sanction. Cette logique a abouti à l'invention d'un modèle français de la conformité qui dépoussière le secteur bancaire et financier et met en lumière la capacité d'adaptation et de rebond des professionnels régulés (Section II).

Section II : L'invention de la « *compliance* à la française »

417. L'invention de la « *compliance* à la française » est le fruit d'une révolution culturelle menée pendant plusieurs années par les établissements bancaires et financiers français qui se sont organisés pour réduire et limiter fortement leur exposition au risque de non-conformité (§1). À cet effet, on peut se demander si l'éclosion de la *compliance* au cœur des établissements bancaires et financiers français constitue un véritable moteur de performance ou bien s'il s'agit de simples programmes cosmétiques pour éviter tout risque de sanction (§2).

§1 Une révolution culturelle

418. Les établissements bancaires français ont pris conscience au fil des années, de l'importance de la mise en place de programmes de conformité (A.). Cette acculturation s'inscrit dans le cadre d'une vague d'initiatives qui visent à imposer la « *compliance* » au cœur des banques françaises, donnant naissance à l'organisation actuelle du dispositif de contrôle de la conformité (B.).

¹¹¹² v. *infra* n°565.

A. Le déploiement progressif d'une culture de la conformité au sein des banques françaises

419. La *compliance* est un « produit d'importation juridique »¹¹¹³, né sous l'impulsion des entreprises américaines et dissimulé sous la forme du *soft law* d'origine privée¹¹¹⁴. Celui-ci a gagné progressivement les frontières françaises à travers l'intégration dans notre système bancaire et financier de certains fondements de la culture anglo-saxonne de la conformité (1.). La prise en compte grandissante de cette matière en France par les professionnels régulés est à l'origine d'une nouvelle perception de la *compliance*, fruit de son adaptation locale au sein du secteur bancaire et financier français (2.).

1. Les fondements anglo-saxons de la culture de la conformité

420. L'introduction en France de la culture anglo-saxonne de la conformité au sein des établissements bancaires et financiers est issue d'un lent processus de mutation et s'illustre par plusieurs exemples de transposition de ces fondamentaux. L'instauration en France du dispositif d'alerte professionnelle en est la manifestation concrète (a.) tout comme le recours grandissant au processus transactionnel (b.).

a) Le dispositif d'alerte professionnelle

421. La *compliance* a eu du mal à s'imposer en France, ses fondements anglo-saxons étant parfois trop éloignés de notre culture française. Plusieurs exemples peuvent être soulevés dans ce sens, à l'image du système d'alerte professionnelle ou « *whistleblowing* »¹¹¹⁵, mis en place aux États-Unis et difficilement transposés en droit français¹¹¹⁶. À ce titre, le « *whistleblowing* » tel que conçu par le droit américain, encourage les salariés de sociétés cotées aux États-Unis (et donc les entreprises françaises implantées aux États-Unis et les filiales/succursales de sociétés américaines cotées implantées en France), à dénoncer des pratiques illicites portées

¹¹¹³ GAUDEMET (A.), « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *op.cit.*, p.110.

¹¹¹⁴ *v. supra* n°132.

¹¹¹⁵ Ces systèmes d'alerte professionnelle ou « *whistleblowing* » résultent de la loi américaine Sarbanes-Oxley dite « la SOX » du nom de ses promoteurs : le sénateur Paul Sarbanes et le député Mike Oxley. Cette loi a été promulguée le 31 juillet 2002, suite aux scandales financiers d'Enron et de Worldcom, imposant de nouvelles règles sur la comptabilité et la transparence financière. CHARREIRE-PETIT (S.), SURPLY (J.), « Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise », *Management*, n°2, vol.11, 2008, p.113 ; DECKERT (K.), SWEENEY (M.), « Alerte professionnelle », *RIDC*, n°2, vol. 66, 2014, p.495.

¹¹¹⁶ Le système d'alerte professionnelle a été intégré en droit français par l'ordonnance n°2014-158 du 20 févr. 2014 de transposition de la directive « CRD IV », portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière. Plus récemment, l'article 17 II 2° de la loi dite « Sapin II » du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique vient renforcer la mise en œuvre du dispositif d'alerte interne « destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société. ».

à leur connaissance¹¹¹⁷. Cette pratique, renforcée par la section 922 du *Dodd-Frank Act*¹¹¹⁸, impose d'établir une procédure d'alerte à la disposition des employés pour qu'ils signalent de manière anonyme aux autorités américaines tout soupçon relatif aux seuls comptes de l'entreprise. Toutefois, ce système de promotion de la délation se heurte depuis plusieurs années au système français de protection des données personnelles¹¹¹⁹ porté par la CNIL qui précise que le traitement automatisé de données personnelles mis en œuvre dans le cadre du « *whistleblowing* » doit être soumis à autorisation, pour s'assurer que l'entreprise n'encourage pas le traitement anonyme des alertes¹¹²⁰. Cet accord préalable de la CNIL visant à limiter le risque de dénonciation calomnieuse.

422. Malgré les réticences de la CNIL au déploiement en France du « *whistleblowing* », le dispositif d'alerte professionnelle a fait son entrée dans le droit français, plus précisément en matière bancaire et financière, où la grande nouveauté réside dans l'introduction de ce système dans le Code monétaire et financier. La loi « Sapin II » introduit l'obligation pour les entreprises de plus de cinq cent salariés et ayant un chiffre d'affaires supérieur à 500 millions d'euros de se doter de programmes de prévention et de détection de la corruption¹¹²¹. Au titre de ce programme de conformité, la loi « Sapin II » impose aux professionnels concernés de mettre en place un dispositif d'alerte interne destiné à recueillir « des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société »¹¹²². Il en résulte que les établissements de crédit et entreprises d'investissement ont désormais l'obligation d'instaurer des procédures permettant le signalement par le personnel de tout manquement ou infraction par le biais d'un dispositif spécifique, indépendant et autonome¹¹²³. La loi « Sapin II » apporte également des bouleversements en droit français des sociétés avec la consécration du statut du protecteur d'alerte qui vise les salariés des sociétés concernées¹¹²⁴. Cette définition est assortie d'un régime de protection qui permet

¹¹¹⁷ DELVOIE (A.), « Le whistleblowing de la SOX (ou quand la dénonciation s'infiltré dans le monde de l'entreprise) », *Gaz. Pal.* n°110, 20 avr. 2006, p.17.

¹¹¹⁸ La section 922 du *Dodd-Frank Act* adoptée le 27 mai 2011 vient récompenser les lanceurs d'alertes ou « *whistleblowers* » en leur promettant un pourcentage des sanctions financières prononcées à l'encontre des établissements fautifs qu'ils auront permis de débusquer.

¹¹¹⁹ FORGERON (J.-F.), FIEVEE (A.), « Le "whistleblowing" : l'institutionnalisation encadrée de la dénonciation dans l'entreprise », *Gaz. Pal.* n°201, 20 juill. 2006, p.8 ; TORRES (C.), « La CNIL réoriente sa position sur le whistleblowing », *Gaz. Pal.* n°22, 22 janv. 2011, p.18.

¹¹²⁰ CNIL, *Document d'orientation adopté par la Commission pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Commission nationale de l'informatique et des libertés, 10 nov. 2005, en ligne : <<http://www.cnil.fr/fr/DOSSIERS/Vie-privee/2005-11-10-doc-orientation-CNIL.pdf>>: Sur ce fondement, « La CNIL a refusé en mai 2005 d'autoriser deux systèmes spécifiques de "lignes éthiques" relevant de cette démarche d'alerte professionnelle. ».

¹¹²¹ Art. 17 I de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », *JO* n°0287, 10 déc. 2016.

¹¹²² *Ibid.*, Art. 17 II 2).

¹¹²³ C.monét.fin. art. L.511-41 III.

¹¹²⁴ Art 6 de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », *JO* n°0287, 10 déc. 2016 : « un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit,

aujourd'hui de sanctionner les mesures de rétorsion exercées par l'employeur en cas de signalement et de protéger l'anonymat du lanceur d'alerte¹¹²⁵. Dans la continuité de la loi « Sapin II », la directive européenne du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent les violations du droit de l'Union européenne¹¹²⁶ étend le champ de la protection des lanceurs d'alerte aux actionnaires et mandataires sociaux. Cette évolution semble constituer un pas en avant vers un meilleur équilibre des pouvoirs entre actionnaires et dirigeants sociaux, qui disposent « d'informations privilégiées et stratégiques », permettant de dénoncer des comportements moins visibles par les salariés ou tiers à l'entreprise¹¹²⁷. Toutefois, il est important de souligner que cette fonction de gardien de l'intérêt social nouvellement portée par le lanceur d'alerte ne permet pas de préserver la réputation de l'entreprise dénoncée qui peut craindre en cas de dévoilement, que le préjudice qui lui est porté ne puisse être réparé¹¹²⁸. Les lanceurs d'alerte actionnaire ou mandataire sociaux auront alors tout intérêt à utiliser le canal de signalement interne en lieu et place des dispositifs de signalement externes existants et adressés directement à l'ACPR¹¹²⁹.

423. D'autres exemples récents peuvent être relevés quant à la transposition en droit français de fondements anglo-saxons de la conformité. Le recours grandissant au processus transactionnel est une bonne illustration du changement culturel qui est en train de s'opérer en France (b.).

b) Le recours au processus transactionnel

424. Le recours à la procédure transactionnelle, très utilisée par les autorités américaines pour sanctionner les grands groupes internationaux qui ne respectent pas la réglementation américaine¹¹³⁰, a fait son entrée en France. En effet, la loi « Sapin II » s'inspire directement du modèle américain du *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) en introduisant la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)¹¹³¹ dans le droit pénal français, qui s'adresse aux personnes morales poursuivies pour des faits de corruption, trafic d'influence, ou encore de

une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».

¹¹²⁵ Art 9 I de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016.

¹¹²⁶ Dir. Parl. Cons. (UE) n°2019/1937, 23 oct. 2019, sur la protection des personnes qui signalent les violations du droit de l'Union européenne, JOUE n°L145, 26 nov.2019

¹¹²⁷ MAGNIER (V.), « Le lanceur d'alerte-actionnaire ou mandataire social, un acteur « stratégique » de la gouvernance des sociétés », *D.*, 2020, p.1307.

¹¹²⁸ BONNEAU (Th.), « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la Compliance*, *op. cit.*, p.87.

¹¹²⁹ C.monét.fin. art. L.511-33 II.

¹¹³⁰ v. *supra* n°401.

¹¹³¹ v. *infra* n°610.

blanchiment¹¹³². Cette pratique déployée sous la supervision de l'Agence française anti-corruption n'est pour autant pas appliquée par l'ACPR et l'AMF qui n'envisagent pas pour le moment, d'entrer dans un processus transactionnel avec un établissement sanctionné.

425. Ainsi, aux États-Unis, on assiste depuis quelques années à un « changement de paradigme »¹¹³³ face à l'émergence de nouvelles formes de coopération entre les établissements fautifs et les autorités américaines, qui peuvent conduire à une diminution de la peine encourue. Plusieurs affaires ayant donné lieu à un accord transactionnel peuvent être citées. À titre d'illustration, les dirigeants du groupe HSBC ont accepté en décembre 2012 de verser une amende d'un montant de 1,256 milliards de dollars et de signer un *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) avec le Department of Justice (DoJ) américain suite à la violation de plusieurs réglementations américaines en matière de LCB-FT et de respect des sanctions internationales¹¹³⁴. La signature de cet accord transactionnel que constitue le DPA permet d'éviter dans un premier temps un procès et impose à l'établissement fautif d'instaurer un certain nombre de mesures coopératives. Ainsi, le groupe HSBC s'est engagé pendant une période de cinq ans à renforcer ses obligations en matière de *compliance*, puis à s'acquitter de la surveillance d'un contrôleur interne ou « *monitor* » et à réaliser une enquête interne approfondie à ses frais, dont les résultats sont communiqués aux autorités compétentes¹¹³⁵. La charge de l'enquête est alors transférée aux professionnels qui doivent mener par eux-mêmes les diligences internes nécessaires. On peut citer également BNP-Paribas USA qui a fait l'objet plus récemment d'une condamnation de 90 millions de dollars pour entente sur la fixation des cours sur le marché des changes en Europe centrale et orientale, au Moyen Orient et en Afrique. L'établissement bancaire a été soumis à une période de probation de cinq ans définie dans le cadre d'un accord transactionnel signé avec le DoJ¹¹³⁶. C'est le cas encore de la Société Générale qui a conclu un DPA avec le DoJ conduisant à l'abandon des poursuites judiciaires à

¹¹³² v. *infra* n°610.

¹¹³³ GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), « Un changement de paradigme », in *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, (dir.) GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), PUF, 2013, p.1.

¹¹³⁴ United States District Court Eastern District of New-York, *HSBC memorandum & order*, 12-CR-763, USA vs HSBC Bank USA, N.A and HSBC HOLDINGS PLC, 7 janv. 2013, en ligne :

<<https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-edny/legacy/2015/04/06/HSBC%20Memorandum%20and%20Order%207.1.13.pdf>> : Les autorités américaines accusent HSBC Bank USA d'avoir violé le « *Bank Secrecy Act* » en ne réussissant pas à maintenir un programme LCB-FT efficace et à conduire les diligences nécessaires relatives aux détenteurs de comptes à l'étranger. Le groupe n'a pas respecté également « l'*International Emergency Economic Powers Act* » et le « *Trading with the Enemy Act* » en menant à bien des transactions pour le compte de ses clients avec des pays sous embargo tels que Cuba, le Soudan, l'Iran ou encore la Libye.

¹¹³⁵ Department of Justice Office of Public Affairs, *Justice news : HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations, Forfeit \$1.256 Billion in Deferred Prosecution Agreement*, 11 déc. 2012, en ligne : <<https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations>>.

¹¹³⁶ United States District Court Eastern District of New-York, *Plea agreement*, USA vs BNP-Paribas USA INC, 10 juill. 2017, en ligne : <<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1054606/download>>.

l'issue d'une période probatoire de trois ans à compter de la signature de cet accord transactionnel¹¹³⁷. La généralisation de ces pratiques a des répercussions dans l'ensemble des grands établissements internationaux qui n'ont pas d'autre choix que d'accepter cette justice « dealatoire »¹¹³⁸ au risque de se voir sanctionner plus lourdement.

426. Par conséquent, le repentir qui accepte de transiger avec la justice américaine se voit accorder une diminution de la peine encourue, formalisée « dans un jugement d'homologation prononcé par un juge fédéral »¹¹³⁹. Ces dispositions trouvent leur origine dans les « *Federal Sentencing Guidelines* »¹¹⁴⁰ publiées en 1991 par la U.S Sentencing Commission¹¹⁴¹ qui prévoient que la mise en place d'un programme efficace de prévention et de détection de la violation de la loi doit être prise en compte dans la détermination de la condamnation. Cette approche a été consacrée par d'autres autorités nationales, notamment en matière de droit de la concurrence¹¹⁴² ; toutefois, en droit européen, il va de soi que « l'existence d'un programme de conformité n'oblige pas la Commission « à réduire, à titre de circonstance atténuante, le montant de l'amende » »¹¹⁴³.

427. En somme, on peut imaginer que le déploiement d'une culture de la conformité au sein des établissements bancaires français ne s'est pas fait en un jour mais relève d'une adaptation progressive des acteurs du secteur au vent de la *compliance*¹¹⁴⁴ (2.).

2. L'évolution de la perception de la *compliance* en France

428. L'introduction en France d'une culture anglo-saxonne de la conformité est le fruit de plusieurs adaptations locales pour tenir compte des particularités du système bancaire et financier français. Elle impose un véritable changement de culture dans la conduite des affaires menées à travers une « réformation morale du comportement des acteurs de l'entreprise qui est recherchée »¹¹⁴⁵. En effet, la mise en place de programmes de conformité ne s'établit pas

¹¹³⁷ MOREL-MAROGER (J.), « La Société Générale, dernière des banques françaises condamnée pour violation des embargos américains », *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2019, p.73.

¹¹³⁸ GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), *op. cit.*, p.21.

¹¹³⁹ *Ibid.*, p.11.

¹¹⁴⁰ U.S Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, United States Sentencing Commission, 1er nov. 1991, p.346, en ligne : <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/1991_Guidelines_Manual_Full.pdf>.

¹¹⁴¹ La « *U.S Sentencing Commission* » est un organisme indépendant de l'instance judiciaire du gouvernement fédéral des États-Unis et a été créée suite à l'instauration du « *Sentencing Reform Act* » en 1984.

¹¹⁴² XUEREF (C.), « Sanction et conformité », *BJB*, n°12, 2009, p.435 : « Cette approche (selon laquelle le niveau des amendes peut être réduit et une certaine atténuation de peine peut être accordée si l'existence ou la mise en place d'un programme de conformité efficace est avérée) a été utilisée, à des degrés divers, en Australie, au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni. ».

¹¹⁴³ LENAERTS (K.), « Le juge de l'Union européenne dans une Europe de la compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, *op. cit.*, p.8.

¹¹⁴⁴ CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, n°4, Janv. 2011, 69, p.149.

¹¹⁴⁵ GAUDEMET (A.), « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *op.cit.*, p.112.

de la même façon d'un établissement bancaire à l'autre, chacun avançant à des rythmes différents en fonction de son exposition nationale et/ou internationale. Ainsi, on distingue les grandes banques internationales qui ont mis en œuvre des moyens humains et matériels importants pour se conformer à la réglementation et à la législation américaine, des plus « petites » banques françaises ayant une présence plus limitée sur les marchés internationaux. En acceptant de gré ou de force de se conformer aux exigences des autorités de régulation, les grands groupes internationaux s'autorisent à évoluer sur un marché globalisé. Les effets de cette mondialisation ont conduit à la diffusion plus large de la *compliance* au sein des filiales et succursales des banques internationales vers une « unification culturelle »¹¹⁴⁶ de ces pratiques depuis quelques années. L'ouverture des marchés à l'étranger, additionnée à l'extraterritorialité du droit, renforcent considérablement l'impérialisme juridique américain qui représente dans ce contexte un contre-pouvoir important à l'expansion fulgurante de grands groupes financiers.

429. De leur côté, les « petites » banques françaises, ayant une présence plus limitée à l'international, ne cherchent pas à rejoindre la mouvance anglo-saxonne mais doivent se conformer résolument au cadre normatif français prévu en la matière. Sur ce domaine les avancées sont nombreuses, avec l'arrêté du 3 novembre 2014¹¹⁴⁷ et la mise en place de la loi « Sapin II »¹¹⁴⁸. Cette loi affiche clairement l'objectif d'ajuster la législation française aux meilleurs standards européens et internationaux et impose par là même au sein des entreprises concernées l'instauration d'outils de conformité tels qu'un code de conduite, un dispositif de formation, une cartographie des risques, etc.¹¹⁴⁹. La diffusion lente mais progressive de ces instruments jusque dans le droit français démontre une volonté d'intégrer graduellement quelques fondements anglo-saxons de la culture de la conformité sans pour autant renoncer aux spécificités du système bancaire et financier français.

430. L'évolution en France dans la prise en compte grandissante de l'importance des programmes de conformité propulse malgré elle la *compliance* sur le devant de la scène. Les métiers de la conformité se trouvent dès lors intégrés dans un dispositif de contrôle de la conformité mis en place au sein des établissements bancaires et financiers (B.).

¹¹⁴⁶ GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), *op. cit.*, p.4.

¹¹⁴⁷ v. *supra* n°132.

¹¹⁴⁸ v. *supra* n°333.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, Art. 17 II.

B. L'organisation du dispositif de contrôle de la conformité dans les établissements bancaires français

431. Le dispositif global de gestion des risques des banques françaises s'organise en partie autour de la fonction de conformité (1.), et encourage dans ce sens le déploiement d'initiatives de conformité telle que la démarche de « Prêteur responsable » (2.).

1. Le dispositif global de gestion du risque de non-conformité

432. Le dispositif de gestion des risques mis en place au sein des établissements bancaires français doit servir à la maîtrise et à la surveillance des risques en tenant compte de l'environnement réglementaire et législatif global dans lequel évolue chaque établissement. Sur ce principe, la fonction de conformité se situe au cœur d'une « organisation pyramidale »¹¹⁵⁰ du contrôle interne qui se compose d'un côté du contrôle périodique, et de l'autre du contrôle permanent¹¹⁵¹. Conformément à l'arrêté du 3 novembre 2014, le contrôle permanent de la conformité regroupe des agents aux niveaux centraux et locaux exclusivement dédiés à cette fonction, mais également des agents exerçant des activités opérationnelles¹¹⁵². Divisé en deux, le contrôle permanent abrite la fonction de conformité positionnée au centre de la pyramide, et les équipes opérationnelles situées juste en dessous, à une strate inférieure. Le contrôle périodique se trouve quant à lui au-dessus du contrôle permanent, incarné par l'audit interne qui doit exercer sa mission de manière indépendante à l'égard de l'ensemble des entités et services qu'il est amené à contrôler¹¹⁵³. Cette organisation trouve son fondement dans une hiérarchisation des contrôles réalisés au premier niveau par les équipes opérationnelles qui ont la responsabilité de déclarer tout incident et d'évaluer le risque sous-jacent, puis, au second niveau par la fonction de conformité qui analyse et escalade ensuite les résultats auprès des plus hautes instances de la direction. Enfin, le troisième niveau de contrôle mené par le contrôle périodique vise à s'assurer de l'efficacité des dispositifs et procédures déployées pour remédier aux éventuelles défaillances en matière de gestion du risque de non-conformité.

433. Pour mener à bien sa mission, le responsable du contrôle de la conformité a la charge d'établir un plan annule de contrôles qui prend en compte le degré d'exposition de l'établissement au risque de non-conformité. Ce plan de contrôle doit nécessairement inclure les contrôles menés sur le dispositif LCB-FT, qui font partie intégrante du contrôle permanent de la conformité¹¹⁵⁴. Ainsi, les contrôles permanents menés au premier et second niveaux

¹¹⁵⁰ Observatoire des métiers de la banque, « Les métiers de la conformité dans la banque », Oct. 2015, p.23, en ligne : <<http://www.observatoire-metiers-banque.fr>>.

¹¹⁵¹ Art. 12 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°0256, 5 nov. 2014, p.18598.

¹¹⁵² *Ibid.*, Art. 13.

¹¹⁵³ *Ibid.*, Art. 17.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, Art. 71.

doivent permettre de « s'assurer (i.) que l'analyse spécifique des risques a été conduite de manière rigoureuse et préalable ; (ii.) que les procédures de mesure, de limite et de contrôle des risques encourus sont adéquates ; (iii.) que, le cas échéant, les adaptations nécessaires des procédures en place ont été engagées »¹¹⁵⁵. Ce système de maîtrise du risque de non-conformité repose sur le responsable du contrôle de la conformité qui doit rendre compte de son activité au responsable du contrôle permanent s'il diffère, ou bien aux dirigeants effectifs¹¹⁵⁶. Le contrôle périodique, quant à lui, joue un rôle essentiel en ce qu'il s'assure au moyen d'enquête « de la conformité des opérations, du niveau de risque effectivement encouru, du respect des procédures, de l'efficacité et du caractère approprié des dispositifs mentionnés »¹¹⁵⁷ en premier et second niveau. En ce sens, l'audit interne doit ajouter à son programme de missions de contrôle rédigé annuellement, des audits relatifs à la fonction de conformité mais aussi à l'égard des opérationnels pour vérifier et améliorer constamment le dispositif en place¹¹⁵⁸.

434. Pour ce faire, l'arrêté du 3 novembre 2014 précise que les établissements assujettis doivent « adapter à leur taille, à la nature et à la complexité de leurs activités »¹¹⁵⁹ le nombre et la qualification des collaborateurs exerçant les missions de contrôles permanents et périodiques. À ce titre, l'insuffisance des effectifs alloués à la direction de la conformité au visa de l'article 51 de l'arrêté du 3 novembre 2014¹¹⁶⁰ peut constituer un grief entraînant le prononcé d'une sanction par la Commission des sanctions de l'ACPR¹¹⁶¹. De même, l'absence totale de contrôles permanents et périodiques menés sur l'une des activités d'un établissement bancaire, au prétexte que celle-ci ne présente qu'un risque limité, va à l'encontre du principe de proportionnalité érigé par l'arrêté du 3 novembre 2014 en matière de gestion du risque de non-conformité et peut également constituer un grief suffisant pouvant donner lieu à sanction¹¹⁶².

435. Au-delà du cadre organisationnel du dispositif de contrôle de la conformité commun à tous les établissements bancaires et financiers français et largement défini par l'arrêté du 3 novembre 2014, des initiatives de conformité non prévues par les textes se sont propagées pour satisfaire une démarche « responsable » dans l'octroi du crédit (2.).

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, Art. 222.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, Art. 30.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, Art. 17.

¹¹⁵⁸ LOUISE (J.-P.), RIBAY (F.), *La conformité bancaire en pratique*, Demos, 2012, p.101-102.

¹¹⁵⁹ Art. 12 de l'arrêté ministériel, *op. cit.*

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, Art. 51 : « Les entreprises assujetties se dotent, selon des modalités adaptées à leur taille, à la nature de leurs activités et aux risques identifiés par la classification des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, de moyens humains suffisants pour analyser les anomalies détectées par les dispositifs susmentionnés. ».

¹¹⁶¹ À titre d'exemple, Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2016-06*, 12 mai 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20170601_decision_bnpp.pdf>.

¹¹⁶² À titre d'exemple, Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2016-04*, 18 mai 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/24/170522_decision_lbp.pdf>.

2. Un exemple d'initiative de conformité : la démarche « Prêteur responsable »

436. Plusieurs établissements bancaires français ont déployé des initiatives de conformité par l'octroi de crédit dits « responsables ». Cette démarche s'inscrit plus globalement dans la volonté de promouvoir un engagement éthique à l'égard du consommateur, souvent éloigné de la fonction de banquier dispensateur de crédit¹¹⁶³. En effet, dans un contexte difficile d'augmentation des situations de surendettement, certains professionnels du secteur bancaire ont souhaité réagir en instaurant une culture d'entreprise qui soutient les emprunteurs dans l'octroi de crédit adaptés à leurs capacités de remboursement¹¹⁶⁴. Cette initiative dite de « crédit responsable » a pris de l'ampleur ces dernières années face au développement de la notion d'emprunteur profane qui s'est accompagnée « d'une protection supplémentaire du client et d'un renforcement des devoirs du banquier »¹¹⁶⁵. Ainsi, si le « crédit responsable » n'est pas consacré juridiquement en droit français ni en droit communautaire, il peut être défini comme « l'obligation faite au prêteur de mesurer l'opportunité d'octroi du crédit à l'aune de la capacité vérifiée du consommateur à rembourser »¹¹⁶⁶.

437. Au-delà de l'objectif de diminution du surendettement, ce nouveau concept est ancré dans des valeurs de confiance et de respect du consommateur, qui se matérialisent par un arsenal de règles éthiques portées par les plus hautes instances de direction et diffusées dans tout l'établissement. En effet, les établissements qui ont décidé de suivre cette démarche de « crédit responsable » ont dans un premier temps défini un corpus de normes et de principes retranscrits au travers d'une charte ou encore d'un code de conduite. À titre d'illustration, l'établissement de crédit GE Money Bank devenu My Money Bank – spécialisé dans l'octroi de crédit aux particuliers – a déployé en 2004 une charte du « Prêteur responsable » comportant des engagements clairs d'intégrité, de transparence et d'adaptabilité à l'encontre du client¹¹⁶⁷. Ce socle de valeurs a ensuite été successivement communiqué aux collaborateurs, aux partenaires et aux clients de l'établissement par le biais de la création en 2006 de standards « Prêteur responsable », regroupant une trentaine de normes. Ces normes exposent concrètement aux différentes parties prenantes, quelles sont les mesures prises par

¹¹⁶³ MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), *Procédure de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*, LGDJ, 2018, p.25. Cet ouvrage traite également de l'émergence de la prévention du surendettement.

¹¹⁶⁴ LAGARDE (X.), « Le crédit responsable », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 20, p.72.

¹¹⁶⁵ MADJOUR (O.), « "Le crédit responsable" dans les textes et la jurisprudence française », *Rev. Sciences Humaines*, n°30-31, Mai 2013, p.97.

¹¹⁶⁶ BOUJEKA (A.), « Le crédit responsable en droit communautaire », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, doss. 22, p.76.

¹¹⁶⁷ COHEN (E.-C.), « Les principes d'un crédit responsable : la vision d'un prêteur GE Money Bank », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 21, p.73 : Six engagements peuvent être retenus dans le cadre de la charte du « Prêteur Responsable » de GE Money Bank : « Des collaborateurs au service du client, un financement sur mesure adapté, le choix des services complémentaires, une communication claire et transparente, la recherche d'une solution en toute circonstance, une entreprise citoyenne ».

l'établissement pour incarner l'esprit « Prêteur responsable », au-delà de la lettre de la loi et de la réglementation applicables. À titre d'exemple, en s'engageant à délivrer à son prospect pour la distribution d'offres préalables de crédit une information précontractuelle additionnelle à celle prévue par la loi, My Money Bank facilite « l'obtention de son consentement éclairé »¹¹⁶⁸. Dans ce sens, d'autres initiatives de conformité ont été organisées afin de renforcer la compréhension du client, cette fois-ci après la souscription d'un crédit. En outre, l'établissement a mis en œuvre un système d'appels après-vente un mois suivant l'accord de crédit, afin de s'assurer que le consommateur a parfaitement connaissance de la nature et de la portée de son engagement. Les résultats de ces questionnaires sont ensuite escaladés à la direction.

438. Cependant, on peut se demander si ces initiatives de « crédit responsable » ont vocation à perdurer ou bien si elles répondent à un effet de mode dans un but promotionnel d'attraction du client. Quoiqu'il en soit, toute démarche entreprise dans le but de renforcer la protection des consommateurs est à privilégier, sans pour autant perdre de vue les intérêts économiques qui en découlent. La réussite de cette action collective menée ne peut donc qu'encourager le développement d'autres initiatives de conformité qui seraient susceptibles de constituer un moteur de performance pour les professionnels du secteur (§2).

§2 La compliance, un moteur de performance ?

439. La *compliance*, entre contrainte et opportunité, freine certains établissements bancaires et financiers français à investir sur le long terme, dans une stratégie de gestion du risque de non-conformité. Il convient donc d'analyser si l'instauration d'un modèle efficace de conformité permet à elle seule de générer de la performance pour l'entreprise (A.). Nous étudierons ensuite dans quelle mesure une solide culture de la conformité dans l'entreprise peut-elle devenir la source d'avantages concurrentiels durables ? (B.).

A. Les modèles de conformité, un indicateur de la performance de l'établissement bancaire et financier

440. Plusieurs indicateurs de performance permettent de mesurer l'efficacité d'un programme de conformité (1.). Dès lors, si le programme de conformité se présente comme solide et efficace, on peut se demander si celui-ci permet de réaliser plus de performance pour l'établissement bancaire et financier qui le met en place. Il semble que ce ne soit pas le cas (2.).

¹¹⁶⁸ *Ibidem*.

1. La mesure de l'efficacité d'un programme de conformité

441. Face à l'investissement considérable que peut représenter la mise en place d'un programme de conformité, on peut se demander comment transformer en atout ce qui apparaît être une contrainte à la charge des banques. En effet, la *compliance* se conçoit difficilement comme un moteur de performance au regard des dépenses significatives qu'elle implique¹¹⁶⁹. Pour autant, plusieurs études menées sur le sujet révèlent qu'en pratique, l'instauration sur le long terme de programme de conformité peut aboutir à une amélioration de la performance de l'établissement. Sur ce point, la performance d'une entreprise est un concept complexe et difficile à définir qu'il convient d'envisager au préalable. À ce titre, la notion de « performance » employée ici impose que l'on s'arrête sur une définition économique du terme rejoignant les concepts d'efficacité et d'efficience. Ainsi, on retiendra que la performance d'une entreprise se conçoit au regard du « niveau de réalisation des résultats par rapport aux efforts engagés et aux ressources consommées. »¹¹⁷⁰. Au regard de cette définition, on peut imaginer que l'établissement bancaire et financier qui atteint les objectifs stratégiques et de conformité qu'il s'est fixé, sans surcoût important ni sanction positive du marché ou des autorités de régulation, peut être qualifié de performant.

442. L'enquête menée en avril 2016 par le cabinet d'audit PricewaterhouseCoopers (PwC) sur la base d'entretiens réalisés auprès de *compliance officers* des principales grandes banques de la place européenne¹¹⁷¹, permet de faire un premier état des lieux de l'efficacité et du potentiel des modèles de conformité déployés. Il en ressort que l'efficacité des programmes de conformité peut être évaluée au regard de divers indicateurs de mesure de la performance, critères et seuils définis afin d'identifier les incidents importants et les principales insuffisances en matière de risques de non-conformité. À cet effet, les résultats des audits internes diligentés sur les programmes de conformité sont très révélateurs d'une bonne organisation de la direction de la conformité face à l'augmentation croissante du périmètre et des domaines d'expertise couverts par la fonction¹¹⁷². Dans le même sens, les conclusions des visites menées sur place par les autorités de régulations constituent le baromètre de l'efficacité du modèle de conformité, soulignant l'importance d'une véritable coopération entre les régulateurs et les professionnels régulés¹¹⁷³. De plus, d'autres signaux forts et données chiffrées peuvent être pris en compte pour évaluer la performance du modèle de conformité telle que le nombre de réclamations-

¹¹⁶⁹ v. *infra* n°657.

¹¹⁷⁰ ISSOR (Z.), « La performance de l'entreprise : un concept complexe aux multiples dimensions », *Projectics/Proyética/Projectique*, n°2, vol. 17, 2017, p.93.

¹¹⁷¹ PwC, *The next big leap: Forging a more effective and influential compliance function*, Banking Compliance Survey, Avr. 2016, en ligne : <<https://www.pwc.com/it/it/.../banking-compliance-survey.pdf>>.

¹¹⁷² *Ibid.*, p.10.

¹¹⁷³ *Ibid.* : Dans ce contexte, plus de 80 % des *compliance officers* auditionnés se persuadent que l'interaction qu'ils ont avec les régulateurs s'intensifiera au cours des deux prochaines années.

clients, de conflits d'intérêts signalés ou encore les pourcentages de complétude des formations réalisées par les collaborateurs en matière de conformité¹¹⁷⁴. La fonction de conformité a également la charge de conduire une évaluation globale des risques de non-conformité de l'entreprise par le biais de la cartographie des risques, précédemment évoquée¹¹⁷⁵. Aussi, les zones de risques identifiées découlant de cette évaluation globale, doivent être prises en compte avec une attention particulière et présentées aux plus hautes instances de la direction. Il incombe aussi à la direction de la conformité de mettre en place un dispositif de contrôle et des actions immédiates pour réduire efficacement et opérationnellement les risques de non-conformité constatés. C'est également dans sa capacité à réagir et à maîtriser un risque que la fonction de conformité peut s'inscrire durablement dans une dynamique de performance.

443. Cependant, cette analyse peut sembler insuffisante pour reconnaître un véritable lien de cause à effet entre l'efficacité du programme de conformité et la réelle performance de celui-ci (2).

2. L'insuffisance de cette analyse

444. Comme le souligne très justement l'étude intitulée « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique »¹¹⁷⁶, le respect de la loi et de la réglementation dans l'entreprise n'est pas nécessairement synonyme de surperformance. En effet, la faculté d'un établissement bancaire à se conformer aux exigences réglementaires et législatives qui lui sont applicables ne doit pas relever de l'exception mais constituer un prérequis indispensable à la poursuite d'une activité durable, surtout lorsque celle-ci est placée sous la tutelle d'une autorité de régulation. Toutefois, les dérives de la surréglementation ont d'ores et déjà été observées au cours des dernières années, à travers le recours exponentiel par les établissements bancaires français à des cabinets extérieurs de conseil pour faciliter la transposition de nouveautés réglementaires et législatives¹¹⁷⁷. Contre toute attente, et pour de nombreux établissements, l'externalisation devient la solution pour une mise en conformité rapide des établissements bancaires face à la pression législative et réglementaire. Dans ce sens, on peut constater que la part de la *compliance* au sein des coûts opérationnels de la banque ne fait qu'augmenter au fil des ans, face à l'accumulation croissante des textes de lois et réglementations impactant l'activité. Vu sous cet angle, la mise en place d'un programme de conformité s'apparente davantage à une source de coût exponentiel qu'à un moteur de performance, dans le sens où l'établissement bancaire et financier engage des

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p.18.

¹¹⁷⁵ v. *supra* n°313.

¹¹⁷⁶ ROQUILLY (C.), COLLARD (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *CDE*, n°6, Déc. 2009, p.19.

¹¹⁷⁷ SARRAT DE TRAMEZAIGUES (G.), « La réglementation bancaire : une logique imparfaite entre Conformité et Éthique », Conférence organisée par l'Executive Master Finance d'entreprise et de marché sur le thème « La conformité a-t-elle rendu la finance plus éthique? », IEP de Paris, Sept. 2015.

frais importants pour satisfaire ses objectifs de conformité. La mise en conformité n'implique pas nécessairement un comportement conforme aux valeurs que l'établissement entend véhiculer. Tout au plus, elle permet de diminuer certains risques mais ne constitue pas pour autant un facteur de progrès.

445. Par ailleurs, il existe d'autres formes de dérives liées à ces modèles de conformité, qui peuvent avoir un effet négatif sur la performance globale de l'établissement bancaire. Pour certains acteurs du secteur, la mise en place de programmes de conformité alourdit davantage l'organisation du travail et pèse sur les collaborateurs, qui sont contraints d'intégrer cette dimension de la conformité dans leur charge de travail. À titre d'illustration, l'énergie et l'investissement déployés par l'établissement pour former ses collaborateurs aux risques de non-conformité peut apparaître disproportionnée face au peu de problèmes d'intégrité remontés. En ce sens, la détection de la non-conformité est souvent difficile au sein de grands groupes bancaires internationaux qui ont pris la peine d'instaurer de solides programmes de conformité¹¹⁷⁸. La structuration de la fonction de conformité permet en outre aux établissements bancaires et financiers de satisfaire leurs obligations de *reporting*, en communiquant et en rendant compte des résultats de leur activité aux autorités de régulation. Toutefois, cette démarche n'est pas directement productrice de richesses pour l'établissement, qui ne constatera un réel retour sur investissement de son programme de conformité qu'en l'absence de condamnation prononcée par les autorités de régulation.

446. Dès lors, si l'efficacité du programme de conformité ne semble pas être un vecteur d'amélioration suffisant pour accroître la performance des établissements bancaires français, on peut se demander comment la culture de la *compliance* peut représenter une source d'avantages concurrentiels durables (B.).

B. La culture de la *compliance*, une source d'avantages concurrentiels durables

447. La construction d'une véritable culture de la conformité peut être à l'origine d'avantages stratégiques et concurrentiels importants. En effet, la mise en place par l'établissement d'une bonne organisation dans la réception de la norme, qu'elle soit ou non contraignante, joue un rôle fondamental dans son interprétation et sa diffusion¹¹⁷⁹. En ce sens, la culture de la conformité repose sur un « processus collectif d'accumulation de représentations, de valeurs, de techniques et de pratiques que l'organisation forge » en tenant compte des spécificités de son activité, de son histoire, de sa situation géographique, de son environnement réglementaire et législatif, etc.¹¹⁸⁰ L'ancrage de ces valeurs ou standards de

¹¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹¹⁷⁹ ROQUILLY (C.), COLLARD (C.), *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2010, p.174.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p.4.

comportements au cœur des procédures, des systèmes et du dispositif de contrôle de la banque va alors considérablement influencer sur la réputation de l'établissement. En s'inscrivant dans une démarche humaine et philanthrope qui peut aboutir à la réalisation de profits, les établissements doivent considérer la *compliance* comme un atout concurrentiel¹¹⁸¹.

448. La réputation de l'entreprise tient à la confiance de ses investisseurs et clients mais aussi à l'adhésion de ses collaborateurs. La cristallisation de la culture de la conformité au sein de l'établissement peut avoir un effet positif sur ses parties prenantes. À ce titre, l'appartenance à une entreprise qui promeut des valeurs éthiques, sociales, et de respect de la réglementation peut créer et renforcer la motivation des collaborateurs qui se sentent proches des discours incarnés par les organes de direction. En suivant ce principe, le déploiement de dispositifs de conformité n'aura un impact que très relatif si ces valeurs ne sont pas « suffisamment enracinées dans l'entreprise »¹¹⁸². De même, le prononcé d'une sanction à l'encontre de l'établissement, des allégations de poursuites ou encore de perte financière portent atteinte directement à la réputation de la banque, et peuvent influencer sur le comportement des clients, fournisseurs et investisseurs par crainte du *name and shame*¹¹⁸³. Par conséquent, un établissement qui installe une véritable culture de la conformité et s'engage dans « une stratégie de dépassement de la norme »¹¹⁸⁴ a toutes ses chances de prendre l'avantage sur ses concurrents. En institutionnalisant certaines pratiques et standards de marché, les professionnels du secteur limitent la survenance de comportements dits « à risque », qui contreviendraient à la législation et à la réglementation établies. En ce sens, l'enracinement de valeurs et pratiques collectives corrélées à un solide dispositif de conformité sont susceptibles de constituer une importante source d'avantages concurrentiels durables au sein de la banque, démontrant par là même les « vertus sociales de la *compliance* »¹¹⁸⁵. Le fait de ne pas percevoir la *compliance* comme un centre de coût accentuant les dépenses de l'entreprise mais plutôt comme une garantie d'assurance est une avancée considérable pour les actionnaires et dirigeants, qui s'aventurent vers une « intelligence stratégique »¹¹⁸⁶.

¹¹⁸¹ DE LA COTARDIERE (A.), « Construire une Europe de la compliance lisible pour les entreprises », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.123.

¹¹⁸² ROQUILLY (C.), « Chronique sur la performance juridique : la culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique », *LPA*, n°246, 10 déc. 2010, p.4.

¹¹⁸³ ROQUILLY (C.), COLLARD (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *op. cit.*

¹¹⁸⁴ ROQUILLY (C.), COLLARD (C.), *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, *op. cit.*, p.176.

¹¹⁸⁵ MARTIN (D.), « Les contraintes et les vertus de la compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.115.

¹¹⁸⁶ ROQUILLY (C.), COLLARD (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *op. cit.*

449. Enfin, il est nécessaire de rappeler que la *compliance* est à l'origine d'un changement d'acculturation des établissements bancaires et financiers français. Cette nouvelle dimension s'est construite sur la base de plusieurs fondements anglo-saxons de la culture de conformité, que les entreprises françaises se sont appropriées pour ensuite donner naissance à leurs propres initiatives de conformité, à l'image de la démarche « Prêteur responsable ». Aujourd'hui, la « *compliance* à la française » est désormais intégrée dans la stratégie de l'entreprise et se présente comme un vrai « facteur de différenciation »¹¹⁸⁷, plus qu'un véritable moteur de performance. Elle participe à cet effet, dans le prolongement de la loi « PACTE », à ce que chaque entreprise prenne conscience de sa « raison d'être »¹¹⁸⁸ et de l'impact de ses activités, qui ne se réduisent pas à la seule recherche du profit.

¹¹⁸⁷ MUSCA (X.), « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2019, p.43.

¹¹⁸⁸ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 9 mars 2018, en ligne : <https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=FAA5CFBA-6EF5-4FDF-82D8-B46443BDB61B&filename=entreprise_objet_interet_collectif.pdf>.

Conclusion du Chapitre I

450. Il convient de retenir que la promotion de modes de régulation privés tels que l'autorégulation et la corégulation est inévitable et nécessaire pour faire face à l'internationalisation du droit et au renforcement du dispositif de sanctions des autorités de régulation bancaires et financières. Pour autant, il importe que les enjeux liés à la mise en place d'une régulation informelle évoluent pour tenir compte davantage des intérêts de l'ensemble des parties prenantes et non seulement de la loi du marché. En instaurant des engagements éthiques calqués sur leurs propres valeurs, les établissements bancaires et financiers français semblent avancer dans cette direction et intégrer petit à petit une dimension supplémentaire qui relève de préoccupations d'ordre général.

451. A cela s'ajoute, l'influence anglo-saxonne de la *compliance* qui prend racine au sein des entreprises françaises et va jusqu'à faire évoluer le droit français avec la consécration législative du système d'alerte professionnelle ou encore de la procédure transactionnelle. La perception de la *compliance* évolue au cœur même de l'entreprise, témoignant d'une véritable révolution culturelle. Mais bien au-delà de l'avantage concurrentiel qu'elle procure, la *compliance* ouvre la voie au sein des établissements bancaires et financiers, de l'intérêt social réaffirmé récemment avec la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil. Cette évolution législative permet aux sociétés qui le souhaiteraient d'inscrire dans leurs statuts leur raison d'être¹¹⁸⁹ et peut alors conduire le juge à apprécier la conformité des actes des dirigeants « aux principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité »¹¹⁹⁰. Espérons que ces avancées permettront de généraliser les bonnes pratiques déployées par certains établissements pour faire prévaloir d'autres impératifs que le seul intérêt économique de l'entreprise.

¹¹⁸⁹ v. *supra* n°331.

¹¹⁹⁰ C.civ. art. 1835.

Chapitre II : La *compliance*, dispositif de lutte contre le crime financier à la disposition des établissements bancaires et financiers

452. Dans ce second chapitre, il convient d'évoquer une autre facette de la *compliance* à travers le prisme de la lutte contre le crime financier dont la menace s'est considérablement étendue ces dernières années, suite à l'émergence et à la mondialisation de nouvelles typologies opérationnelles de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (BC-FT).

453. Nous analyserons dans un premier temps le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT) dans lequel la fonction de conformité dite « anti-blanchiment » a fait son apparition (section I). Puis, nous étudierons les nouvelles obligations en matière de LCB-FT dévolues aux établissements bancaires et financiers face à l'impuissance des pouvoirs publics à exercer pleinement leurs missions de police. Cette réflexion nous permettra de démontrer comment la *compliance* anti-blanchiment – dans son rôle de prévention et de détection du crime financier – constitue un palliatif important aux défaillances des pouvoirs publics dans la prise en charge d'enjeux nationaux comme la LCB-FT.

454. Dans un second temps, nous nous intéresserons au quotidien d'un département *compliance* de lutte contre le crime financier (section II). Nous aborderons en pratique la composition interne de l'équipe *compliance* anti-blanchiment dirigée par le responsable du contrôle de la conformité, qui occupe depuis quelques années une fonction centrale au sein des grands établissements bancaires et financiers. L'approche consolidée des risques LCB-FT ainsi que ses tempéraments feront également l'objet de quelques développements dans le cadre de sa nécessaire prise en compte à l'échelon du groupe. Enfin, l'ensemble des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle sera étudié, tout comme les systèmes de détection manuel et automatisé déployés par la *compliance* anti-blanchiment pour la surveillance des transactions des clients. Cette réflexion aboutira à démontrer dans quelle mesure la *compliance* anti-blanchiment vient renforcer l'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier sous l'angle de la prévention et de la détection du crime financier.

Section I : L'introduction de la *compliance* anti-blanchiment

Section II : Le quotidien d'un département de lutte contre le crime financier

Section I : L'introduction de la *compliance* anti-blanchiment

455. Le cadre juridique de la LCB-FT nécessite d'être étudié en profondeur pour comprendre l'introduction de la *compliance* dite « anti-blanchiment » au sein des établissements bancaires et financiers français (§1). En effet, cette matière que constitue la LCB-FT a fait l'objet d'une véritable harmonisation au niveau européen avec l'adoption depuis plusieurs années de directives successives, transposées par la suite en droit national. Cet effort d'harmonisation au niveau européen est à l'origine de prérogatives nouvelles à la charge des établissements bancaires et financiers, qui sont désormais en première ligne dans la répression du crime financier. Il convient donc d'analyser ce changement de positionnement des acteurs privés du secteur dans la coordination française de la LCB-FT, pour appréhender au mieux la *compliance* anti-blanchiment (§2).

§1 Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT)

456. La LCB-FT est devenue un enjeu national et international, à partir duquel il a fallu instituer un cadre juridique pour prévenir et détecter la menace. Si des dispositions normatives et législatives ont été rapidement érigées pour réprimer le blanchiment, ce n'est que 15 ans plus tard que le financement du terrorisme fait son apparition dans le Code pénal. Partant de ce constat, il est clair que la répression de la criminalité financière fonctionne à deux vitesses. Dans ce cadre, il sera abordé en premier lieu la répression pénale de la lutte contre le blanchiment de capitaux (A.), puis dans un second temps la stratégie de lutte contre le financement du terrorisme (B.).

A. La répression pénale du blanchiment de capitaux

457. Face à une activité délictuelle de blanchiment sans frontières, plusieurs initiatives législatives et réglementaires ont été déployées au cours des dernières années pour encadrer juridiquement en droit français le délit de blanchiment (1.) et instaurer un solide dispositif de lutte (2.).

1. La définition juridique du blanchiment de capitaux

458. La lutte contre la criminalité financière représente un enjeu de taille pour les acteurs du secteur bancaire et financier, confrontés à l'introduction grandissante dans l'économie légale et les circuits financiers de fonds issus de la délinquance ou de la criminalité. Si la répression pénale s'est intensifiée ces dernières années, avec entre autres l'incrimination en droit français du délit de blanchiment de capitaux (a.), des techniques juridiques et financières de blanchiment, toujours plus perfectionnées, subsistent (b.).

a) L'incrimination du délit de blanchiment de capitaux

459. Le délit de blanchiment a été introduit en droit français pour la première fois avec la loi du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants¹¹⁹¹. Cette disposition avait pour objectif d'incriminer « le seul blanchiment de l'argent provenant d'une infraction à la législation sur les stupéfiants »¹¹⁹², puis a été complétée par la suite par les lois du 12 juillet 1990¹¹⁹³ et du 13 mai 1996¹¹⁹⁴, étendant le délit général de blanchiment de capitaux au produit d'un crime ou d'un délit ayant procuré à son auteur un profit direct ou indirect. À présent, l'infraction générale¹¹⁹⁵ de blanchiment est consacrée à l'article 324-1 du Code pénal qui énumère non pas une mais deux définitions du blanchiment et réprime ce délit d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende. En effet, l'alinéa 2 de l'article 324-1 du Code pénal¹¹⁹⁶ donne une première définition reprenant les trois étapes dites « traditionnelles » de décomposition d'une opération de blanchiment que sont le placement, l'empilage et l'intégration. Le placement physique ou virtuel consiste à introduire dans un premier temps des espèces collectées lors d'activités criminelles dans le circuit économique et financier classique¹¹⁹⁷. La deuxième étape, le « lavage » ou l'empilage, a pour but de transformer le produit du crime pour faire disparaître l'origine des fonds et dissimuler l'identité des opérateurs. Pour donner une apparence légale aux capitaux, « l'utilisation d'une ou plusieurs sociétés dites d'"interposition" et des centres financiers "offshore"¹¹⁹⁸ est courante »¹¹⁹⁹. Enfin, le processus de transformation constitue la dernière étape de la typologie du blanchiment à travers la phase d'intégration, qui vise à faire ressortir les sommes blanchies pour les utiliser sans risque après leur avoir donné l'apparence d'une origine licite¹²⁰⁰.

¹¹⁹¹ Loi n°87-1157, 31 déc. 1987, relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal, JO, 5 janv. 1988, p.159.

¹¹⁹² HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *Blanchiment d'argent et crime organisé. La dimension juridique*, PUF, 1996, p.29.

¹¹⁹³ v. *supra* n°304.

¹¹⁹⁴ Loi n°96-392, 13 mai 1996, relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, JO n°112, 14 mai 1996, p.7208.

¹¹⁹⁵ À distinguer de l'infraction spéciale de blanchiment en matière de stupéfiant consacrée à l'art. 222-38 du Code pénal.

¹¹⁹⁶ C.pén. art. 324-1, al.2 : « Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit ».

¹¹⁹⁷ MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, Stock, 1998, p.88.

¹¹⁹⁸ FMI, *Concept of Offshore Financial Centers : in search of an Operational Definition*, Working paper, Avr. 2007, en ligne : <<http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/01/00/3067100767.pdf>> : « Un centre financier offshore est un pays ou une juridiction qui fournit des services financiers aux non-résidents à une échelle sans commune mesure avec la taille et le financement de son activité domestique ».

¹¹⁹⁹ BOLLE (A.), « Le blanchiment des capitaux de la criminalité organisée », in *Blanchiment et financement du terrorisme*, sous la dir. de Ludovic FRANCOIS, Pascal CHAIGNEAU, Marc CHESNEY, Ellipses, 2004, p.57.

¹²⁰⁰ MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, op. cit., p.88.

460. En outre, l'alinéa 2 de l'article 324-1 du Code pénal donne des précisions sur le produit résultant des activités de blanchiment, à la différence de l'alinéa 1^{er}¹²⁰¹ qui facilite quant à lui l'imputation du délit de blanchiment aux acteurs des opérations criminelles¹²⁰². Ainsi, il ressort des premières dispositions de l'article 324-1 du Code pénal que le seul fait d'aider mensongèrement à dissimuler ou à camoufler l'origine de fonds issus d'une activité criminelle, et ce sans en tirer aucun profit, peut suffire en apparence à constituer le délit de blanchiment. L'article 324-1 du Code pénal sanctionne dans ce sens, l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise mais également le tiers complice qui apporte son concours¹²⁰³. L'établissement de crédit qui ne déclare pas l'opération suspecte du client qui arrive sur ses livres, peut se voir sanctionné pour complicité de blanchiment. Cependant, il existe également d'autres conditions à réunir pour engager la responsabilité pénale pour des faits de blanchiment. En effet, l'infraction de blanchiment est une infraction de conséquence qui nécessite au préalable de constater « l'existence d'un crime ou d'un délit principal à l'origine des biens sur lesquels porte l'opération de blanchiment »¹²⁰⁴ mais sans exiger pour autant que son auteur ait su quelle infraction était à l'origine de ses biens¹²⁰⁵. Une fois l'infraction principale constatée, il convient alors de déterminer les éléments matériel et moral, constitutifs du délit de blanchiment. Au titre de la qualification matérielle de l'infraction, la dissimulation de l'origine illicite des biens a d'abord été retenue, puis consacrée par la Convention de Vienne des Nations unies¹²⁰⁶. La preuve de l'élément moral résulte quant à elle de la connaissance par l'auteur de l'origine illicite des biens, le délit de blanchiment étant une infraction intentionnelle qui suppose la conscience d'accomplir un acte défendu par la loi¹²⁰⁷.

461. Pour bien comprendre concrètement en quoi consiste le phénomène du blanchiment de capitaux, il y a lieu d'envisager les différentes techniques juridiques et financières de blanchiment (b.).

b) Les techniques juridiques et financières de blanchiment de capitaux

462. De nombreuses techniques juridiques et financières de blanchiment de capitaux peuvent être retenues. Elles apparaissent plus ou moins sophistiquées en fonction des besoins

¹²⁰¹ C.pén. art. 324-1, al.1 : « Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. ».

¹²⁰² MAILLARD DE (J.), « La France face à la criminalité financière : entre rigueur et relâchement », in *Blanchiment et financement du terrorisme*, (dir.) FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), Ellipses, 2004, p.83.

¹²⁰³ Cass.crim. 27 mars 2013, pourvoi n°12-84.189, inédit.

¹²⁰⁴ CUTAJAR (C.), *Blanchiment d'argent, prévention et répression*, Francis Lefebvre, 2018, p.94.

¹²⁰⁵ Cass.crim. 17 janv. 2017, pourvoi n°17-90.020, inédit.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p.17 : « La Convention de Vienne des Nations-Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes constitue le texte de référence en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants. ».

¹²⁰⁷ HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *op. cit.*, p.20.

du détenteur des fonds. En effet, il est intéressant d'analyser, dans plusieurs ouvrages sur les nouvelles formes de la criminalité, la classification proposée par certains auteurs des différents scénarios de blanchiment¹²⁰⁸. Le premier cas de figure est celui du blanchisseur qui souhaite disposer rapidement des capitaux blanchis en ayant recours à des techniques peu complexes. Ce schéma dit « classique » de blanchiment est le plus élémentaire et fait intervenir le moins d'intermédiaires, à travers un circuit court de transformation des liquidités provenant d'un crime ou d'un délit en argent propre¹²⁰⁹. À titre d'exemple, l'encaissement de plusieurs chèques de gain pour des montants importants peut constituer un signal fort de blanchiment avec de multiples variantes, utilisant les casinos pour simuler des gains fictifs¹²¹⁰. D'autres exemples peuvent également être mentionnés tels que l'introduction d'argent sale dans les livres d'un commerce ou encore des opérations d'échanges en euros effectuées par une société de change¹²¹¹.

463. D'autres schémas plus élaborés de blanchiment peuvent être observés et font écho à la volonté d'investir du détenteur des fonds. Les capitaux, produits du blanchiment, sont en général plus conséquents et imposent d'avoir recours à des techniques de dissimulation complexes pour garantir la crédibilité du blanchisseur et l'honorabilité des fonds¹²¹². L'objectif est alors de créer un circuit stable de transformation pour assurer la pérennité de l'activité de blanchiment sur le long terme. À cet effet, plusieurs techniques de blanchiment peuvent être combinées pour brouiller les frontières entre le produit de l'argent criminel et les revenus tirés des activités légales. Dans ce sens, la technique dite du « schtroumphage » peut être adoptée pour fractionner une somme importante en plusieurs petits dépôts et permettre ainsi d'alléger le risque global de l'opération¹²¹³. À titre d'illustration, on peut citer l'affaire dite des « bureaux de change chinois » qui a abouti à une première vague d'arrestations en mai 1991 et qui établit l'intégration d'importantes sommes en espèces, venant augmenter le volume des transactions effectuées par le bureau de change¹²¹⁴.

¹²⁰⁸ MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, op. cit., p.100.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p.96.

¹²¹⁰ KOPP (P.), *L'Économie du blanchiment*, Association d'économie financière, 1995, p.146.

¹²¹¹ Tracfin, *Rapport d'activité 2007*, p.25 en ligne :

<https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/tracfin/pdf/rap2007.pdf> : « Les investigations menées par Tracfin ont démontré que des échanges de petites coupures essentiellement de vingt euros contre des billets de cinq cents euros ont été effectués par le bureau de change pour le compte de ses clients. Les échanges réalisés par les clients de la société auprès de ces guichets ont donné lieu à des commissions alors qu'ils peuvent être effectués gratuitement auprès de toute succursale de la Banque de France. ».

¹²¹² MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, op. cit., p.96.

¹²¹³ KOPP (P.), op. cit., p.62.

¹²¹⁴ *Ibid.*, p.145 : « Ce réseau d'un chiffre d'affaires annuel de près de 1.5 milliards de francs a été démantelé, à la suite d'une enquête policière qui a révélé que les capitaux blanchis provenaient d'activités terroristes, de filières de trafic de stupéfiants... ».

464. D'autres techniques peuvent également être utilisées pour cacher l'origine des fonds, mais aussi la véritable identité des opérateurs. L'usage d'une *holding* et la mise en place de montages juridiques sophistiqués avec un éparpillement géographique renforcent le secret des opérations et l'anonymat des dirigeants¹²¹⁵. Ainsi, les blanchisseurs qui ouvrent des comptes au nom d'une société *holding*, elle-même contrôlée par d'autres *holdings* situées à l'étranger, influent sur l'opacité des opérations. De plus, il n'est pas rare que les blanchisseurs empruntent aussi les circuits de l'évasion fiscale en effectuant certaines opérations financières dans des paradis fiscaux¹²¹⁶. Ces paradis fiscaux ont l'avantage de garantir l'anonymat des véritables bénéficiaires des opérations par le biais de convention de fiducie et offrent des techniques de paiements internationaux qui facilitent le blanchiment¹²¹⁷. A ce titre, l'affaire dite des « *panama papers* »¹²¹⁸ a marqué l'actualité de ces dernières années dévoilant l'existence d'un système mondial d'évasion fiscale suite aux révélations engendrées par la fuite d'informations de plusieurs milliers de documents panaméens. Enfin, les criminels ont davantage recours aujourd'hui aux crypto-actifs pour blanchir des fonds au travers d'opération de *trading* faisant intervenir le *bitcoin*¹²¹⁹, avec en particulier le concours de sociétés chinoises¹²²⁰.

465. Face à l'émergence de scénarios de blanchiment toujours plus sophistiqués, les États ont cherché à renforcer la coopération internationale et européenne en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, qui a un impact significatif en France sur le dispositif juridique actuel (2.).

2. Le dispositif juridique actuel de lutte contre le blanchiment de capitaux

466. Les États ont pris conscience tardivement de l'ampleur de l'économie criminelle et des liens étroits existant entre le blanchiment de capitaux et l'économie légale. Au départ, pour

¹²¹⁵ HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *op. cit.*, p.39.

¹²¹⁶ LEFEBVRE (F.), *Paradis fiscaux et opérations internationales*, 4^e éd., Francis Lefebvre, 2005, p.22 : Les opérateurs du commerce international utilisent parfois des structures localisées dans des pays à fiscalité privilégiée, plus communément appelés « paradis fiscaux ».

¹²¹⁷ HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *op. cit.*, p.50.

¹²¹⁸ Le 3 avril 2016, le Consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ) lève le voile sur l'existence d'un système mondial d'évasion fiscale à partir des archives du cabinet panaméen Mossack Fonseca, spécialiste de la domiciliation de sociétés offshore, entre 1977 et 2015.

¹²¹⁹ ACPR & AMF, « Achat de bitcoin : l'AMF et l'ACPR mettent en garde les épargnants », 4 déc. 2017, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20171204-cp-bitcoin.pdf>> :

Le *bitcoin* est l'un des actifs spéculatifs, parfois qualifiés à tort de « monnaies virtuelles » ou « crypto-monnaies », qui existe actuellement dans le monde. Il s'échange en ligne et n'est matérialisé par aucune pièce ou billet. Le *bitcoin*, comme les autres actifs de ce type, repose sur un protocole informatique de transactions cryptées et décentralisées, communément appelé la *blockchain*. Son fonctionnement s'appuie sur un réseau sans intermédiaire et il ne bénéficie pas d'un cours légal contrairement aux monnaies émises par les banques centrales.

¹²²⁰ Banque de France, « L'émergence du bitcoin et autres crypto actifs : enjeux, risques et perspectives », *Focus* n°16, 5 mars 2018, en ligne :

<https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/focus-16_2018_03_05_fr.pdf>.

lutter contre la criminalité financière, la communauté internationale a choisi d'établir une structure informelle non-criminelle, le GAFI, pour répondre par symétrie à la menace informelle criminelle. En effet, le GAFI a été créé en 1989 par le sommet du G7 de l'Arche pour formuler les premières recommandations en matière de lutte contre le blanchiment de l'argent de la drogue¹²²¹. Dans ce sens, les recommandations n°12 à 29 du rapport du GAFI de mai 1990¹²²² s'adressent principalement aux banques et au système bancaire qui se trouvent au cœur des opérations de blanchiment, en tant qu'intermédiaires incontournables passifs ou actifs des étapes du blanchiment. Il est vrai que depuis de longues années, les blanchisseurs ont très largement recours au système bancaire et financier pour transformer le produit de leur activité criminelle, comptant sur le respect du secret bancaire¹²²³ qui interdit aux établissements bancaires de divulguer des informations confidentielles à l'encontre de leurs clients¹²²⁴. Pour éviter d'engager la responsabilité pénale du banquier pour des faits de complicité de blanchiment, les premières initiatives ont été déployées au niveau international afin de renforcer la collaboration entre les autorités administratives et judiciaires et les professionnels du secteur. Ainsi, plusieurs conventions ont été adoptées en amont par l'Organisation des Nations unies, le Comité de Bâle et le Conseil de l'Europe pour instituer le contrôle d'identité aux guichets de banques lors de l'ouverture d'un compte¹²²⁵, ou encore permettre la levée du secret bancaire et imposer l'obligation aux banquiers de déclarer leurs soupçons¹²²⁶ ou encore la transparence fiscale¹²²⁷.

¹²²¹ v. *supra* n°156.

¹²²² GAFI, *Les quarante recommandations du Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux*, Groupe d'Action Financière, Mai 1990, en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/Recommandations%20GAFI%201990.pdf>.

¹²²³ C.pén. art. 226-13 : La violation du secret bancaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

¹²²⁴ BONNEAU (Th.), *Droit Bancaire, op.cit.*, p.464 : « Il s'agit d'informations précises comme par exemple des informations chiffrées. Il est ainsi interdit au banquier de révéler aux tiers le montant du solde d'un compte ou le montant d'un crédit consenti à un client. ».

¹²²⁵ HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *op. cit.*, p.61 : v. La recommandation du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980 relative aux mesures de lutte contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux illicites ou encore la déclaration de Bâle du 12 décembre 1988 intitulée « déclaration de principe du comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires ».

¹²²⁶ D. n°91-271 du 8 mars 1991 portant publication de la convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes adoptée à Vienne le 19 décembre 1988 et signée par la France le 13 février 1989.

¹²²⁷ MOREL-MAROGER (J.), « Vers un recul du secret bancaire au nom de la transparence fiscale ? », *RISF* 2014/1, p.124 : « Peu à peu, les progrès de la transparence fiscale et le recul du secret bancaire au plan international prennent des formes plus concrètes. [...] En attestent en dernier lieu la signature par le Suisse le 15 octobre 2013 puis par Andorre le 5 novembre 2013 de la Convention concernant l'administration mutuelle en matière fiscale élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe et de l'OCDE. ».

467. La Communauté européenne est intervenue elle aussi, en publiant le 10 juin 1991 une directive anti-blanchiment¹²²⁸ faisant directement référence aux accords internationaux précédents et obligeant les professionnels du secteur bancaire à coopérer avec les autorités en charge de la lutte contre le blanchiment¹²²⁹ : « La particularité de ce texte est qu'il prévoit que les informations transmises le seront par des personnes spécialement désignées dans les institutions financières »¹²³⁰. Cette directive a ensuite été abrogée, puis remplacée par la deuxième directive anti-blanchiment du 4 décembre 2001¹²³¹, puis la troisième directive du 26 octobre 2005, elle-même abrogée et remplacée par la quatrième directive du 20 mai 2015¹²³² pour tenir compte des recommandations du GAFI modifiées en 2003 et 2012¹²³³. Si la deuxième directive anti-blanchiment a pour objectif d'actualiser la première, la troisième directive quant à elle innove grandement et invite les professionnels à se focaliser sur les situations de blanchiment à haut risque¹²³⁴. L'obligation de déclaration se trouve alors étendue à toute infraction « grave », punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an¹²³⁵. La quatrième directive quant à elle étend entre autres le champ des personnes impliquées dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et clarifie les mesures de vigilance que les entités assujetties doivent mettre en œuvre à l'égard de leur clientèle¹²³⁶. Enfin, la 5^{ème} directive anti-blanchiment a fait l'objet d'un vote par le Parlement européen le 20 avril 2018¹²³⁷ et a été récemment transposée en droit français avec un renforcement des règles de transparence et de coopération pour lutter contre le blanchiment de capitaux¹²³⁸.

¹²²⁸ Dir. CEE 91/308/CEE, 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *JOCE*, n°L166, 28 juin 1991 p.77-83.

¹²²⁹ Art. 6 de la Dir. CEE 91/308/CEE, 10 juin 1991.

¹²³⁰ HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *op. cit.*, p.68.

¹²³¹ Dir. Parl. et Cons. 2001/97/CE, 4 déc. 2001, modifiant la directive n°91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *JOUE* 28 déc. 2001, n°L344, p.76 à 82.

¹²³² v. *supra* n°304.

¹²³³ v. *supra* n°157.

¹²³⁴ DELORME (M.), « La troisième directive anti-blanchiment et l'obligation de vigilance », *LPA*, n°143, 17 juill. 2008, p.4 ; FBF, « La transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment : l'occasion de clarifier les textes », 10 sept. 2007, en ligne : <http://www.fbf.fr/Web/Internet2010/Content.nsf/DocumentsByIDWeb/60D7E13A2BBCDAC0C125775E00536B7C>.

¹²³⁵ Art. 3 de la Dir. Parl. et Cons. n°2005/60 (UE), 26 oct. 2005.

¹²³⁶ Comm. (UE), « Des règles de l'UE renforcées pour lutter contre le blanchiment de capitaux, l'évasion fiscale et le financement du terrorisme entrent en vigueur », 26 juin 2017, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1732_fr.htm?locale=fr.

¹²³⁷ Elle devrait notamment permettre un encadrement européen des critères d'identification des pays tiers à haut risque et l'ouverture de registres centralisés pour les trusts, les titulaires de comptes bancaires, comptes de paiement, coffres forts permettant d'accéder à un certain nombre de données d'identification.

¹²³⁸ L'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et ses deux décrets d'application prévoient les mesures de transposition de la 5^{ème} directive européenne anti-blanchiment du 30 mai 2018.

468. Cet arsenal international et européen de normes de droit dur et de droit souple a eu des répercussions sur le dispositif français anti-blanchiment qui découle de la loi du 12 juillet 1990¹²³⁹. Le législateur français a modifié à plusieurs reprises la partie législative et réglementaire du Code monétaire et financier¹²⁴⁰ pour transposer les troisième et quatrième directives européennes anti-blanchiment de 2005 et de 2015,¹²⁴¹ mais également pour tenir compte des récentes évolutions législatives imputées par les lois du 28 janvier 2013¹²⁴² et du 26 juillet 2013¹²⁴³. Les principaux organismes français affectés à la lutte anti-blanchiment que sont Tracfin¹²⁴⁴ et l'ACPR ont grandement participé à expliciter ces modifications à travers la publication de plusieurs lignes directrices conjointes¹²⁴⁵, instructions¹²⁴⁶, décisions¹²⁴⁷, ou encore principes d'application sectoriel¹²⁴⁸, qui sont utilisés par les équipes de conformité pour comprendre les attentes des régulateurs et transposer celles-ci dans les systèmes et processus internes de la banque. De plus, le Conseil d'orientation de la LCB-FT (COLB), qui est une instance de coordination entre les services de l'Etat, les autorités de contrôles concernées par la LCB-FT et les différentes professions soumises aux obligations de vigilance à l'égard de la clientèle, met à jour régulièrement une analyse nationale des risques de BC-FT¹²⁴⁹. Ce rapport d'analyse conduit à croiser les menaces de blanchiment de capitaux, soit les principales sources de revenus illicites avec les vulnérabilités exploitées par les criminels dans le but de

¹²³⁹ v. *supra* n°304. HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.), *op. cit.*, p.68 : « Ce texte s'inspire directement des résolutions de la Convention de Vienne et des recommandations du GAFI. Il vise exclusivement le blanchiment de l'argent de la drogue, en rendant obligatoire la collaboration des établissements financiers ».

¹²⁴⁰ C.monét.fin. arts. L.561-1 à L.566-3 pour la partie législative et R.561-1 à R.561-4 pour la partie réglementaire.

¹²⁴¹ v. *supra* n°304.

¹²⁴² Loi n°2013-100 du 28 janv. 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

¹²⁴³ v. *supra* n°238.

¹²⁴⁴ v. *supra* n°304.

¹²⁴⁵ À titre d'exemple, ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution & Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins, 15 févr. 2018, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/24/022018_Id_ds_tracfin_0.pdf>.

¹²⁴⁶ À titre d'exemple, ACPR, *Instr. n°2017-I-11 relative aux informations sur le dispositif de prévention du blanchiment de capitaux et du financement des activités terroristes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 26 juin 2017, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/instruction-2017-i-11.pdf>>.

¹²⁴⁷ À titre d'exemple, ACPR, *Décision n°2016-P-41 modifiant la décision n° 2011-C-13 du 23 mars 2011 instituant la Commission consultative Lutte contre le blanchiment*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 1^{er} sept. 2016, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/11/decision-2016-p-41-de-l-acpr.pdf>>.

¹²⁴⁸ À titre d'exemple, ACPR, *Principes d'application sectoriels de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution relatifs aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le cadre du droit au compte*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2016, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/11/20161209-principes-application-sectoriels-lcbft.pdf>>.

¹²⁴⁹ C.monét.fin. art. D.561-51.

déterminer une cotation du risque de BC-FT d'un secteur à l'autre¹²⁵⁰. En conséquence de ce croisement, le niveau de risque BC-FT se présente dans le rapport de 2019 comme « faible » pour les activités de crédit et les services financiers et « modéré » pour le secteur de la banque de détail¹²⁵¹, ce qui peut surprendre eu égard au nombre de déclarations de soupçons effectuées chaque année par les établissements de crédit et entreprises d'investissements ainsi qu'aux exigences de Tracfin et de l'ACPR en la matière.

469. De son côté, la lutte contre le financement du terrorisme a été consacrée plus tardivement par le législateur français mais fait désormais l'objet d'une préoccupation constante des pouvoirs publics. Dans un contexte de menaces terroristes permanentes, la stratégie de lutte contre le financement du terrorisme s'est intensifiée ces dernières années, faisant de la sécurité intérieure une priorité absolue pour les gouvernements nationaux (B.).

B. La stratégie de lutte contre le financement du terrorisme

470. L'histoire de la criminalité financière a démontré à maintes reprises que la menace terroriste dispose toujours d'un temps d'avance, infiltrant les circuits financiers pour concourir au financement de ses activités. Avant d'aborder les mesures normatives et législatives instaurées pour lutter contre le financement du terrorisme (2.), il y a lieu d'envisager quelles sont les caractéristiques de cette menace (1.).

1. Les caractéristiques du financement d'attaques terroristes

471. Le financement d'attaques terroristes a été véritablement considéré comme une menace au lendemain des attentats du 11 septembre 2001. La consécration juridique de ce délit en droit français a été annoncée comme une première avancée dans la répression du terrorisme (a.). Cependant, il va de soi que les modes de financement ont fortement évolué depuis 2001, laissant entrevoir le nouveau visage du terrorisme (b.).

¹²⁵⁰ COLB, *Analyse nationale des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme en France*, Conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, sep. 2019, en ligne :

<<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/f9887677-51fc-4dd7-9f85-6aef74a0af67/files/e4ff08b4-82d3-4fa0-9969-c985547b555d#page=38&zoom=100,90,133>>.

¹²⁵¹ *Ibidem*, p. 38 et s.

a) La consécration juridique de l'infraction de financement du terrorisme

472. L'infraction de financement du terrorisme a été introduite dans le Code pénal à l'article 421-2-2¹²⁵² par la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001¹²⁵³. Face à la menace terroriste, le législateur est intervenu pour incriminer ce délit dans le Code pénal et sanctionner sa commission d'une peine de dix d'emprisonnement, assortie d'une amende de 225.000 euros¹²⁵⁴. Ainsi, l'article 421-2-2 du Code pénal définit une forme parmi tant d'autres d'actes de terrorisme et donne des précisions sur les éléments matériel et moral constitutifs de ce délit. Pour ce qui est de l'intentionnalité dans un premier temps, l'infraction de financement du terrorisme recouvre deux acceptions à travers un élément général et un élément spécial¹²⁵⁵. En effet, l'élément général se comprend comme la prise en compte, la conscience qu'a l'auteur présumé de fournir, réunir ou gérer les fonds. Le caractère spécial de l'action consiste ensuite, dans la volonté pleine et entière, de donner aux fonds une destination terroriste, ou plus subtilement d'avoir connaissance de la commission future d'un acte terroriste. Dans un second temps, la matérialité du délit peut reposer sur des éléments de faits comme la fourniture, la réunion ou la gestion de fonds, valeurs ou biens quelconques mais également la contribution intellectuelle de l'auteur présumé par le biais de simples conseils donnés à cette fin. Il en résulte alors que pour engager la responsabilité pénale de l'auteur pour des faits de financement du terrorisme, il n'est pas nécessaire que l'acte terroriste préparé ou envisagé ait eu lieu en amont. En sus, il est nécessaire de retenir que le financement du terrorisme peut porter également sur d'autres actes délictueux qui sont précisés à l'article 421-1 du Code pénal¹²⁵⁶, telle que l'association de malfaiteurs à but terroriste définie dans le Code pénal¹²⁵⁷.

473. L'incrimination de financement de terrorisme ou le « noircissement » se présente comme « une extension législative » du délit de blanchiment, faisant l'objet de poursuites autonomes¹²⁵⁸. En effet, à la différence du blanchiment, il n'est pas nécessaire dans le cas du financement du terrorisme qu'il y ait une infraction commise ou une dissimulation des fonds

¹²⁵² C.pén. art. 421-2-2 : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte. ».

¹²⁵³ Loi n°2001-1062, 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne, JO, 16 nov. 2001, p.18215.

¹²⁵⁴ C.pén. art. 421-5 sanctionne le financement du terrorisme et sa tentative.

¹²⁵⁵ ROBERT (H.), « Les méthodes de lutte contre le financement du terrorisme : une perspective française », in *La lutte contre le financement du terrorisme : perspective transatlantique*, (dir.) SOREL (J.-M.), A. Pedone, 2009, p.104.

¹²⁵⁶ C.pén. art. 421-1 : les atteintes volontaires à la vie, l'enlèvement, la séquestration peuvent constituer des actes terroristes sur lesquels le financement du terrorisme peut porter.

¹²⁵⁷ C.pén. art. 421-2-1.

¹²⁵⁸ MAILLARD DE (J.), « La France face à la criminalité financière : entre rigueur et relâchement », in *Blanchiment et financement du terrorisme*, (dir.) FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), Ellipses, 2004, p.75.

avant la commission de l'acte de terrorisme. Cela signifie que les fonds utilisés pour financer l'acte terroriste peuvent avoir une origine tout à fait licite, mais se noircissent après coup avec une utilisation à des fins illicites. Ainsi, les montants utilisés pour le financement du terrorisme apparaissent habituellement plus faibles, souvent divisés en petits montants et donc plus difficiles à détecter, à la différence du blanchiment qui fait appel à des sommes de grande envergure dont il convient de contrôler l'origine. C'est la raison pour laquelle le noircissement ne peut être assimilé au blanchiment mais est, dans les faits, souvent associé au blanchiment en ce que les organisations terroristes ont recours aux marchés financiers pour transférer des montants propres ou blanchis avec pour seule ambition de concourir au financement de leurs activités¹²⁵⁹.

b) Le nouveau visage du terrorisme et ses modes de financement

474. Les attentats du 11 septembre 2001 ont révélé une nouvelle forme de terrorisme dont la motivation principale n'a plus trait aux revendications territoriales locales, comme ce fut le cas pendant de nombreuses années avec par exemple l'Irish Republican Army (IRA) en Irlande ou encore l'Euskadi Ta Askatasuna (ETA) au Pays basque. En effet, la dimension religieuse fondamentaliste revendiquée lors des attaques terroristes a fait son entrée en 2001, mettant fin à un terrorisme idéologique anarchiste. La religion, par le biais d'organisations telles qu'Al-Qaeda ou plus récemment Daech¹²⁶⁰, est fortement instrumentalisée au service de l'organisation qui reçoit le soutien parfois direct de certains États¹²⁶¹. Cette nouvelle forme de terrorisme apparaît de plus en plus difficile à combattre, étant donné « que ses modes de fonctionnement et de financement ne la situent plus en marge mais au cœur de l'économie de marché »¹²⁶². Il va de soi que les marchés financiers offrent de nombreuses possibilités de financement et d'investissement par le biais de montages bancaires et financiers complexes, qui constituent un terrain de jeu propice au déploiement du terrorisme.

475. Par conséquent, de nouvelles typologies opérationnelles de financement du terrorisme ont fait leur apparition ces dernières années dans le secteur bancaire et financier et peuvent s'illustrer de différentes façons. Au-delà des principaux réseaux et organisations terroristes, les établissements bancaires français sont aujourd'hui principalement confrontés à de petites

¹²⁵⁹ CHESNEY (M.), « Des outils sophistiqués à la disposition des réseaux terroristes », in *Criminalité financière. Comment blanchir de l'argent sale et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers*, (dir.) FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), Éditions d'Organisation, 2002, p.219.

¹²⁶⁰ BRUGUIERE (J.-L.), *Les voies de la terreur*, Fayard, 2016, p.123 : À consulter pour plus d'informations sur la permanence de la menace terroriste après le 11 septembre et la mondialisation du djihad.

¹²⁶¹ FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), *Blanchiment et financement du terrorisme*, Ellipses, 2004, p.16.

¹²⁶² *Ibidem*.

cellules terroristes, velléitaires et radicalisées ou à des cas d'individu isolé – répondant à l'expression de « loup solitaire »¹²⁶³ – qui cherchent à financer leurs activités terroristes en ayant recours à des instruments bancaires classiques. La diversification de ces comportements et profils constitue un défi supplémentaire à la charge des établissements bancaires qui, la plupart du temps, ne disposent pas d'information sur les intentions réelles de leurs clients et n'ont aucun signal d'alerte leur permettant de déclarer tout soupçon. Plusieurs rapports et études typologiques ont alors été publiés par les autorités nationales et internationales de lutte afin d'aider les acteurs du secteur à détecter les signaux faibles de financement du terrorisme que les machines n'appréhendent pas au sein de leurs portefeuille de clients¹²⁶⁴. Dans ce sens, l'identification de petits faisceaux d'indices souvent cumulés peut être à l'origine d'un soupçon de financement du terrorisme. Ainsi, Tracfin appelle les banques à une vigilance constante lors de l'étude du compte bancaire pour déceler par exemple un départ potentiel pour le djihad¹²⁶⁵ ou tout soutien de financement d'actes terroristes par l'utilisation de moyens de paiement discrets, tels que l'octroi de crédit à la consommation ou l'achat de cartes prépayées¹²⁶⁶. Les autorités de lutte accordent également une attention particulière à la préparation du retour d'un djihadiste qui peut être organisée financièrement par la famille avec le recours à des cagnottes en ligne ou encore par la réactivation de comptes dormants ou de cartes bancaires longtemps inutilisées¹²⁶⁷.

476. La dimension géographique du terrorisme n'est également pas la même, face à une vague d'attentats perpétrés partout dans le monde, aussi bien en Orient qu'en Occident. Cette internationalisation du terrorisme a pour conséquence d'étendre la multitude d'intervenants susceptibles d'être exploités à des fins de financement du terrorisme. L'appellation d'« État islamique en Irak et au levant » pour parler de Daech n'est pas laissée au hasard : elle laisse entendre que le nouveau visage du terrorisme est de plus en plus organisé, du moins financièrement. Sur ce point, les associations à visée radicale, qu'elles soient cultuelles,

¹²⁶³ BRUGUIERE (J.-L.), *op. cit.*, p.112 : Concept de « loup solitaire » utilisé par la presse et les milieux académiques pour qualifier les actions perpétrées par des hommes seuls hors de tous réseaux. On constate vraisemblablement que c'est davantage la typologie opérationnelle qui change, que la stratégie des organisations terroristes, les enquêtes démontrant le plus souvent que ces individus isolés bénéficient de la complicité de filières criminelles.

¹²⁶⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Un droit substantiel de la compliance appuyé sur la tradition européenne humaniste », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.29 : « Dès lors, l'être humain est placé comme collaborateur actif du système de compliance car la "donnée" ne devient une information que si elle est comprise et utilisée à bon escient. ».

¹²⁶⁵ Tracfin, *Rapport tendance et analyse des risques de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme en 2015*, Ministère de l'Action et des Comptes publics, Déc. 2016, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin/tendances-et-analyse-des-risques-en-2016>>.

¹²⁶⁶ Tracfin, *Rapport d'activité en 2016*, Juill. 2017, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin/rapport-dactivite-2016-tracfin>>.

¹²⁶⁷ RAN, *Responses to returnees: Foreign terrorist fighters and their families*, Radicalisation Awareness Network, Juill. 2017, en ligne : <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/ran_br_a4_m10_en.pdf>.

culturelles ou encore à vocation humanitaire peuvent être utilisées pour camoufler l'origine des fonds associatifs ou la destination de ces fonds en évitant tout système de contrôle¹²⁶⁸. Les réseaux collecteurs et autres facilitateurs financiers peuvent eux aussi permettre aux djihadistes de bénéficier de sources de financement extérieures¹²⁶⁹. Il en résulte que les modes de financement habituels du terrorisme peuvent aussi bien avoir une source illégale – telle que l'extorsion de fonds, le trafic de stupéfiants, la contrebande transfrontalière de marchandises, etc. à l'image de Daech¹²⁷⁰ qui se finance principalement par la contrebande d'antiquités, de pétrole et la taxation des reventes aux populations locales – qu'une origine légale. Sur ce dernier point, il n'est pas rare que des fonds levés au bénéfice d'œuvres caritatives soient détournés pour financer des activités terroristes, tout comme les fonds collectés suite à l'utilisation de plateformes de financement participatif ou encore de monnaies virtuelles. De nombreux cas de fraude sociale ont également été détectés avec le détournement d'indemnités chômage ou de prestations sociales¹²⁷¹.

477. Face à la mondialisation du financement du terrorisme, parfaitement infiltré sur les marchés financiers, les pouvoirs publics n'ont pas d'autre choix que de mettre en place des mesures normatives et législatives de grande ampleur (2.).

2. Les mesures normatives et législatives de lutte contre le financement du terrorisme

478. Les premières mesures normatives internationales ont été adoptées par les Nations unies le 9 décembre 1999 à New York, obligeant les États parties à la Convention pour la répression du financement du terrorisme¹²⁷² à « ériger en infraction la fourniture ou la collecte de fonds destinés à commettre un acte prévu par l'une des 9 conventions contre le terrorisme [...], ou tout acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil pour intimider une population ou exercer une contrainte sur un gouvernement »¹²⁷³. Ces dispositions ont été rapidement complétées par la résolution 1373 (2001)¹²⁷⁴, érigée par le Conseil de sécurité de l'ONU à la

¹²⁶⁸ Tracfin, *Rapport d'activité en 2015*, Juill. 2016, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/rapport-activite-2015-tracfin>>: C'est le cas de l'association Perle d'espoir ayant pour objet l'aide aux peuples palestinien et syrien dont le compte a été utilisé comme un compte de passage pour transférer des fonds vers un compte personnel à des fins de financement d'actes terroristes.

¹²⁶⁹ Tracfin, *Rapport d'activité en 2017*, Juin 2018, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin-rapport-activite-2017>>.

¹²⁷⁰ GAFI, *Financing of the Terrorist Organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)*, Groupe d'Action Financière, Févr. 2015, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-of-the-terrorist-organisation-ISIL.pdf>>.

¹²⁷¹ Tracfin, *Rapport d'activité en 2016*, *op. cit.*

¹²⁷² Art. 2 de la Convention internationale des Nations-Unies pour la répression du financement du terrorisme, la détection, le gel et la confiscation des fonds du terrorisme, New-York, 9 déc. 1999, en ligne : <<http://www.un.org/french/millenaire/law/cirft.htm>>.

¹²⁷³ BRAYER (G.), *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, Société de législation comparée, 2007, p.21.

¹²⁷⁴ Conseil de sécurité de l'ONU, *Résolution 1373 (2001) sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations-Unies, 28 sept. 2001, en ligne : <[https://undocs.org/fr/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/fr/S/RES/1373(2001))>.

suite des attentats du 11 septembre 2001, qui décide plus largement que tous les États doivent prévenir et réprimer le financement des actes de terrorisme afin de renforcer la coopération internationale en matière d'échanges d'information opérationnelles, concernant en particulier les actions ou les mouvements de terroristes ou de réseaux de terroristes¹²⁷⁵. L'année 2001 est également marquée par l'adoption de huit recommandations spéciales¹²⁷⁶ du GAFI qui entérinent le cadre international de prévention et de détection des actes terroristes et de financement du terrorisme. L'objectif de ces recommandations est ainsi de s'assurer que tous les pays disposent de moyens juridiques suffisants pour engager des poursuites et réprimer pénalement les personnes qui participent au financement du terrorisme¹²⁷⁷. Ces huit recommandations qui imposent la transparence des flux d'argent ont ensuite été complétées en 2004 par une neuvième résolution¹²⁷⁸, puis intégrées en 2012 aux 40 recommandations existantes du GAFI¹²⁷⁹.

479. Sur le plan européen, le financement du terrorisme fait son entrée au sein de la troisième directive anti-blanchiment du 26 octobre 2005 qui étend le champ de la déclaration de soupçon au financement du terrorisme¹²⁸⁰, obligeant alors les établissements bancaires à déclarer à Tracfin tout soupçon relatif à une opération de financement du terrorisme. On assiste alors progressivement à une généralisation du droit pénal avec un socle commun en matière de financement du terrorisme au niveau européen, la mondialisation du crime financier ayant entraîné celle du droit pénal¹²⁸¹. Cette position se confirme avec la mise en place de la quatrième directive anti-blanchiment du 20 mai 2015 qui comprend elle aussi un volet relatif à

¹²⁷⁵ D'autres résolutions de l'ONU plus récentes sont venues par la suite améliorer le partage d'information entre les nations. À titre d'exemple, Conseil de sécurité de l'ONU, *Résolution S/RES/2253(2015) sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations-Unies, 17 déc. 2015, en ligne : <[http://undocs.org/fr/S/RES/2253\(2015\)](http://undocs.org/fr/S/RES/2253(2015))>.

¹²⁷⁶ v. *supra* n°156.

¹²⁷⁷ GAFI, *Les IX recommandations spéciales du GAFI*, Groupe d'Action Financière, 22 oct. 2004, en ligne :

<<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/IX%20Recommandations%20Sp%C3%A9ciales%20and%20IN%20FRENCH%20rc.pdf>>.

¹²⁷⁸ Les huit recommandations ont été complétées en 2004 par une neuvième résolution spéciale relative aux passeurs de fonds.

¹²⁷⁹ GAFI, *Les recommandations du GAFI : Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, Groupe d'Action Financière, Févr. 2012, en ligne :

<[http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/normesinternationalesurlaluttecontreleblanchimentdecapitauxetlefinancementdutorismeetdelaproliferation.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/normesinternationalesurlaluttecontreleblanchimentdecapitauxetlefinancementdutorismeetdelaproliferation.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))>.

¹²⁸⁰ FBF, « La transposition de la 3ème directive anti-blanchiment : l'occasion de clarifier les textes », 10 sep. 2007, en ligne :

<<http://www.fbf.fr/Web/Internet2010/Content.nsf/DocumentsByIDWeb/60D7E13A2BBCDAC0C125775E00536B7C>>.

¹²⁸¹ BRAYER (G.), *op. cit.*, p.26.

la lutte contre le financement du terrorisme. En effet, cette directive énumère un ensemble de propositions pour empêcher que le système bancaire ne soit utilisé à des fins terroristes et contrer les risques liés entre autres aux monnaies virtuelles ou aux instruments prépayés anonymes, dans une perspective plus large de coopération entre les cellules de renseignement financier de l'UE¹²⁸².

480. Au niveau national, les États-Unis constituent le premier pays à instituer en 2001 une loi antiterroriste, le *US Patriot Act*¹²⁸³ signé par le président américain. Cette loi est une réponse aux attentats perpétrés le 11 septembre 2001 et contient diverses dispositions visant à bloquer l'accès des terroristes au système financier des États-Unis, par la mise en place de mesures applicables par les organisations bancaires américaines telle que l'obligation de vigilance particulière pour les comptes de banque privée et de correspondant¹²⁸⁴. En France, la lutte contre le financement du terrorisme a donné lieu à la publication plus tardive de plusieurs mesures normatives et législatives pour faire face au changement de dimension de la menace terroristes suite aux attentats de janvier et novembre 2015 ou encore de juillet 2016 commis sur le territoire français. Ainsi, le ministre des Finances et des Comptes Publics a présenté le 18 mars 2015 un arsenal de huit mesures destinées à lutter contre le financement du terrorisme et articulées autour de trois objectifs : identifier, surveiller et agir¹²⁸⁵. Ce plan d'action a été par la suite complété par la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement¹²⁸⁶ et la loi du 3 juin 2016¹²⁸⁷ qui élargissent, entre autres, le droit de Tracfin à recueillir des informations utiles à son enquête – aussi appelé « droit de communication »¹²⁸⁸ – auprès d'un panel plus large de

¹²⁸² Comm. (UE), « La Commission renforce les mesures de transparence afin de lutter contre le financement du terrorisme, l'évasion fiscale et le blanchiment de capitaux », 5 juill. 2016, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2380_fr.htm>.

¹²⁸³ Le « *US Patriot Act* » dont le titre exact est « *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* », est une loi antiterroriste qui a été votée par le Congrès des États-Unis et signée par George W Bush le 26 octobre 2001.

¹²⁸⁴ BLACHE (D.), *Le droit bancaire des États-Unis, le modèle pour l'Europe Bancaire ?*, Revue Banque, 2006, p.295.

¹²⁸⁵ Ministère des Finances et des Comptes Publics, « Lutte contre le financement du terrorisme - Dossier de presse », 18 mars 2015, en ligne :

<https://www.economie.gouv.fr/files/dpfinalluttecontrefinancementterrorisme_18mars2015.pdf> : Pour être pleinement efficaces, ces mesures nécessitent toutefois un renforcement du cadre réglementaire national autour de trois priorités : (i.) le recul de l'anonymat dans l'économie afin de mieux tracer les opérations suspectes (IDENTIFIER), (ii.) la mobilisation des acteurs financiers dans la lutte contre le terrorisme (SURVEILLER), (iii.) le renforcement des capacités de gel contre les avoirs détenus par les financeurs ou les acteurs du terrorisme (AGIR).

¹²⁸⁶ Loi n°2015-912, 24 juill. 2015 relative au renseignement, JO, 26 juill. 2015, p.12735. L'article 16 de cette loi élargit le droit de communication de Tracfin aux entreprises de transport et opérateurs de voyage.

¹²⁸⁷ Loi n°2016-731, 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, JO, 4 juin 2016, p.1 : L'article 33 étend le droit de communication de Tracfin aux gestionnaires de cartes prépayées.

¹²⁸⁸ C.monét.fin. art. L.561-26 : Tracfin peut demander que les professionnels concernés par le dispositif anti-blanchiment lui communiquent les pièces (relevés de comptes, factures, etc.) utiles à son enquête. Tracfin exerce alors son droit de communication.

professionnels. Plus récemment, la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme¹²⁸⁹ a été publiée pour prévenir la commission d'actes terroristes à travers le déploiement de plusieurs mesures restrictives de libertés ou encore individuelles de contrôle administratif.

481. Il revient à la fonction *compliance* anti-blanchiment la charge d'établir son programme de conformité dans ce cadre juridique préétabli, qui impose aux établissements bancaires et financiers de s'aligner et se coordonner avec les différentes autorités de régulation et organisations pour lutter efficacement contre le crime financier (§2).

§2 La coordination française de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

482. La répression du crime financier repose très largement sur une organisation nationale et fragmentée, face à une activité délictuelle ou criminelle de BC-FT sans frontières. En effet, les pouvoirs publics font désormais peser à la charge des établissements bancaires et financiers de nouvelles prérogatives, qui consistent à prévenir et à détecter les opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme au sein de leurs portefeuilles de clients (B.). Ils demandent ainsi aux professionnels du secteur d'exercer des missions de police qu'ils ne peuvent plus accomplir¹²⁹⁰, plaçant les établissements bancaires et financiers, et la fonction de conformité anti-blanchiment en leur sein, en première ligne dans la répression du crime financier (A.).

A. La place primordiale des établissements bancaires et financiers dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

483. Comme il a été pertinemment relevé, « la libéralisation et la globalisation de l'économie ont montré que les États ne pouvaient plus à eux seuls assurer la réalisation de certains objectifs globaux »¹²⁹¹. À ce titre, on peut ajouter la LCB-FT dans la liste des enjeux nationaux qui ne sont plus pris en charge uniquement par les pouvoirs publics (1.). Les professionnels du secteur bancaire et financier ont désormais un rôle de premier ordre à jouer en tant qu'assujettis aux obligations de LCB-FT (2.).

¹²⁸⁹ Loi n°2017-1510, 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JO, 31 oct. 2017, p.1.

¹²⁹⁰ DE LA COTARDIERE (A.), « Construire une Europe de la compliance lisible pour les entreprises », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.120.

¹²⁹¹ SAUVE (J.-M.), « Compliance, droit public et juge administratif », in *Régulation, supervision, compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2017, p.48.

1. Le constat de l'impuissance des pouvoirs publics face à la mondialisation du crime financier

484. Face à l'expansion massive du crime financier, le constat de l'impuissance des pouvoirs publics est lourd de conséquences et révèle l'impasse judiciaire dans laquelle les magistrats se trouvent pour contrer cette menace (a.). Cet aveu de faiblesse appelle à la nécessaire réorganisation de la LCB-FT pour faire intervenir de nouveaux participants : les établissements bancaires et financiers (b.).

a) L'impasse judiciaire

485. L'ouvrage intitulé *Un monde sans loi*¹²⁹² illustre parfaitement l'échec complet de la lutte contre la grande criminalité financière menée dans les années 1990 par les magistrats européens en charge d'enquêtes pénales dans le domaine de la délinquance internationale, et plus précisément du blanchiment de capitaux. En effet, le constat d'une impuissance des pouvoirs publics face au crime financier est sans appel : « En vingt ans, la représentation du crime organisé est passée du folklore du Parrain, immortalisé par Coppola, à l'ordre du jour des sommets internationaux »¹²⁹³. Si la lutte contre l'économie criminelle est désormais au cœur des préoccupations des plus hautes instances étatiques, c'est bien parce que les mutations qu'ont subi nos sociétés en matière de criminalité financière sont à l'origine d'une perte de contrôle des États. Pour bien comprendre cette réalité, il est nécessaire d'envisager le lien étroit existant entre l'économie criminelle et l'économie légale, qui représente dès les années 2000 plus d'un milliard de dollars de profits par jour, injecté dans les circuits des marchés financiers du monde entier¹²⁹⁴. D'autres données chiffrées témoignent de cette progression de la criminalité financière avec près de 820 milliards de dollars estimés et capitalisés pendant dix ans par les trafiquants de drogue, et qui sont pour la plupart déjà investis dans l'économie légale¹²⁹⁵. Face à des organisations criminelles représentant de véritables « contre-pouvoirs », un désordre profond s'est installé depuis plusieurs années et vient indéniablement créer de la confusion au sein de notre système étatique, politique, institutionnel et économique¹²⁹⁶. L'appareil judiciaire et policier déployé par les pouvoirs publics pour lutter contre l'économie criminelle n'apparaît pas suffisant et se manifeste par de faibles taux de répression¹²⁹⁷. La situation ne va pas en s'améliorant, dans un contexte de virtualisation des échanges dans lequel les États perdent progressivement le contrôle du marché avec l'utilisation de réseaux

¹²⁹² MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, op. cit.

¹²⁹³ *Ibid.*, p.12.

¹²⁹⁴ MAILLARD DE (J.), « Comprendre la lutte contre la criminalité financière », Conférence organisée par le département Financial Crime Compliance au sein d'HSBC France, Paris, 21 juin 2018.

¹²⁹⁵ KOPP (P.), op. cit., p.87.

¹²⁹⁶ MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, op. cit., p.54.

¹²⁹⁷ KOPP (P.), op. cit., p.88 : « L'Association française des banques indiquait que 577 milliards de francs se trouvaient annuellement en mal de blanchiment, aux États-Unis et en Europe, soit un taux de répression ridicule de 0.5 % sur une période de dix ans. ».

dépassant toute frontière comme internet. Ils ne peuvent pas freiner le potentiel de développement de certaines nouvelles technologies telles que les crypto-monnaies, même si celles-ci représentent aujourd'hui un des multiples canaux utilisés pour le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

486. La mondialisation criminelle n'a plus de limites et constitue un véritable rempart contre le pouvoir étatique. Même si les initiatives et appels se multiplient pour démanteler les paradis fiscaux en Europe, dans le prolongement de l'appel de Genève signé par plusieurs milliers de magistrats européens¹²⁹⁸, certains pays s'organisent toujours pour être de véritables refuges fiscaux¹²⁹⁹. En Europe, on peut citer les îles britanniques Jersey, Guernesey, l'île de Malte et l'île du Man mais également le Liechtenstein, Monaco, l'Andorre ou encore l'île de Saint-Martin (dans la sa partie néerlandaise)¹³⁰⁰ et bien d'autres pays dans le reste du monde. Même si le scandale des « *panama papers* »¹³⁰¹ a permis un an plus tard d'engager les Etats à modifier leurs exigences de transparence à l'égard des banques - par le biais notamment de l'échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers imposé par l'UE depuis le 1^{er} janvier 2017 -, les techniques d'optimisation fiscale dites « agressives » restent largement pratiquées¹³⁰². De surcroît, la constitution de sociétés *off-shore* est favorisée au sein de ses paradis fiscaux et bancaires et devient accessible à toutes les bourses, creusant par là même le développement de l'économie criminelle dans le sillage de l'économie légale : « La mondialisation financière a fait entrer le cheval de Troie de la criminalité au cœur même des démocraties »¹³⁰³. À cela s'ajoute, depuis quelques années, le déploiement d'une vraie professionnalisation des activités criminelles qui conduit à la prolifération de micro-organisations.

487. Ces nouvelles avancées en matière de criminalité financière conduisent les États ou les institutions publiques à se résigner et « à gérer sans vague les conséquences d'un état de fait qu'ils ne maîtrisent plus »¹³⁰⁴. Le pouvoir étatique n'a pas d'autre choix que d'intervenir en périphérie et de fixer les limites à ne pas franchir, tout en confiant aux professionnels du secteur de nouvelles prérogatives (b.).

¹²⁹⁸ PARIS-FICARELLI (N.), *Magistrats en réseaux contre « la criminalité organisée »*, Presses universitaires de Strasbourg, 2008, p.17 : L'Appel de Genève a été lancé le 1^{er} oct. 1996 « par sept magistrats européens. Il a retenti tel un signal d'alarme qui s'adressait aux citoyens et qui avait pour finalité de les informer des difficultés rencontrées par les juges en charge d'enquêtes pénales ayant des ramifications internationales, dans des domaines aussi vastes que le trafic de drogue, la corruption, la traite des êtres humains ou le terrorisme. »

¹²⁹⁹ KOPP (P.), *op. cit.*, p.63.

¹³⁰⁰ OCDE, *List of Un-cooperative Tax Havens*, Avr. 2000, en ligne : <http://www.oecd.org/ctp/harmful/list-of-unco-operative-tax-havens.htm>.

¹³⁰¹ v. *supra* n°464.

¹³⁰² COLLET (M.), « Panama papers : quelles conséquences un an après ? », *D.* 2017, p.1184.

¹³⁰³ MAILLARD DE (J.), *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, *op. cit.*, p.135.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p.82.

b) Les nouvelles prérogatives confiées aux établissements bancaires et financiers

488. L'aveu de faiblesse des pouvoirs publics dans la répression à grande échelle du crime financier conduit nécessairement à réorganiser la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, pour faire intervenir de nouveaux acteurs. Jusqu'ici, les politiques publiques ont échoué, n'arrivant pas à endiguer cette finance noire qui trouve son fondement dans l'insuffisance de contrôle des opérations financières illicites¹³⁰⁵. En effet, la mondialisation financière fait échec à toute forme de contrôle et de réglementation stricte des activités financières par les pouvoirs publics. Tout l'enjeu est alors d'inciter le système bancaire et financier à coopérer avec les services de répression du crime financier et donc à livrer des informations sur certains de leurs clients, nonobstant le respect du secret bancaire¹³⁰⁶, en brisant certains équilibres juridiques nationaux¹³⁰⁷. Pour ce faire, les autorités publiques n'ont pas hésité à imposer aux acteurs du secteur de mettre en place des dispositifs de contrôle et des programmes de conformité qui permettent en première ligne de freiner la criminalité financière¹³⁰⁸. Les établissements bancaires et financiers prennent alors un « double risque », à savoir perdre des opérations particulièrement rentables après dénonciation, et risquer d'être sanctionnés par les régulateurs s'ils ne prêtent pas leur concours aux autorités judiciaires¹³⁰⁹.

489. Plus largement, il est nécessaire de rappeler que la lutte contre le crime financier est un cas particulier dans l'organisation de sa répression, dans la mesure où l'État n'a pas eu d'autre choix que de déléguer une partie de son pouvoir aux institutions bancaires et financières en sollicitant leur coopération dans la surveillance des opérations financières et la détection des transactions menées. Cette coopération entre l'État et le système bancaire et financier se caractérise dès lors par une « asymétrie informationnelle »¹³¹⁰, en ce que les professionnels du secteur sont en contact direct et au plus près de l'émetteur du risque de criminalité financière, qui figure au sein de leur portefeuille de clients. Cela signifie donc qu'en faisant peser sur les banquiers et autres professionnels assujettis à la LCB-FT le poids du risque pénal, les pouvoirs publics ne prennent finalement en charge que le contrôle périphérique du risque : « Les pouvoirs étatiques se contentent d'organiser l'"infirmerie" de la guerre économique en laissant aux seules entreprises la conduite des opérations sur les théâtres extérieurs »¹³¹¹.

490. Par conséquent, les banquiers se positionnent comme les premiers régulateurs et législateurs internes en charge de la lutte contre le crime financier au sein de leur portefeuille de clients. Ces nouvelles prérogatives peuvent s'avérer très incertaines face à un contexte de

¹³⁰⁵ KOPP (P.), *op. cit.*, p.10.

¹³⁰⁶ v. *supra* n°466.

¹³⁰⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), *op. cit.*, p.34.

¹³⁰⁸ v. *supra* n°304.

¹³⁰⁹ KOPP (P.), *op. cit.*, p.10.

¹³¹⁰ *Ibid.*, p.13.

¹³¹¹ MAILLARD DE (J.), « Comprendre la lutte contre la criminalité financière », *op. cit.*

mondialisation financière sans cesse en mouvement et une réalité du crime financier jamais figée. À leurs côtés, les autorités de régulation interviennent dans un second temps, en venant contrôler la conformité de ces systèmes de contrôles internes. Cette articulation reste pour le moins paradoxale, dans la mesure où les pouvoirs publics se reposent sur les acteurs privés du secteur sans qu'ils aient véritablement les moyens de vérifier – au-delà des contrôles sur place effectués par le régulateur – si ces derniers déploient une action suffisante et efficace pour lutter contre la criminalité financière. C'est dans cette configuration que la fonction de *compliance* anti-blanchiment au sein des établissements bancaires et financiers trouve son ancrage et se présente comme un véritable palliatif aux défaillances des pouvoirs publics dans la prise en charge d'enjeux nationaux, comme la LCB-FT. Le travail de prévention et de détection des opérations de blanchiment et de financement du terrorisme évoqué ci-après¹³¹², qui est désormais de la responsabilité de la *compliance* anti-blanchiment, constitue donc un mode privé de régulation des comportements pour accroître l'efficacité de la LCB-FT et diminuer l'asymétrie d'information existante dans un souci d'intérêt général. Les pouvoirs publics utilisent le « bras armé » des entreprises pour « maintenir et étendre la police des activités économiques [qu'ils n'ont] plus les moyens d'assurer par [eux-mêmes] »¹³¹³.

491. Pour bien comprendre la place occupée par les établissements bancaires et financiers dans la LCB-FT, il faut au préalable définir quelles catégories de professionnels sont assujetties aux obligations de LCB-FT (2.).

2. Les professionnels assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

492. Le législateur a prévu, au sein du Code monétaire et financier, une obligation de coopération active de certains professionnels avec les autorités publiques en charge de lutter contre la LCB-FT¹³¹⁴. Sur ce point, le banquier est présenté comme le premier professionnel assujetti le plus disposé à signaler, par exemple, un soupçon de blanchiment, de fraude fiscale, etc. à travers l'étude de l'origine frauduleuse des fonds placés en banque¹³¹⁵. Il incombe ainsi à tout un ensemble d'acteurs, établissements et entreprises en lien avec le secteur bancaire et financier, de répondre à un certain nombre d'obligations de vigilance et de déclarations en matière de LCB-FT¹³¹⁶. Parmi les professionnels du secteur bancaire visés, on peut retenir les établissements de crédit, les établissements de paiement ou encore les intermédiaires en opérations de banques et services de paiement (IOBSP), et bien d'autres. Le secteur de la

¹³¹² v. *infra* n°496.

¹³¹³ GAUDEMET (A.), « Qu'est-ce que la compliance ? », *op.cit.*, p.113.

¹³¹⁴ C.monét.fin. art. L.561-2.

¹³¹⁵ BEAUSSIER (M.), QUINTARD (H.), *Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme*, Revue Banque, 2010.

¹³¹⁶ v. *supra* n°304.

finance n'est pas épargné non plus, comprenant logiquement les prestataires de services d'investissement qui ont eux aussi la responsabilité d'éviter que des sommes d'origine illicite soient intégrées au cœur des marchés financiers¹³¹⁷. L'article L.561-2 a fait également l'objet de plusieurs ajouts pour élargir le périmètre de la LCB-FT aux organismes d'assurance indépendamment du secteur bancaire¹³¹⁸, mais aussi aux intermédiaires en financement participatif¹³¹⁹ ou encore aux plateformes de conversion de monnaies virtuelles¹³²⁰. Plus récemment, la loi « PACTE » du 22 mai 2019¹³²¹ est venue modifier l'article L.561-2 du Code monétaire et financier, pour assujettir à la LCB-FT les émetteurs de jetons ayant obtenu visa¹³²², les prestataires agréés¹³²³ et les prestataires de services sur les actifs numériques¹³²⁴.

493. Plus précisément, l'obligation de LCB-FT a vocation à s'appliquer à l'encontre des professionnels ayant leur siège social en France, mais pas seulement. Les établissements de crédit et entreprises d'investissement qui disposent de leur siège social dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen mais exercent leur activité sur le territoire français sont aussi concernés par cette obligation de lutte¹³²⁵. En sus, le législateur a fait mention du cas particulier des succursales des établissements de crédit et entreprises d'investissement établies en France mais également à l'étranger. S'il est logique que les succursales établies en France soient soumises aux mêmes obligations, pour celles installées à l'étranger en revanche, le législateur limite l'obligation de lutte à celles effectuant uniquement des opérations pour leur clientèle en France¹³²⁶.

494. L'ensemble des obligations en matière de LCB-FT pesant sur les professionnels assujettis se limite à la relation qu'ils entretiennent avec leur client. Cette notion de relation d'affaires est fondamentale en ce qu'elle encadre l'application de la législation et de la réglementation LCB-FT¹³²⁷. En effet, le législateur a défini cette notion comme « la relation professionnelle ou commerciale avec le client, et inclut, le cas échéant, le bénéficiaire effectif »¹³²⁸. Le point de départ de cette relation peut alors être prévu par contrat ou bien être

¹³¹⁷ COURET (A.), LE NABASQUE (H.), COQUELET (M.-L.), GRANIER (Th.), PORACCHIA (D.), RAYNOUARD (A.), REYGROBELLET (A.), ROBINE (D.), *Précis de droit financier*, 3^e éd., Dalloz, 2019, p.124.

¹³¹⁸ C.monét.fin. art. L.561-2 2°.

¹³¹⁹ Ord. n°2014-559, 30 mai 2014 relative au financement participatif, JO, n°0125, 31 mai 2014, p.9075.

¹³²⁰ Ord. n°2016-1635, 1^{er} déc. 2016, *op. cit.*

¹³²¹ Loi n°2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, *op. cit.*

¹³²² C.monét.fin. art. L.561-2 7° ter.

¹³²³ C.monét.fin. art. L.561-2 7° quater.

¹³²⁴ C.monét.fin. art. L.561-2 7° bis.

¹³²⁵ C.monét.fin. art. L.561-2 1° quater (pour les établissements de crédit) et 6° bis (pour les entreprises d'investissement).

¹³²⁶ C.monét.fin. art. L.561-2 1° (pour les établissements de crédit) et 6° (pour les entreprises d'investissement).

¹³²⁷ BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, *op. cit.*, p.259.

¹³²⁸ C.monét.fin. art. L.561-2-1, al.1^{er}.

entériné au moment où le contact entre le professionnel et son client est établi, s'inscrivant « dans une certaine durée »¹³²⁹. Le législateur précise également ce qu'il entend par la notion de bénéficiaire effectif¹³³⁰, consacrée dans le Code monétaire et financier comme la ou les personne(s) physique(s) (i.) soit qui contrôle(nt) directement ou indirectement, le client, lorsque ce dernier est une personne morale, (ii.) soit pour la(les)quelle(s) une opération est exécutée ou une activité exercée¹³³¹. Cette notion a été récemment étayée avec l'entrée en vigueur du décret de transposition de la 4^{ème} directive anti-blanchiment¹³³² qui précise la définition de « bénéficiaire effectif » des personnes morales, organismes de placement collectifs et autres constructions juridiques de type fiducies ou trusts¹³³³.

495. Depuis quelques années, les établissements bancaires et financiers se sont parfaitement saisis de ces nouvelles prérogatives et contribuent très largement à lutter contre le crime financier au soutien des pouvoirs publics. Leur action se concrétise par une participation active à la prévention et à la détection des opérations de BC-FT (B.).

B. La prévention et la détection des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (BC-FT)

496. La coordination française dans la répression du crime financier repose d'abord sur les professionnels du secteur bancaire et financier qui doivent se conformer aux obligations réglementaires et législatives qui leur incombent (1.). Cette action est ensuite complétée par l'intervention de Tracfin, la cellule française de traitement du renseignement financier, qui effectue un travail d'enquête et d'analyse à partir des déclarations et informations de soupçons communiqués par les établissements bancaires et financiers (2.).

1. Les principales obligations réglementaires et législatives à la charge des professionnels assujettis

497. Plusieurs obligations réglementaires et législatives relatives à la LCB-FT pèsent à la charge des professionnels assujettis dans leur action quotidienne de prévention et de détection des opérations de BC-FT. À l'égard de leur clientèle, les professionnels assujettis ont dans un premier temps une obligation de vigilance constante pendant toute la durée de la relation

¹³²⁹ C.monét.fin. art. L.561-2-1, al.2.

¹³³⁰ FRISON-ROCHE (M-A), « Compliance et personnalité », *D.* 2019, p.604 : « Le droit contraint les sujets en charge de rendre effective la lutte contre les maux globaux, à découvrir derrière les personnalités juridiques les plus diverses les « bénéficiaires effectifs » ».

¹³³¹ v. *infra* n°535, C.monét.fin. art. L.561-2-2.

¹³³² v. *supra* n°304.

¹³³³ D. n°2018-284, 18 avr. 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, *JO* n°0092, 20 avr. 2018. (C.monét.fin. arts. R.561-1, R.561-2, R.561-3, et R. 561-3-0 nouv.).

d'affaires¹³³⁴ et ce avant même l'entrée en relation¹³³⁵. Comme évoqué précédemment¹³³⁶, ces mesures de vigilance sont conditionnées à la note du risque retenue pour chaque client dans le cadre de la classification des risques ou « approche par les risques »¹³³⁷, déterminée « en fonction de la nature des produits ou services offerts, des conditions de transaction proposées, des canaux de distribution utilisés, des caractéristiques des clients, ainsi que du pays ou du territoire d'origine ou de destination des fonds »¹³³⁸. Il en résulte que les établissements bancaires et financiers doivent recueillir les informations relatives à l'objet et à la nature de la relation d'affaires¹³³⁹ nécessaires à la connaissance du client, et procéder avant toute entrée en relation d'affaires à l'identification et à la vérification de l'identité du client. D'autres éléments d'information doivent également être obtenus dans le cadre de la mise en œuvre de mesures de vigilance complémentaires¹³⁴⁰ ou renforcées¹³⁴¹, déterminées en fonction du risque d'exposition du client au blanchiment¹³⁴². Sur ce point, le banquier a également la charge, lorsque les informations fournies par le client ne lui paraissent pas suffisantes, de ne pas exécuter les opérations en cours et de mettre fin à la relation d'affaires, sous peine de voir sa propre responsabilité pénale engagée pour des faits de complicité¹³⁴³. Ces obligations de vigilance peuvent en cas de défaillance s'avérer lourdes de conséquences pour le professionnel qui a la responsabilité d'effectuer un examen renforcé¹³⁴⁴ « de toute opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou de d'objet licite »¹³⁴⁵ par le biais de son système manuel ou automatisé de surveillance des transactions. C'est en ayant une parfaite connaissance de son client et de l'activité de son compte que le banquier va être en mesure de déterminer quelles opérations présentent un risque avéré de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

498. Il existe, à l'encontre des professionnels assujettis, une obligation de déclaration de soupçon déjà évoquée¹³⁴⁶ des sommes ou opérations provenant d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participant au financement du terrorisme¹³⁴⁷.

¹³³⁴ C.monét.fin. art. L.561-6.

¹³³⁵ C.monét.fin. art. L.561-5.

¹³³⁶ v. *supra* n°304.

¹³³⁷ FERNANDEZ BOLLO (E.), MOULIN (A.), « L'approche fondée sur le risque : le point de vue du contrôleur bancaire », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 15, p.86.

¹³³⁸ C.monét.fin. art. L.561-4-1.

¹³³⁹ C.monét.fin. art. L.561-5-1.

¹³⁴⁰ C.monét.fin. art. L.561-10.

¹³⁴¹ C.monét.fin. art. L.561-10-1.

¹³⁴² BONNEAU (Th.), *op. cit.*, p.260.

¹³⁴³ C.monét.fin. art. L.561-8.

¹³⁴⁴ v. *supra* n°304.

¹³⁴⁵ C.monét.fin. art. L.561-10-2.

¹³⁴⁶ v. *supra* n°304.

¹³⁴⁷ C.monét.fin. art. L.561-15 I.

Cette obligation a été sensiblement élargie depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009¹³⁴⁸ qui étend la conception de l'infraction d'origine permettant d'enranger des fonds illicites, et facilite par là même sa qualification¹³⁴⁹. La fraude fiscale est également, depuis la réforme de 2009, incluse dans le périmètre de la déclaration de soupçon¹³⁵⁰, mais les professionnels assujettis ne sont tenus de procéder à l'obligation de déclaration que si la fraude revêt au moins l'un des 16 critères définis par décret¹³⁵¹. De surcroît, la loi du 26 juillet 2013¹³⁵² consacre en sus dans le Code monétaire et financier la tentative d'opération, qui peut elle aussi faire l'objet d'une déclaration par le seul fait de tenter de réaliser des opérations impliquant des fonds issus d'infractions sanctionnées de plus d'un an d'emprisonnement¹³⁵³. Ainsi, à l'exception du cas particulier de la fraude fiscale, les professionnels assujettis doivent retenir une conception large de la définition du « soupçon » qui s'entend comme le simple doute sur la provenance des fonds et doit conduire à la déclaration¹³⁵⁴. Toute la difficulté réside alors dans la détection du lien existant entre les opérations bancaires et financières et les activités criminelles¹³⁵⁵.

499. Le législateur a prévu, à côté de ces obligations de vigilance et de déclaration, un régime spécifique de transmission automatique d'informations auquel doivent répondre les professionnels assujettis. En effet, dans le cas bien précis « d'opérations présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme en raison du pays ou du territoire d'origine ou de destination des fonds, de la nature des opérations en cause ou des structures juridiques impliquées dans ces opérations »¹³⁵⁶, une communication systématique d'information (COSI) doit être adressée à Tracfin. Pour autant, le Code monétaire et financier restreint volontairement le champ d'application des COSI, en ce qu'elles ne concernent que les versements en espèces, effectués sur un compte de dépôt ou de paiement ouvert au nom du client, ainsi que les retraits d'espèces d'un montant dépassant 10.000 euros cumulés sur un mois calendaire¹³⁵⁷. Enfin, les opérations de transmission de fonds effectuées à partir d'un versement d'espèces ou au moyen de monnaie électronique font aussi l'objet d'une COSI avec

¹³⁴⁸ Ord. n°2009-104, 30 janv. 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JO n°0026, 31 janv. 2009, p.1819.

¹³⁴⁹ ROBERT (H.), « Tracfin après l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 17, p.101.

¹³⁵⁰ C.monét.fin. art. L.561-15 II.

¹³⁵¹ C.monét.fin. art. D.561-32-1.

¹³⁵² Loi n°2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JO n°L173 préc.

¹³⁵³ C.monét.fin. art. L.561-15 V.

¹³⁵⁴ CUTAJAR (C.), « L'extension du champ de la déclaration de soupçons et ses conséquences », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 18, p.107.

¹³⁵⁵ BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, op. cit., p.261: « C'est la raison pour laquelle l'obligation de déclaration est prévue en cas de simples soupçons qui peuvent notamment naître d'un transfert de fonds d'une importance inhabituelle, c'est-à-dire avec l'activité et le patrimoine du titulaire du compte ».

¹³⁵⁶ C.monét.fin. art. L.561-15-1.

¹³⁵⁷ C.monét.fin. art. R.561-31-2.

des seuils à partir desquels les informations sont requises, soit 1000 euros par opération et 2000 euros cumulés par client sur un mois calendaire¹³⁵⁸. A cet égard, l'instauration de ces obligations réglementaires et législatives à la charge des établissements bancaires et financiers fait entrer directement par la grande porte « l'intérêt général » dans l'entreprise¹³⁵⁹, qui doit répondre à des considérations qui ne relèvent plus que de l'ordre privé.

500. Le rôle joué par les professionnels du secteur assujettis à la LCB-FT vient alimenter l'action de la cellule française de traitement du renseignement financier Tracfin, qui finit d'achever le travail de prévention et de détection des opérations de BC-FT (2.).

2. L'action de la cellule française de traitement du renseignement financier : Tracfin

501. La cellule française de traitement du renseignement financier Tracfin, déjà présentée¹³⁶⁰, mène au quotidien un travail d'enquête et d'analyse à partir d'une multitude d'informations nominatives émanant pour la plupart des professionnels déclarants. En effet, au cours de l'année 2018, Tracfin a reçu et analysé 79.376 informations dont 96 % proviennent des professionnels déclarants et près de 76.316 constituent des déclarations de soupçon, avec 50.756 déclarations de soupçon réalisées par les banques et établissements de crédit¹³⁶¹. L'activité opérationnelle de Tracfin se compose d'une division de lutte contre le financement du terrorisme et de deux départements. Le premier, le département de l'analyse, du renseignement et de l'information, est en charge des relations avec les professionnels déclarants et des premières analyses des déclarations et informations de soupçon. Le second, le département des enquêtes, a la responsabilité des investigations plus approfondies, réparties par spécialités¹³⁶².

502. Le lien entre les professionnels assujettis et le service de renseignement se fait *via* la plateforme ERMES mise à disposition pour faciliter la transmission d'informations et de déclarations de manière centralisée. Ainsi, après avoir recueilli tous les renseignements propres à établir des faits susceptibles de relever du blanchiment d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an ou encore du financement du terrorisme, Tracfin transmet le dossier, après analyse, au parquet aux fins de poursuites judiciaires¹³⁶³. En 2018, on comptabilise 948 transmissions judiciaires adressées par Tracfin à l'autorité judiciaire, dont 469 portant sur une présomption d'infraction pénale¹³⁶⁴. Comme les années précédentes, les

¹³⁵⁸ C.monét.fin. art. D.561-31-1.

¹³⁵⁹ FRISON-ROCHE (M.-A.), *op. cit.*, p.17.

¹³⁶⁰ v. *supra* n°304.

¹³⁶¹ Tracfin, *Rapport d'activité en 2018*, Juin 2019, p.10, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/web_raa_tracfin-2018.pdf

¹³⁶² Tracfin, « Les missions de Tracfin », en ligne :

https://www.economie.gouv.fr/files/tracfin_mai2018_fr_web.pdf.

¹³⁶³ C.monét.fin. art. L.561-30-1.

¹³⁶⁴ Tracfin, « Les missions de Tracfin », *op. cit.*, p.10.

cinq catégories d'infractions sous-jacentes du délit de blanchiment de capitaux les plus représentées sont : le travail dissimulé, l'escroquerie (simple ou aggravée), l'abus de confiance, la fraude fiscale et l'abus de biens sociaux¹³⁶⁵. Dans sa mission de LCB-FT, la loi reconnaît également à Tracfin¹³⁶⁶ la possibilité de solliciter des CRF homologues étrangères afin d'obtenir, sous condition de réciprocité et de confidentialité, des informations complémentaires nécessaires à la poursuite de sa mission¹³⁶⁷. Au cours de l'année 2018, 2255 requêtes ont été adressées par Tracfin aux CRF étrangères¹³⁶⁸. A cet égard, on observe que même si le ratio de transmission au parquet de déclarations de soupçon reste très faible en comparaison du nombre de déclarations de soupçon effectuées chaque année par les établissements bancaires (948 vs. 50.756), en 10 ans le nombre de transmissions a été multiplié par 7¹³⁶⁹. Ces chiffres démontrent donc, d'une part, la grande implication du secteur bancaire et financier dans son rôle de première ligne, et révèle d'autre part les difficultés que rencontrent les pouvoirs publics à absorber cette masse d'informations, le nombre d'agents publics ayant été multiplié en l'espace de 10 ans seulement par 2,5¹³⁷⁰.

503. Tracfin s'est vu reconnaître plusieurs droits qui s'inscrivent en complément de la déclaration de soupçon¹³⁷¹. Le droit de communication, dans un premier temps, permet à Tracfin de « solliciter de tous les professionnels assujettis, sans exception ni régime particulier pour tel ou tel, la production de toutes pièces et documents relatifs à une transaction ou opération suspecte »¹³⁷². Ce pouvoir, déjà évoqué¹³⁷³ et garanti par le Code monétaire et financier¹³⁷⁴, renforce la conduite des investigations menées en ce qu'il a pour objectif, à titre d'illustration, de reconstituer les opérations effectuées par le client en lien avec la déclaration de soupçon, réalisée par le professionnel assujetti. Ce droit de communication s'exerce ainsi sur pièces et sur place pour les organismes financiers¹³⁷⁵, et a fait l'objet de 26.275 requêtes adressées par Tracfin en 2018¹³⁷⁶. La cellule française de traitement du renseignement financier dispose aussi d'un droit d'opposition consacré législativement¹³⁷⁷. Cette prérogative permet à Tracfin de neutraliser l'opération en cours de réalisation au moment de sa déclaration¹³⁷⁸. En notifiant au banquier par écrit ou par tout moyen son opposition claire à

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p.53.

¹³⁶⁶ C.monét.fin. art. L.561-29.

¹³⁶⁷ ROBERT (H.), *op. cit.*

¹³⁶⁸ Tracfin, « Les missions de Tracfin », *op. cit.*, p.10.

¹³⁶⁹ *Ibidem.*

¹³⁷⁰ *Ibidem.*

¹³⁷¹ FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), *op. cit.*, p.68.

¹³⁷² BRAYER (G.), *op. cit.*, p.146.

¹³⁷³ v. *supra* n°492.

¹³⁷⁴ C.monét.fin. art. L.561-25.

¹³⁷⁵ C.monét.fin. art. L.561-2, 1° à 7°.

¹³⁷⁶ Tracfin, « Les missions de Tracfin », *op. cit.*, p.10.

¹³⁷⁷ C.monét.fin. art. L.561-24.

¹³⁷⁸ BONNEAU (Th.), *op. cit.*, p.246.

l'exécution de l'opération au moment d'accusé-réception de la déclaration de soupçon, Tracfin actionne pleinement son droit d'opposition. L'opération est alors automatiquement suspendue, obligeant le professionnel du secteur à reporter l'exécution de 10 jours ouvrables¹³⁷⁹. Depuis 2013, date d'entrée en vigueur de cette prérogative Tracfin a usé 86 fois de son droit d'opposition, dont sept fois en 2018¹³⁸⁰. Enfin, depuis le 1^{er} janvier 2017, Tracfin a la faculté de signaler aux professionnels assujettis, pour une durée maximale de six mois renouvelable, toute personne ou opérations présentant un risque important de blanchiment ou de financement du terrorisme¹³⁸¹. L'actionnement de ce droit de signalement est notifié par écrit ou par tout moyen, et requiert la mise en œuvre immédiate d'obligations de vigilance à l'égard de l'opération ou du client signalé.

504. Au-delà de la défense d'intérêts privés, on peut retenir que la *compliance* anti-blanchiment a vu le jour pour prendre en charge de nouvelles prérogatives en matière de LCB-FT qui ne sont plus assurées uniquement que par les pouvoirs publics. Dans le cadre juridique de la répression du crime financier, les établissements bancaires et financiers se sont vus imposer l'exercice de missions de service de police qui relèvent de l'intérêt général. Dans ce sens, la *compliance* anti-blanchiment pallie l'impuissance des pouvoirs publics à endiguer seuls la menace d'opérations financières illicites sans pour autant bénéficier d'un soutien financier ou *a minima* d'un réel accompagnement des pouvoirs publics, autres que les actes de *soft law* émis par l'ACPR et Tracfin.. Au contraire – et c'est là tout le paradoxe – si la cellule française de renseignement Tracfin n'a pas de pouvoir de sanction, l'ACPR quant à elle n'hésite pas à sanctionner très lourdement les établissements bancaires et financiers qui ne déploient pas de programmes de conformité suffisamment robustes pour répondre parfaitement à leurs obligations réglementaires et législatives en matière de LCB-FT. Il convient donc d'évoquer plus précisément et en pratique le quotidien d'un département de lutte contre le crime financier pour se rendre compte de l'importance de la fonction de *compliance* anti-blanchiment en tant que véritable outil de prévention et de détection du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Section II).

Section II : Le quotidien d'un département de lutte contre le crime financier en pratique

505. Le quotidien d'un département de lutte contre le crime financier est rythmé, en pratique, par un arsenal de mesures de vigilance à mettre en place à l'égard de la clientèle de l'établissement bancaire et financier assujetti à la LCB-FT. Ces mesures de vigilance débutent dès l'entrée en relation et se poursuivent tout au long de la relation d'affaires dans un objectif global de connaissance du client et de ses parties liées selon une approche par les risques.

¹³⁷⁹ Ord. n°2016-1635, 1^{er} déc. 2016, *op. cit.*

¹³⁸⁰ Tracfin, « Les missions de Tracfin », *op. cit.*, p.52.

¹³⁸¹ C.monét.fin. art. L.561-26.

Pour mener à bien cette obligation de vigilance constante sur la relation d'affaires, le département est équipé de systèmes de détection des opérations suspectes dont le paramétrage tient compte de la classification des risques internes (§2). Cependant, avant d'étudier l'ensemble de ces mesures, il convient au préalable de s'intéresser un peu plus en détails à la manière dont est humainement structuré un dispositif LCB-FT au sein d'un établissement bancaire et financier (§1).

§1 L'organisation du dispositif LCB-FT au sein d'un établissement bancaire et financier

506. L'organisation du dispositif LCB-FT diffère sensiblement d'un établissement bancaire et financier à l'autre. Toutefois, il existe des fondamentaux dans la composition interne d'un département de lutte contre le crime financier qu'il est intéressant de relever (A.). Le programme de conformité doit également être étudié sous l'angle d'une approche consolidée des risques LCB-FT qui nécessite un pilotage à l'échelon du groupe et non seulement sur base individuelle (B.).

A. La composition interne d'un département de lutte contre le crime financier

507. Chaque établissement bancaire et financier assujéti à la LCB-FT désigne en son sein un responsable du dispositif LCB-FT ainsi que des correspondants et déclarants Tracfin qui ont chacun des rôles et responsabilités bien définis dans la prévention et la détection des opérations illicites (1.). À leurs côtés, les équipes centrales et pôles métiers contribuent eux aussi, à leur manière, à l'organisation de la répression en interne (2.). L'ensemble du département de lutte contre le crime financier est ensuite piloté par un responsable du contrôle de la conformité dont les rôles et responsabilités se sont considérablement étoffés ces dernières années (3.).

1. La désignation de(s) correspondant(s) et déclarant(s) Tracfin et du responsable du dispositif LCB-FT

508. Pour mener à bien sa mission d'analyse des informations et déclarations de soupçon recueillies, Tracfin ne traite qu'avec les professionnels assujettis par le législateur à la LCB-FT¹³⁸². Chaque établissement bancaire et financier doit alors désigner nominativement le ou les collaborateur(s) qui seront le ou les interlocuteur(s) privilégié(s) du régulateur bancaire de l'ACPR et de Tracfin pour assurer la lutte contre le crime financier. En effet, il incombe aux professionnels du secteur de communiquer l'identité, la qualité et les coordonnées du ou des correspondant(s) et déclarant(s) Tracfin. Le déclarant Tracfin, tout d'abord, dirigeant ou préposé, est la personne habilitée à effectuer des déclarations de soupçon¹³⁸³. Le

¹³⁸² v. *supra* n°492.

¹³⁸³ C.monét.fin. art. L.561-23-I.

correspondant Tracfin quant à lui, dirigeant ou préposé, a la charge de répondre aux demandes du service de traitement du renseignement financier et d'assurer la diffusion des informations, avis, recommandations aux autres collaborateurs de la banque¹³⁸⁴. Les collaborateurs nommément identifiés vont ensuite pouvoir obtenir des codes d'accès individuels à la plateforme d'échange d'information et de déclaration ERMES. Avant l'envoi d'une déclaration de soupçon, le professionnel doit s'assurer qu'il a préalablement désigné un déclarant et correspondant Tracfin. La désignation de ces qualités peut relever, en fonction de la taille et de l'organisation de l'établissement, d'une seule et même personne¹³⁸⁵. Quoiqu'il en soit, il est primordial, comme le rappelle le Code monétaire et financier, que le déclarant et le correspondant Tracfin échangent sur les données communiquées à la cellule de renseignement et se tiennent informés des demandes en découlant¹³⁸⁶.

509. Le positionnement au sein de l'établissement bancaire et financier du ou des correspondant(s) et déclarant(s) Tracfin est fondamental en ce qu'il(s) doit(vent) avoir accès à l'ensemble des données et outils informatiques de détection et de suivi des transactions nécessaires à l'analyse et à la communication du soupçon¹³⁸⁷. Par conséquent, tout changement dans la nomination ou le départ de déclarant et correspondant Tracfin doit être porté sans attendre à la connaissance de Tracfin et de l'ACPR¹³⁸⁸. Sur ce point, l'ACPR adresse chaque année aux professionnels assujettis un tableau « BLANCHIMNT » recensant un certain nombre d'informations sur le dispositif de prévention du blanchiment de capitaux et de financement des activités terroristes, et impose aux établissements de fournir la liste détaillée des correspondants et déclarants Tracfin¹³⁸⁹. De plus, le(s) correspondant(s) et déclarant(s) Tracfin désigné(s) doi(ven)t également être tenus informé(s) de tout incident ou insuffisance constatés en matière de LCB-FT qui pourraient être révélés par le contrôle interne ou par les autorités de contrôle nationales ou étrangères en la matière¹³⁹⁰.

510. Concomitamment à la nomination de correspondant(s) et déclarant(s) Tracfin, les établissements bancaires et financiers doivent désigner chaque année un responsable de la

¹³⁸⁴ C.monét.fin. art. L.561-24, al. 1^{er}.

¹³⁸⁵ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de Tracfin sur les obligations de déclaration et d'information à Tracfin*, 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/24/022018_Id_ds_tracfin_0.pdf>.

¹³⁸⁶ C.monét.fin. art. L.561-27.

¹³⁸⁷ Art. 54 et 55 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

¹³⁸⁸ CUTAJAR (C.), *op. cit.*, p.52-53.

¹³⁸⁹ ACPR, *Instr. n°2018-I-05 modifiant l'instruction n°2017-I-11 relative aux informations sur le dispositif de prévention du blanchiment de capitaux et de financement des activités terroristes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/06/15/instruction_2018-i-05_modificative_questionnaire_qlb.pdf>.

¹³⁹⁰ Art. 56 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

mise en œuvre du dispositif LCB-FT¹³⁹¹. De manière générale, il est courant que le responsable de la mise en œuvre du dispositif LCB-FT s'apparente au responsable du contrôle de la conformité tel que désigné dans l'arrêté ministériel du 3 novembre 2014, dont l'identité est communiquée à l'ACPR¹³⁹². En sus, cette nomination doit être notifiée à Tracfin, le responsable de la mise en œuvre du dispositif LCB-FT ayant généralement la qualité de correspondant ou déclarant Tracfin. Enfin, lorsque l'établissement bancaire et financier dispose de succursales et de filiales à l'étranger, les instances de direction doivent nommer un *Money Laundering Reporting Officer* (MLRO), qui doit être enregistré auprès des autorités de régulation étrangères comme la personne en charge du suivi et de la mise en place du programme LCB-FT menée pour les activités transfrontalières¹³⁹³. À titre d'illustration, un établissement bancaire français ayant son siège social à Paris mais disposant de deux succursales à Londres et à Francfort doit désigner individuellement un MLRO auprès du BaFin¹³⁹⁴ et de la FCA¹³⁹⁵.

511. À côté des déclarants et correspondants Tracfin, d'autres collaborateurs occupent des fonctions centrales ou intègrent des pôles métiers qui participent eux aussi au maintien du dispositif de LCB-FT (2.).

2. Les équipes centrales et pôles métiers

512. Un département de lutte contre le financier est une organisation à part entière, composée de différents pôles. Ainsi, au sein des plus grands établissements bancaires et financiers de la place, on distingue les équipes centrales transverses qui touchent toutes les activités de la banque, des pôles métiers. Les équipes transverses, dans un premier temps, sont composées de chargés de conformité qui travaillent en étroite collaboration avec les équipes d'investigation de correspondants et déclarants Tracfin, mais également avec les pôles métiers. Les attributions des pôles transverses varient d'un établissement à l'autre, mais il leur incombe majoritairement de superviser le suivi et la mise à jour des polices et procédures¹³⁹⁶ relatives à la LCB-FT. En effet, le législateur impose aux professionnels assujettis de mettre en place une organisation et un arsenal de procédures internes pour lutter contre le crime financier qui soient adaptés à l'activité et aux risques présentés par les relations d'affaires¹³⁹⁷. Les

¹³⁹¹ ACPR, *Instruction n°2018-I-05*, op. cit., p.241.

¹³⁹² Art. 28 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

¹³⁹³ Comm. (EU), *Staff Working Paper: Compliance with the anti-money laundering directive by cross-border banking groups at group level*, Commission Européenne, SEC(2009) 939 final, Juin 2009, p.6-8, en ligne : <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2009/EN/2-2009-939-EN-F-0.Pdf>>.

¹³⁹⁴ BaFin, *Prevention of money laundering and terrorist financing*, Mai 2018, en ligne : <https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/Uebergreifend/Geldwaeschebekaempfung/geldwaeschebekaempfung_node_en.html>.

¹³⁹⁵ FCA, *FCA Handbook : Money laundering reporting function (CF11) - SUP 10A.7*, Avr. 2013, en ligne : <<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SUP/10A/7.html>>.

¹³⁹⁶ v. *supra* n°310.

¹³⁹⁷ C.monét.fin. art. L.561-32.

équipes transverses ont la responsabilité de s'assurer que le dispositif LCB-FT déployé est bien retranscrit dans les procédures internes et qu'il tient compte des spécificités réglementaires et législatives françaises. Les polices et procédures doivent alors couvrir l'ensemble des activités de l'organisme exposé et être mises à jour régulièrement pour s'adapter aux changements organisationnels, réglementaires/législatifs. De plus, certains établissements délèguent aux équipes centrales la charge d'informer et de former les collaborateurs du département, les préposés et toute personne agissant au nom et pour le compte de l'organisme aux thématiques afférentes à la LCB-FT¹³⁹⁸. Sur ce point, la formation et l'information délivrée peuvent porter sur des procédures internes reprenant les opérations qui nécessitent une vigilance accrue¹³⁹⁹. Ainsi, l'organisme lui-même veille, par le biais de ces équipes centrales, à ce que le personnel soit en mesure d'adapter son comportement lorsque l'activité est exposée à des risques de blanchiment et de financement du terrorisme¹⁴⁰⁰. De surcroît, les équipes centrales travaillent à la rédaction de *reportings* réglementaires tels que les tableaux « BLANCHIMNT », autrement appelés questionnaires anti-blanchiment (QLB) ou encore sur le rapport de contrôle interne (RACI) dédié à la LCB-FT et au gel des avoirs qui sont communiqués directement à l'ACPR et qui rendent compte de l'activité du département de lutte contre le crime financier.

513. Les pôles métiers sont quant à eux constitués au sein de chaque métier de la banque et ont davantage un rôle de conseil et/ou de contrôle auprès des équipes opérationnelles qui sont pour la plupart en contact direct avec le client. À cet effet, les équipes de conformité métiers sont composées principalement de chargés de conformité qui sont spécialisés dans un secteur bien précis de la banque¹⁴⁰¹. À titre d'illustration, le secteur de la banque privée dispose d'une équipe dédiée de chargés de conformité qui ne travaille que sur les opérations et risques liés à ce portefeuille de clients, au même titre que la banque d'investissement ou de détail. Les pôles métiers retranscrivent dans leurs corpus respectifs de procédures les directives et spécificités réglementaires dictées par les équipes centrales et tiennent compte des particularités liées à leur secteur d'activité. Dès lors, chaque pôle métier dispose de sa propre structure de gouvernance au regard à sa ligne de métier et reporte le résultat de son activité lors de comités de conformité organisés dans la ligne métier. Toutes les thématiques relatives à la LCB-FT sont évoquées lors de ces comités qui se réunissent selon une fréquence définie, qui peut être mensuelle dans certains établissements. En outre, au sein de chaque ligne de métier, un responsable de la conformité est d'ordinaire désigné pour assister également au comité de conformité organisé par les équipes centrales. Les responsables métiers et équipes centrales

¹³⁹⁸ C.monét.fin. art. L.561-34.

¹³⁹⁹ Art. 44 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

¹⁴⁰⁰ Art. 45 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, 3 nov. 2014, JO n°2056, 5 nov. 2014, p.18598.

¹⁴⁰¹ Observatoire des métiers de la banque, « Les métiers de la conformité dans la banque », L'observatoire des métiers de la banque, Oct. 2015, p.33, en ligne : <<http://www.observatoire-metiers-banque.fr>>.

échantent à cette occasion sur les récentes évolutions en matière de LCB-FT et les problématiques opérationnelles rencontrées.

514. En somme, les équipes centrales et pôles métiers répondent de leurs actions quotidiennes au responsable du contrôle de la conformité dont le rôle a fait l'objet ces dernières années d'une véritable montée en puissance (3.).

3. La montée en puissance du responsable du contrôle de la conformité

515. La fonction de responsable du contrôle de la conformité d'un groupe bancaire et financier est un métier jeune qui semble avoir fait son apparition à la fin du XX^{ème} siècle¹⁴⁰². Bien loin de l'image poussiéreuse du déontologue, le responsable du contrôle de la conformité occupe depuis ces dernières années un poste central, dont l'indépendance est assurée par un double rattachement hiérarchique et fonctionnel¹⁴⁰³. En effet, le responsable du contrôle de la conformité reporte le résultat de son activité directement auprès de la direction générale à laquelle il est rattaché hiérarchiquement. Ce positionnement lui assure un rôle de conseil auprès de la direction générale et du conseil d'administration ou de surveillance. Bien qu'il ne soit pas administrateur dans la plupart des grands groupes bancaires, le responsable du contrôle de la conformité fait le plus souvent partie du comité exécutif de la banque au même titre que le directeur juridique, l'inspecteur général ou encore le directeur financier. On observe donc une réelle montée en puissance de la fonction de responsable du contrôle de la conformité, qui concourt désormais au processus décisionnel et stratégique de la banque. Son rattachement fonctionnel à la conformité du groupe, lui impose de piloter son propre dispositif de conformité en adéquation avec les normes du groupe, mais également la réglementation et la législation française pour les activités de la banque menées en France. Ce pan de l'activité du responsable du contrôle de la conformité le pousse en outre à rencontrer et à échanger régulièrement avec les autorités de régulation françaises ou encore la cellule de traitement du renseignement financier, afin de rendre compte par exemple de l'adéquation et de l'efficacité du programme de conformité. Le responsable du contrôle de la conformité joue encore un rôle important dans le cadre plus sévère d'une inspection ou d'une visite sur place du régulateur, pendant laquelle il sera auditionné.

516. Le responsable du contrôle de la conformité a vu son périmètre s'élargir grandement au cours des dernières décennies, le conduisant nécessairement à recruter et à structurer davantage l'organisation de son département pour absorber les nouvelles attributions qui lui sont dévolues. En matière de LCB-FT, à titre d'illustration, le responsable du contrôle de la conformité, pour répondre aux attentes du régulateur, doit s'assurer du bon fonctionnement des systèmes informatiques de surveillance des transactions ou encore des mécanismes de filtrage

¹⁴⁰² *Ibid.*, p.36.

¹⁴⁰³ *v. supra* n°317.

par les noms mis en place pour améliorer la connaissance des clients. Cette nouvelle casquette le contraint à s'entourer d'équipes comprenant des profils divers et variés d'ingénieurs, de juristes ou d'auditeurs, en charge de transposer dans les procédures et systèmes de la banque les exigences réglementaires et législatives applicables. On peut donc valablement penser que la fonction de pilotage du programme de conformité va à l'avenir prendre de plus en plus d'ampleur, dynamisée par de nouvelles directives/règlements européens, dispositions législatives et réglementaires françaises ou encore accentuée par la pression croissante des autorités de régulation. À plus court terme, il va de soi que l'évaluation de la France par le Groupement d'action financière (GAFI)¹⁴⁰⁴ en 2020 va définir la nouvelle feuille de route prioritaire de l'action des autorités de régulation et de Tracfin, ce qui aura un impact inévitable sur l'agenda des banques et de leurs directeurs de la conformité. La montée en puissance du responsable du contrôle de la conformité ne fait que commencer et à vocation à s'implanter durablement, bien au-delà des seuls établissements bancaires et financiers.

517. Enfin, les établissements bancaires et financiers sont tenus de s'organiser et de mettre en place les dispositions LCB-FT qui leur incombent sur une base individuelle. Toutefois, la mise en œuvre efficace de ses obligations nécessite de tenir compte de l'appartenance de l'organisme assujetti à un groupe (B.).

B. L'approche groupe du dispositif LCB-FT

518. Au regard des obligations LCB-FT qui pèsent à la charge des professionnels du secteur bancaire et financier, l'appartenance à un groupe est à prendre en considération et détermine la nécessité ou non de mettre en place une approche consolidée des risques LCB-FT (1.). Cependant, il existe *a contrario* quelques tempéraments à cette mutualisation des processus à l'échelon du groupe, qui ont trait spécifiquement au partage de certaines informations au sein d'un même groupe (2.).

1. Une approche consolidée des risques LCB-FT

519. L'approche dite « groupe » du dispositif LCB-FT doit être prise en compte dans l'organisation et le fonctionnement général d'un département de lutte contre le crime financier. En effet, le législateur prévoit expressément que l'organisme tête de groupe assujetti à la LCB-FT doit veiller à ce que le dispositif d'identification et d'évaluation des risques LCB-FT existant soit bien repris par ses filiales et succursales situées en France mais également à l'étranger¹⁴⁰⁵. Cette disposition fait écho à une recommandation du GAFI qui prévoit que les mesures de vigilance déployées à l'égard de la clientèle doivent être les mêmes partout à l'échelle du

¹⁴⁰⁴ v. *supra* n°156.

¹⁴⁰⁵ C.monét.fin. art. L.561-4-1 al.3.

groupe¹⁴⁰⁶. Ainsi, la notion de groupe implique une mutualisation des processus de vigilance LCB-FT et un partage de l'information entre les différentes entités du groupe. Sur ce point, la première étape réside dans l'établissement de polices et procédures internes communes qui encadrent au niveau du groupe le dispositif LCB-FT. Une fois celles-ci établies, le responsable du dispositif LCB-FT au niveau du groupe doit veiller à ce que toutes les filiales et succursales appliquent les procédures définies par la société mère¹⁴⁰⁷. La promulgation des polices et procédures ne peut alors se faire, comme le précise le Comité de Bâle, que sur une base consolidée par le biais d'un processus centralisé de connaissance du client¹⁴⁰⁸, y compris dans le cas de groupes mixtes de banque-assurance. Cette approche groupe implique donc une gestion commune des risques et une centralisation des informations nominatives relatives à la clientèle et aux relations d'affaires¹⁴⁰⁹. Plus précisément, cela signifie que lorsque le risque de BC-FT que présente le client, la relation d'affaires ou une opération est considéré comme élevé¹⁴¹⁰, les organismes bancaires et financiers doivent veiller à la pertinence des informations échangées et à leur remontée vers la société mère¹⁴¹¹. Dès lors, les entreprises d'un même groupe financier ou d'un groupe comprenant au moins une société de financement et ayant leur siège social dans un État membre de l'UE ou partie à l'Espace économique européen ou coopératifs¹⁴¹², sont tenus de transmettre à des entreprises du même groupe les informations nécessaires à l'organisation de la LCB-FT¹⁴¹³. Il peut s'agir, à titre d'illustration, d'informations portant sur la détection d'anomalies au regard de la relation d'affaires¹⁴¹⁴ ou encore d'informations relatives à la mise en œuvre d'un examen renforcé sur les opérations d'un client de la succursale étrangère¹⁴¹⁵.

520. La législation française va plus loin concernant les groupes ou conglomérats financiers qui ont leur siège social en France et disposent de succursales ou filiales établies dans des pays tiers¹⁴¹⁶. En effet, il incombe au responsable de la mise en œuvre du dispositif LCB-FT au

¹⁴⁰⁶ GAFI, *Les recommandations du GAFI : Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, op. cit., p.19.

¹⁴⁰⁷ C.monét.fin. art. L.561-32, al.2.

¹⁴⁰⁸ CBCB, *Consolidated KYC risk management*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Oct. 2004, p.4, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs110.pdf>>.

¹⁴⁰⁹ C.monét.fin. art. R.561-29.

¹⁴¹⁰ C.monét.fin. art. L.561-10 à L.561-10-2.

¹⁴¹¹ ACPR, *Lignes directrices relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe*, Mars 2011, remplacées par *Lignes directrices relatives au pilotage consolidé du dispositif de LCB-FT des groupes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 2 mars 2020, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/21/2011-lignes-directrices-acp-pour-echanges-d-infos.pdf>>.

¹⁴¹² On entend par États coopératifs, les États non membres de l'UE et non partis à l'Espace économique européen où sont applicables les accords prévus aux articles L.632-7, L.632-13 et L.632-16 du Code monétaire et financier.

¹⁴¹³ C.monét.fin. art. L.511-34.

¹⁴¹⁴ C.monét.fin. art. L.561-8.

¹⁴¹⁵ C.monét.fin. art. L.561-10-2.

¹⁴¹⁶ C.monét.fin. art. L.561-33, I.

niveau du groupe de s'assurer que sont appliquées des mesures au moins équivalentes à celles en vigueur en France en matière de vigilance à l'égard du client, de partage et de conservation des informations et de protection des données personnelles dans les succursales et filiales du groupe situées dans des pays tiers. Ainsi, dans le cas où la filiale ou succursale située dans un pays tiers serait dans l'impossibilité d'appliquer pleinement ces dispositions – lorsque le droit applicable localement ne lui permet pas de mettre en œuvre des mesures équivalentes à celle de la maison mère – l'autorité de régulation française dont relève l'entreprise mère du groupe doit être informée et des mesures de vigilance spécifiques doivent être appliquées. Ces mesures peuvent aboutir à ce que « le groupe n'établisse pas de relations d'affaires ou qu'il y mette fin, qu'il n'effectue pas d'opérations et le cas échéant qu'il cesse ses activités dans le pays tiers concerné »¹⁴¹⁷.

521. Par ailleurs, il est nécessaire de noter qu'il peut être fait obstacle à une approche consolidée des risques LCB-FT au sein du groupe, car il subsiste des exceptions au partage de certaines informations au sein d'un même groupe qu'il convient d'évoquer (2.).

2. Les exceptions au partage d'informations au sein d'un groupe

522. Il existe des tempéraments au partage d'informations au sein d'un même groupe qui nécessitent une attention particulière des professionnels du secteur. En effet, le Code monétaire et financier prévoit expressément que les résultats des examens renforcés menés par les équipes de correspondants et de déclarants Tracfin doivent être consignés par écrit et conservés pendant une durée minimale de cinq ans, à compter de la clôture du compte du client ou de la cessation des relations¹⁴¹⁸. Dès lors, et comme le rappelle les lignes directrices de l'ACPR en matière d'échange d'informations intra-groupe, le dossier d'examen renforcé ne peut être diffusé auprès des différentes entités du groupe¹⁴¹⁹. Seules les informations relatives à ce dossier peuvent être communiquées afin de permettre un niveau de vigilance adapté au risque de BC-FT que pose la relation d'affaires.

523. Il existe également un ensemble de conditions prévues par le législateur pour encadrer au sein du groupe l'échange d'informations relatives à l'existence et au contenu de la déclaration de soupçon transmise à Tracfin. En effet, un encadrement législatif s'est imposé car la déclaration de soupçon effectuée à l'encontre d'un client est strictement confidentielle¹⁴²⁰, et sa divulgation sans autorisation réprimée d'une amende de 22.500 euros¹⁴²¹. Il résulte du

¹⁴¹⁷ C.monét.fin. art. L.561-33, II, 2°.

¹⁴¹⁸ C.monét.fin. art. R.561-22 & L.561-12.

¹⁴¹⁹ ACPR, *Lignes directrices relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe*, op. cit., p.7.

¹⁴²⁰ C.monét.fin. art. L561-19.

¹⁴²¹ C.monét.fin. art. L574-1.

Code monétaire et financier que les informations relatives à la déclaration de soupçon ne peuvent être échangées qu'entre personnes du même groupe, soumises aussi à l'obligation de déclaration de soupçon et dans le but exclusif de vigilance en matière de LCB-FT¹⁴²². Des restrictions supplémentaires sont également prévues à l'encontre des personnes ou établissements établis dans des pays tiers à haut risque¹⁴²³. Par conséquent, toute communication d'information relative à la déclaration de soupçon, en dehors des cas expressément prévus par la loi, est répréhensible. Il en est de même de la déclaration de soupçon elle-même, qui comme le rappelle l'ACPR, ne peut être diffusée intra-groupe « sans préjudice de la mise en œuvre du contrôle du dispositif LCB-FT au sens du groupe »¹⁴²⁴. C'est la raison pour laquelle il existe dans plusieurs grands groupes bancaires français un système de centralisation des déclarations de soupçon au niveau de la société mère, qui sont transmises à Tracfin pour le compte des filiales et succursales établies en France. Il n'est alors pas rare que l'équipe de correspondants et déclarants Tracfin de la société tête du groupe s'occupe des examens renforcés et déclarations de soupçon pour plusieurs entités juridiques du groupe situées sur le territoire français.

524. En outre, l'ACPR a mené entre 2016 et 2018 des actions de contrôle ciblées qui ont ensuite donné lieu à la rédaction en 2019 d'un document d'analyse transversale sur le pilotage du dispositif de LCB-FT des groupes bancaires et assurantiels¹⁴²⁵. Il ressort de ces contrôles des insuffisances relevées sur l'organisation de l'échange d'informations intra-groupe, qui est souvent formalisée de manière incomplète dans les procédures du groupe et qui peut être par la suite à l'origine de zones de fragilités dans la surveillance consolidée des risques de BC-FT¹⁴²⁶. L'identification de ces griefs s'est donc accompagnée de plans d'actions pour répondre aux demandes de l'ACPR et a abouti à titre d'illustration, à l'élaboration de procédure au niveau du groupe relative au partage d'information intra-groupe ou encore à la mise en place d'un système de partage des informations permettant un accès temporaire des équipes du groupe aux données locales.

¹⁴²² C.monét.fin. art. L561-20, I, a), b).

¹⁴²³ C.monét.fin. art. L561-20, I, c). Art. 9 de la Dir. Parl et Cons. n°2015/849 (UE), 20 mai 2015 : « Les pays tiers dont les dispositifs de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme présentent des carences stratégiques qui font peser une menace significative sur le système financier de l'Union (ci-après dénommés "pays tiers à haut risque") sont recensés afin de protéger le bon fonctionnement du marché intérieur. ».

¹⁴²⁴ ACPR, *Lignes directrices relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe*, op. cit., p.10.

¹⁴²⁵ ACPR, *Document d'analyse transversale sur le pilotage consolidé du dispositif de LCB-FT des groupes bancaires et assurantiels*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Sept. 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/190924_bilan_controls_acpr_pilotage_lcb-ft_groupes_vf.pdf>.

¹⁴²⁶ *Ibid*, p.13.

525. L'organisation du dispositif LCB-FT au sein d'un établissement bancaire et financier ou d'un groupe doit être dotée d'outils, de moyens matériels et humains qui permettent de mettre en œuvre de manière effective l'ensemble des obligations de vigilance et la détection des opérations suspectes (§2).

§2 Les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle et la détection des opérations suspectes

526. Les établissements bancaires et financiers assujettis aux obligations de LCB-FT doivent avoir une bonne connaissance de leurs clients, aussi bien pour lutter contre le risque de criminalité financière que pour répondre à leurs attentes. Dès l'entrée en relation d'affaires, un ensemble de diligences à l'égard de la clientèle sont déployées (A.) et se poursuivent pendant toute la durée de la relation d'affaires par la mise en place de mesures de vigilance constante et adaptées au profil de risque du client (B.). Enfin, l'approche par les risques mise en œuvre en pratique doit répondre aux exigences des autorités de régulation et faciliter la détection des opérations suspectes par le biais de systèmes automatisés et de processus internes (C.).

A. Les diligences à l'égard de la clientèle, un préalable à l'entrée en relation d'affaires

527. Avant d'illustrer quelles sont les mesures de vigilance instaurées en pratique pour procéder à l'identification et à la vérification de l'identité du client et de ses parties liées (2.), il convient à titre introductif de mieux appréhender la notion de relation d'affaires et de bénéficiaire effectif, qui sont deux concepts fondamentaux en matière de LCB-FT (1.).

1. Définition de la relation d'affaires et du bénéficiaire effectif

528. Les notions de relation d'affaires et de bénéficiaire effectif sont étroitement liées, en ce que la relation professionnelle ou commerciale que le banquier engage avec le client peut inclure, le cas échéant, le bénéficiaire effectif¹⁴²⁷. La relation d'affaires telle que définie par le Code monétaire et financier est formalisée lorsqu'il existe un contrat entre l'établissement bancaire et financier et le client ayant recours à ses services pour la réalisation de plusieurs opérations successives. C'est par exemple le cas lorsque le client ouvre un compte de dépôt ou de paiement. Toutefois, la loi considère également que la relation d'affaires est établie en l'absence de contrat formel, qui n'est pas considéré comme un critère déterminant. Le recours de manière tacite à l'intervention du banquier pour l'accomplissement de diverses opérations ou d'une opération de manière continue suffit ainsi à concevoir la relation d'affaires. La notion de durée de la relation d'affaires présente un caractère important, en ce qu'elle permet de

¹⁴²⁷ v. *supra* n°494.

différencier le client habituel du client occasionnel¹⁴²⁸. En effet, le client occasionnel est la personne qui réalise auprès de l'établissement bancaire une opération ponctuelle qui peut prendre la forme d'une seule opération ou de plusieurs opérations liées entre elles¹⁴²⁹. Si la distinction entre client habituel et client occasionnel peut s'avérer complexe dans certains cas, en pratique le client occasionnel s'apparente surtout à un client « de passage », qui ne sollicite l'intervention du banquier que de manière irrégulière et ponctuelle. Ainsi, d'ordinaire, les clients occasionnels ont davantage recours aux services de changeurs manuels et autres prestataires de services de paiement pour effectuer par exemple des opérations de transmission de fonds¹⁴³⁰. Une bonne compréhension de la notion de relation d'affaires a donc son importance car elle conduit à la mise en place de mesures de vigilance adaptées qui ne sont pas les mêmes selon que le client est habituel ou occasionnel¹⁴³¹. Pour autant, on peut relever que sur ce sujet la position du régulateur bancaire français n'est pas toujours très claire, la Commission des sanctions de l'ACPR ayant sanctionné la Banque Chaâbi du Maroc au motif « qu'une cliente ayant effectué cinq opérations de transferts de fonds sur une période de vingt-et-un mois devait être considérée comme une relation d'affaires relevant des obligations de vigilance constante des établissements »¹⁴³².

529. Les premières obligations relatives au bénéficiaire effectif ont été introduites en droit français par la loi du 12 juillet 1990¹⁴³³ et ont été par la suite fortement enrichies, jusqu'à l'adoption très récemment du décret du 18 avril 2018 de transposition de la 4^{ème} directive anti-blanchiment. Dès lors, le bénéficiaire effectif joue un rôle considérable dans la relation d'affaires, car il s'agit de la personne physique qui soit contrôle indirectement ou directement le client personne morale, soit pour la(les)quelle(s) une opération est exécutée ou une activité est réalisée. Ainsi, dans le cas le plus fréquemment rencontré où le client de la relation d'affaires est une société, le bénéficiaire effectif est soit celui qui détient directement ou indirectement 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit celui qui exerce par tout autre moyen un pouvoir de contrôle sur la société¹⁴³⁴. Si à titre exceptionnel, aucune personne physique n'a

¹⁴²⁸ ACPR, *Lignes directrices relatives à la relation d'affaires et au client occasionnel*, Avr. 2012, p.3, remplacées par les *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Févr. 2019, p.5, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/contenu-de-tableau/lignes-directrices-relatives-la-relation-daffaires-et-au-client-occasionnel>>document-de-nature>.

¹⁴²⁹ C.monét.fin. art. R.561-10 I.

¹⁴³⁰ ACPR, *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, op. cit., p.5.

¹⁴³¹ C.monét.fin. art. R.561-10 II.

¹⁴³² Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure* n°2012-08, 2 déc. 2013, Banque Chaâbi du Maroc, Gaz. Pal., 16-18 mars 2014, p.28, obs. MOREL-MAROGER (J.).

¹⁴³³ ACPR, *Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs*, Sept. 2011, remplacées par les *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Févr. 2019, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/contenu-de-tableau/lignes-directrices-sur-les-beneficiaires-effectifs>>.

¹⁴³⁴ C.monét.fin. art. R.561-1 al.1.

pu être identifiée au regard de l'un de ces critères, le bénéficiaire effectif correspondra au représentant légal de la société, c'est-à-dire le directeur général de la société anonyme ou encore le gérant de la société en nom collectif¹⁴³⁵. Dans l'éventualité où le représentant légal serait à son tour une personne morale, le bénéficiaire effectif constituerait la ou les personnes physiques elle(s)-même(s) représentante(s) légale(s) de la société¹⁴³⁶. En pratique, certains établissements bancaires et financiers peuvent avoir une application extensive de la définition du bénéficiaire effectif telle qu'elle est consacrée dans le Code monétaire et financier. Dès lors, il est courant d'observer que dans le cas d'un client personne morale présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terroriste, au regard de la classification des risques, certains établissements n'hésitent pas à attribuer la qualité de bénéficiaire effectif aux personnes physiques qui ne détiennent que 10 % du capital ou des droits de vote de la société. Ces disparités d'un établissement à l'autre dans l'application de la définition du bénéficiaire effectif peuvent néanmoins engendrer des écarts avec le registre des bénéficiaires effectifs accessible auprès d'infogreffe. De surcroît, le législateur a également transposé en droit français de nouvelles dispositions issues de la 4^{ème} directive anti-blanchiment, pour apporter des précisions aux définitions déjà existantes des bénéficiaires effectifs des personnes morales et des organismes de placement collectifs, et créer une nouvelle définition des bénéficiaires effectifs des constructions juridiques de type fiducies ou trusts¹⁴³⁷.

530. La clarification de ces deux notions permet ensuite aux établissements assujettis à la LCB-FT de mettre en œuvre les premières mesures de vigilance à l'égard de la clientèle que sont l'identification et la vérification de l'identité du client et de ses parties liées (2.).

2. L'obligation d'identification et de vérification de l'identité du client et de ses parties liées

531. Avant l'entrée en relation d'affaires ou la réalisation de toute transaction, le banquier doit procéder à l'identification et à la vérification de l'identité du client au moyen de documents probants¹⁴³⁸. On distingue tout d'abord l'identification du client personne physique de celle du client personne morale. Dès lors, l'identification et la vérification de l'identité du client personne physique consiste à recueillir ses noms et prénoms, ainsi que de la date et son lieu de naissance¹⁴³⁹ par le biais de l'original d'un document officiel d'identité, en cours de validité et comportant une photographie¹⁴⁴⁰. Pour ce faire, il est de rigueur dans la plupart des établissements de la place assujettis à la LCB-FT de demander au choix, la présentation de la carte nationale d'identité, du passeport ou de la carte de séjour délivrés par l'administration française et d'en faire une copie. Cependant, la vérification du lieu de naissance pose difficulté

¹⁴³⁵ C.monét.fin. art. R.561-1 al.2.

¹⁴³⁶ C.monét.fin. art. R.561-1 al.3.

¹⁴³⁷ C.monét.fin. art. R.561-1, R.561-2, R.561-3, et R.561-3-0 nouv.

¹⁴³⁸ C.monét.fin. art. L.561-5, al.1^{er}.

¹⁴³⁹ C.monét.fin. art. R.561-5 1^o.

¹⁴⁴⁰ C.monét.fin. art. R.561-5-1 3^o.

à l'étranger, puisque dans la plupart des droits nationaux celle-ci n'est pas requise car le lieu de naissance ne figure pas sur le document officiel d'identité délivré. Cette spécificité française oblige donc les succursales étrangères d'un établissement de crédit français à obtenir de la part de leurs clients étrangers d'autres documents qui permettront de vérifier le lieu de naissance, comme un acte de naissance. De plus, pour identifier le client personne morale, la loi préconise de recueillir la forme juridique, la dénomination, le numéro d'immatriculation, ainsi que l'adresse du siège social¹⁴⁴¹ et l'identité des associés et dirigeants sociaux de la personne morale, ainsi que des représentants légaux ou de leurs équivalents en droit étranger. La vérification de ces éléments est réalisée quant à elle au moyen de l'original ou de la copie de tout acte ou extrait de registre officiel datant de moins de trois mois ou extrait du *Journal officiel*¹⁴⁴². En général, une copie des statuts de la personne morale, un Kbis de moins de trois mois et les pièces d'identité des personnes ayant pouvoir ou mandat sur le compte, ainsi que celles des représentants légaux sont demandés par l'établissement bancaire avant l'entrée en relation. Sur ce point, seules les lignes directrices de l'ACPR en matière d'identification et de vérification viennent donner des précisions aux professionnels du secteur lorsqu'il s'agit par exemple d'une entrée en relation avec une société commerciale établie à l'étranger pour laquelle il n'existe pas de documents équivalents à ceux prévus par la réglementation française¹⁴⁴³.

532. Par ailleurs, le législateur impose également de procéder à l'identification du bénéficiaire effectif et de vérifier « les éléments d'identification recueillis sur celui-ci par des mesures adaptées au risque de BC-FT présenté par la relation d'affaires »¹⁴⁴⁴. Aucune précision n'étant apportée par le Code monétaire et financier, il incombe aux professionnels du secteur de vérifier l'identité du bénéficiaire effectif à l'aide de documents écrits probants collectés auprès du client selon une approche par les risques comme le précisent les lignes directrices de l'ACPR¹⁴⁴⁵, tels qu'un pacte d'actionnaires ou encore les statuts de la personne morale. Le positionnement de l'établissement est alors précisé dans les polices et procédures diffusées au sein de la banque, qui viennent naturellement retranscrire la réglementation applicable en matière de LCB-FT pour assurer son applicabilité directe en pratique. Dès lors, même si le législateur interdit aux établissements bancaires et financiers d'exécuter une opération ou d'entrer en relation d'affaires lorsque l'ensemble des informations et documents requis à l'identification et à la vérification n'ont pas été obtenus¹⁴⁴⁶, certaines pratiques de place

¹⁴⁴¹ C.monét.fin. art. R.561-5 2°.

¹⁴⁴² C.monét.fin. art. R.561-5-1 4°.

¹⁴⁴³ ACPR, *les Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, op. cit., p.12.

¹⁴⁴⁴ C.monét.fin. art. R.561-7, al.1^{er}.

¹⁴⁴⁵ ACPR, *les Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, op. cit., p.24.

¹⁴⁴⁶ C.monét.fin. art. L.561-8 al.1^{er}.

sont admises. C'est le cas, à titre d'illustration, lorsqu'une information ou un document non requis par la réglementation est manquant au regard des normes du groupe : certains professionnels admettent des exceptions à titre temporaire et procèdent à l'entrée en relation ou au maintien de la relation d'affaires, en suivant un circuit de validation renforcé.

533. L'ensemble de ces mesures d'identification et de vérification prévues par la réglementation en matière de LCB-FT sont transposées directement dans les polices et procédures des établissements bancaires et financiers et font partie intégrante du socle du dispositif de lutte contre le crime financier. Sur ce fondement, l'obligation de vigilance constante sur la relation d'affaires et l'approche par les risques mises en œuvre par les professionnels du secteur constituent elles aussi des prérogatives indispensables à la LCB-FT (B.).

B. L'obligation de vigilance constante sur la relation d'affaires et l'approche par les risques

534. L'obligation de vigilance constante sur la relation d'affaires qui incombe au banquier dans le cadre de son devoir spécial d'agent de LCB-FT¹⁴⁴⁷ se manifeste par la connaissance de la situation personnelle du client (1.) et doit être fondée sur une approche par les risques. La mise en œuvre de ces mesures de vigilance est ainsi modulée en fonction du degré d'exposition au risque de blanchiment et de financement du terrorisme que présente le client, et peut dans certains cas aboutir à l'instauration de mesures de vigilance simplifiées (2.) ou à l'opposé renforcées (3.).

1. La connaissance de la relation d'affaires et de la situation personnelle du client

535. Le législateur impose aux organismes assujettis à la LCB-FT d'avoir une bonne connaissance de la situation personnelle du client et de pratiquer un examen attentif des opérations qu'il effectue, dans une certaine limite¹⁴⁴⁸. Cette obligation de vigilance constante à l'égard de la clientèle prévoit très concrètement de recueillir, avant l'entrée en relation d'affaires, « des éléments d'information nécessaires à la connaissance de l'objet et de la nature de la relation d'affaires »¹⁴⁴⁹. De même, tout au long de la relation d'affaires, le banquier doit avoir une connaissance actualisée du client par le biais de la mise à jour et de l'analyse d'informations collectées¹⁴⁵⁰. L'examen attentif des transactions réalisées par le client sur son compte bancaire doit alors permettre au professionnel de s'assurer de la cohérence des opérations menées au regard des données dont il dispose. En pratique, il est de rigueur que les polices et procédures des différents établissements soumis à la LCB-FT retranscrivent l'arrêté du 2

¹⁴⁴⁷ v. *supra* n°304.

¹⁴⁴⁸ C.monét.fin. art. L.561-6.

¹⁴⁴⁹ C.monét.fin. art. R.561-12 1°.

¹⁴⁵⁰ C.monét.fin. art. R.561-12 2°.

septembre 2009¹⁴⁵¹ et prévoient la collecte des informations du client ou du bénéficiaire effectif personne physique relatives, à titre d'illustration, à son activité professionnelle, ses revenus, sa situation financière, etc. Des compléments d'information sont aussi demandés par la réglementation sur l'origine du patrimoine du client et des fonds apportés, pour bien appréhender la nature et l'objet de la relation d'affaires¹⁴⁵². Une veille médiatique peut également être effectuée à l'encontre du client pour renforcer la connaissance de la relation d'affaires et s'assurer que ce dernier ne fait pas l'objet de publications négatives dans les médias. De plus, lorsque le client est une personne morale, tout élément permettant d'apprécier sa situation financière doit être demandé. Sur ce point, il peut survenir des difficultés à obtenir l'information relative à la situation financière d'une société étrangère, notamment s'il s'agit d'une succursale de droit étranger. À titre d'illustration, une succursale néerlandaise ayant sa société mère aux Pays-Bas bénéficie d'une exemption à la publication de comptes annuels sur base sociale. Les comptes de la succursale sont consolidés au niveau de la société mère, ce qui complique fortement l'appréciation de la situation financière de la succursale néerlandaise, dans le cas où elle souhaiterait ouvrir un compte en France¹⁴⁵³.

536. La mise en œuvre de ces mesures de vigilance constante sur la relation d'affaires doit être adaptée au risque de BC-FT que présente la relation d'affaires¹⁴⁵⁴. Cela signifie, pour les organismes assujettis à la LCB-FT, qu'il convient d'élaborer un profil de la relation d'affaires qui repose sur la classification des risques¹⁴⁵⁵ établie. Sur ce fondement, la collecte d'informations portées à la connaissance du banquier doit permettre d'identifier de manière individualisée le niveau de risque de la relation d'affaires, qui peut être amené à évoluer en corrélation avec la vie du client¹⁴⁵⁶. Ainsi, les éléments relatifs à la profession ou aux fonctions exercées par la ou les personne(s) déclarée(s), tout comme la qualité ou non de résident fiscal, ou encore la situation patrimoniale ou financière, vont avoir une incidence directe dans l'analyse d'éventuelles opérations atypiques réalisées sur le compte en banque du client. Les organismes bancaires et financiers doivent également prendre en considération l'ensemble des risques liés aux produits et canaux de distributions utilisés qui intègrent la classification des risques. Dans ce sens, le risque lié au pays et territoire de provenance ou de destination des fonds est à prendre en compte au regard des listes officielles que sont la liste des pays non-

¹⁴⁵¹ Art. 1 de l'arrêté du 2 sept. 2009, pris en application de l'article R.561-12 du code monétaire et financier et définissant des éléments d'information liés à la connaissance du client et de la relation d'affaires aux fins d'évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, *JORF* n°0204, 4 sept. 2009, p.14667.

¹⁴⁵² C.monét.fin. art. R.561-12-1 al.1^{er}.

¹⁴⁵³ Cette exemption est prévue à la section 403 du Livre 2 du Code civil néerlandais.

¹⁴⁵⁴ C.monét.fin. art. R.561-12 al.2.

¹⁴⁵⁵ v. *supra* n°315.

¹⁴⁵⁶ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, op. cit., p.11.

coopératifs publiée par le GAFI¹⁴⁵⁷, la liste noire de la Commission européenne¹⁴⁵⁸, la liste des pays non coopératifs définies par l'administration fiscale française¹⁴⁵⁹, ou encore la liste de pays sous sanctions.

537. Le profil de risque de la relation d'affaires ainsi défini dans le cadre de la connaissance constante du client a un impact légitime sur les mesures de vigilance appliquées qui peuvent être dans des cas bien précis simplifiées (2.) ou *a contrario* renforcées (3.).

2. Les mesures de vigilance simplifiées à l'égard de la clientèle

538. Le degré d'exposition au risque de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme varie sensiblement d'un client à l'autre et nécessite une adaptation du niveau de vigilance à appliquer. À cet égard, les organismes bancaires et financiers se conforment à la note de risque résultant de la classification des risques établie en interne, mais aussi aux dispositions réglementaires et législatives encadrées par le Code monétaire et financier. En effet, le législateur énumère un certain nombre de cas pour lesquels des mesures de vigilance simplifiées doivent être instaurées, et ce en raison du faible risque que présente la relation d'affaires¹⁴⁶⁰. La traduction de ce risque faible se matérialise par un profil dit « standard » de la relation d'affaires qui peut s'appliquer à un ensemble de clients ou le cas échéant de bénéficiaires effectifs présentant des caractéristiques similaires¹⁴⁶¹. Des mesures de vigilance simplifiées prévues par le législateur¹⁴⁶² s'appliquent par exemple dans le cas où le client est une société cotée sur un marché réglementé ou un établissement financier établi en France, dans un autre État membre de l'UE, dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Les autorités publiques ou organismes publics désignés comme tels¹⁴⁶³ et bien d'autres produits et services listés dans le Code intègrent également cette catégorie et ne nécessitent pas de mettre en place des mesures de vigilance autres que simplifiées.

539. Ces ajustements réglementaires doivent naturellement être retranscrits dans les systèmes et procédures de la banque et permettent à celle-ci de définir une fréquence plus faible de revue périodique du profil du client en comparaison avec un client dont le profil est dit à risque « élevé »¹⁴⁶⁴. Sur ce point, certains établissements de la place procèdent à la mise à jour tous les quatre ou cinq ans du profil de la relation d'affaires dit à risque « faible », ou

¹⁴⁵⁷ GAFI, *High-risk and other monitored jurisdiction*, en ligne :

<[http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/jurisdictionsahautrisqueetnoncooperatives/plus/more-on-high-risk-and-non-cooperative-jurisdictions.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/jurisdictionsahautrisqueetnoncooperatives/plus/more-on-high-risk-and-non-cooperative-jurisdictions.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))> :Plusieurs juridictions à haut risque et non coopératives ont été identifiées par le GAFI.

¹⁴⁵⁸ Art. 9 de la Dir. Parl et Cons. n°2015/849 (UE), 20 mai 2015.

¹⁴⁵⁹ CGI, art. 238-0-A.

¹⁴⁶⁰ C.monét.fin. art. L.561-9 2°.

¹⁴⁶¹ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, op. cit., p.11.

¹⁴⁶² C.monét.fin. art. R.561-15 1° et 2°.

¹⁴⁶³ C.monét.fin. art. R.561-15, R.561-16 & R.561-16-1.

¹⁴⁶⁴ C.monét.fin. art. R.561-14-1 3°.

immédiatement, lors de la survenance d'un évènement déclencheur qui s'apparente à un changement significatif dans la situation d'un client. La fréquence de revue des profils des clients est déterminée en fonction des pratiques de place par les équipes de conformité anti-blanchiment, en l'absence de disposition claire de l'ACPR sur ce point. La connaissance du client société cotée sur un marché réglementée est aussi très clairement facilitée au regard de la transparence de l'activité, des pratiques comptables ou d'un certain nombre de données accessibles directement au public.

540. À l'inverse des mesures de vigilances simplifiées, le risque élevé de la relation d'affaires requiert la collecte d'informations complémentaires et un processus de validation de l'entrée en relation supplémentaire qui traduisent la mise en place de mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle (3.).

3. Les mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle

541. Les organismes bancaires et financiers instaurent dans leur classification interne des risques, des ajustements réglementaires et législatifs pour tenir compte des obligations prévues en matière de risque élevé de BC-FT. En effet, le Code monétaire et financier impose des mesures de vigilance complémentaires à l'égard des personnes politiquement exposées (PPE) qui sont davantage exposées à des risques de blanchiment et de corruption en raison de leurs fonctions¹⁴⁶⁵. La qualité de PPE s'acquiert en fonction de l'activité professionnelle du client qui exerce ou a cessé d'exercer depuis moins d'un an, en France ou à l'étranger, des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives pour le compte d'un État ou d'une institution internationale publique créée par un traité¹⁴⁶⁶. Ces dispositions s'étendent également aux membres directs de la famille du PPE et aux personnes qui lui sont étroitement associées¹⁴⁶⁷, et ont été en sus élargies depuis l'entrée en vigueur de la 4^{ème} directive anti-blanchiment¹⁴⁶⁸. En outre, il est fréquent de constater que les professionnels du secteur assujettis à la LCB-FT intègrent dans leurs procédures internes leur propre définition des PPE qui reprend *a minima*

¹⁴⁶⁵ C.monét.fin. art. R.561-18.

¹⁴⁶⁶ ACPR, *Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE)*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 2 mai 2018, p.1, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/05/02/20180410_Id_ppe_college.revu_asb_.post_decretgdgtv2presidents.pdf.

¹⁴⁶⁷ C.monét.fin. art. R.561-18 II et III.

¹⁴⁶⁸ TRACFIN, « Lettre d'information relative aux principales innovations de la 4^e directive anti-blanchiment et financement du terrorisme en 12 points », Oct. 2015, p.1, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/nspecial_4edirective.pdf : Les personnes politiquement exposées à l'égard desquelles doivent être appliquées des mesures de vigilances renforcées dédiées sont définies plus largement : cette notion qui inclut toute personne exerçant ou ayant exercé des fonctions publiques importantes à l'étranger ainsi que les cadres dirigeants des organisations internationales comprend désormais également les personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes sur le territoire national.

la définition réglementairement prévue mais étendent cette qualification à des catégories spéciales de clients qui, à leur discrétion, font aussi l'objet de mesures de vigilance renforcées au regard des normes du groupe. Dès lors, le législateur prévoit au titre des mesures de vigilance complémentaires que la décision de nouer ou de maintenir la relation d'affaires avec un PPE doit être impérativement approuvée par un membre de l'organe exécutif en plus des mesures classiques de vigilance appliquées aux clients dits « standards »¹⁴⁶⁹. De même, les obligations en matière de vigilance constante et de connaissance du client doivent être renforcées pour mieux apprécier l'origine du patrimoine et des fonds, et déterminer le niveau de risque des opérations à réaliser¹⁴⁷⁰.

542. Il existe d'autres cas de figure consacrés juridiquement pour lesquels des mesures de vigilance renforcées doivent être appliquées. C'est le cas, à titre d'illustration, des entrées en relation réalisées à distance lorsque le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent au moment de l'entrée en relation d'affaires¹⁴⁷¹. De même, les produits ou opérations favorisant l'anonymat du client ou, le cas échéant, son bénéficiaire effectif nécessitent une attention particulière et des diligences supplémentaires au regard du niveau de risque dit « élevé »¹⁴⁷². Il est ainsi fréquent que l'organisme bancaire et financier mette en place des mesures additionnelles à celles prévues par la loi lorsqu'il considère que le client ou l'opération réalisée requiert une vigilance renforcée. Sur ce point, il n'est pas rare que le client imposé Banque de France ou ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de soupçon au cours des cinq années à compter de la date de la dernière revue périodique soit assujéti par le professionnel à des mesures de vigilance renforcées, même si celles-ci ne sont pas requises par la loi ou la réglementation applicable en matière de LCB-FT. Dans ce sens, les opérations en provenance ou à destination de paradis fiscaux, de pays non-coopératifs inscrits sur les listes publiques du GAFI, de la Commission européenne ou encore de pays classés « à haut risque » au regard de la classification interne, peuvent aussi faire l'objet d'une vigilance renforcée à la discrétion du professionnel. En pratique, les organismes bancaires et financiers n'hésitent pas à étendre et adapter ses mesures de vigilances renforcées à la lecture de nouvelles typologies de blanchiment relevées par l'ACPR ou Tracfin¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁹ C.monét.fin. art. R.561-20-2 1°.

¹⁴⁷⁰ C.monét.fin. art. R.561-20-2 2° et 3°.

¹⁴⁷¹ C.monét.fin. art. L.561-10 1°.

¹⁴⁷² C.monét.fin. art. L.561-10 3°.

¹⁴⁷³ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, op. cit., p.14 : Plusieurs cas de fraudes aux organismes sociaux ont ainsi été constatés par détournement de prestations sociales françaises versées à des retraités non-résidents. Dès lors, les organismes financiers mettent en œuvre à l'égard de leur clientèle de retraités non-résidents des mesures de vigilance renforcées lorsque les opérations sont effectuées par un tiers bénéficiant d'une procuration sur les comptes. Les clients constructions juridiques de type « trust » font également l'objet de mesures de vigilance renforcées dans certains établissements bancaires et financiers.

543. Pour mener à bien cette obligation de vigilance constante de la relation d'affaires, les établissements assujettis à la LCB-FT ont mis en place tout un panel de systèmes et processus internes de détection des opérations suspectes (C.).

C. Les systèmes de détection des opérations suspectes

544. Les organismes bancaires et financiers de la place ont déployés des systèmes automatisés de détection des opérations suspectes adaptés à la taille de leur organisation, mais également des processus internes de détection manuelle. En effet, le régulateur demande aux professionnels du secteur d'instaurer des dispositifs de gestion de risques de BC-FT¹⁴⁷⁴ qui permettent de détecter (i.) les opérations soumises à un examen renforcé, (ii.) les opérations devant faire l'objet d'une déclaration de soupçon et (iii.) les opérations effectuées par des personnes physiques ou morales établies dans un État ou territoire dit « à haut risque », figurant sur les listes publiées par le GAFI ou la Commission européenne¹⁴⁷⁵. La détection des opérations atypiques requiert dans ce sens un dispositif de suivi et d'analyse des opérations et relations d'affaires qui tienne compte du niveau de risque identifié lors de l'entrée en relation et au moment de son actualisation¹⁴⁷⁶. Le traitement de l'ensemble de ses données-clients peut ainsi faire l'objet d'une automatisation par le biais d'un système de détection qui comporte des critères et seuils de significativité paramétrés et spécifiques aux anomalies en matière de blanchiment et de financement du terrorisme¹⁴⁷⁷. Tout l'enjeu de ce dispositif de surveillance des transactions réside alors dans son actualisation régulière et sa capacité à couvrir l'ensemble des activités et opérations réalisées par le client et, le cas échéant, son bénéficiaire effectif. Sur ce point, la Commission des sanctions de l'ACPR est intervenue à plusieurs reprises pour illustrer les carences relevées dans l'organisation automatisée du dispositif de suivi et d'analyse des relations d'affaires de certains établissements¹⁴⁷⁸. Si l'instauration d'un dispositif automatisé n'est pas rendue obligatoire par la loi ou la réglementation en matière de LCB-FT, il va de soi que l'organisme doit déployer des moyens humains et techniques suffisants pour agréger les informations collectées dans le cadre de la connaissance du client¹⁴⁷⁹. La classification interne des risques doit également être prise en compte dans le paramétrage de l'outil automatisé de surveillance¹⁴⁸⁰ et une nomenclature précise de la clientèle doit également

¹⁴⁷⁴ Art. 46 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°0256, 5 nov. 2014, p.18598.

¹⁴⁷⁵ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, op. cit., p.31.

¹⁴⁷⁶ C.monét.fin. art. L.561-32 I.

¹⁴⁷⁷ Art. 50 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°0256, 5 nov. 2014, p.18598.

¹⁴⁷⁸ À titre d'exemple, Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2016-09*, 30 juin 2017, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/10/13/20170704-decision-sanction-crcam-av.pdf>>.

¹⁴⁷⁹ Art. 51 de l'arrêté ministériel, 3 nov. 2014, JO n°0256, 5 nov. 2014, p.18598.

¹⁴⁸⁰ Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2014-07*, 24 juill. 2015, §31, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20150728-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>>.

y figurer¹⁴⁸¹. En matière de financement du terrorisme, certains établissements travaillent à la réalisation de scénarios typiques de financement du terrorisme pour faciliter la détection et analysent, à titre d'exemple, les flux qui peuvent être envoyés par des clients de la banque à destination de proches en détention.

545. Le dispositif de surveillance des transactions a pour objectif de détecter les opérations suspectes avant leur complète exécution¹⁴⁸². Il incombe dès lors aux équipes d'investigations d'analyser les alertes générées par le système automatique de détection au regard des éléments d'information recueillis. Le traitement de l'analyse va permettre ensuite de classer l'alerte générée comme sans suite ou de procéder à l'examen renforcé du dossier qui, en cas de doute persistant, pourra donner lieu à une déclaration de soupçon. Dans tous les cas et peu importe l'issue donnée à l'alerte, il est de la responsabilité des équipes d'investigation de formaliser par écrit et de conserver le résultat de l'analyse menée et les documents et informations collectés pour chaque traitement de l'alerte¹⁴⁸³. C'est la raison pour laquelle, en fonction de la taille et de l'organisation de l'établissement et de son appartenance ou non à un groupe, il est de rigueur que le traitement et l'analyse des anomalies détectées relève d'une équipe centrale composée principalement des déclarants et correspondants Tracfin. L'organe central a ainsi la charge de maintenir cette organisation et de veiller à sa retranscription au sein de procédures centralisées d'analyse des anomalies détectées¹⁴⁸⁴. De surcroît, au cours du traitement automatisé des alertes, il devra être procédé à une analyse très détaillée et consignée de l'alerte dans le cadre de l'examen renforcé déjà évoqué¹⁴⁸⁵. À cet effet, les professionnels du secteur doivent s'efforcer d'obtenir tous les justificatifs nécessaires au regard de l'opération en cause et de la connaissance actualisée du client afin de conclure ou non à la formalisation d'une déclaration de soupçon, conformément aux dispositions législatives prévues en la matière¹⁴⁸⁶. À titre d'illustration, dans le cas d'opérations réalisées à partir de montages particulièrement complexes, l'équipe de correspondants ou déclarants Tracfin a la charge de se renseigner auprès du client pour comprendre ses intentions et recueillir des justificatifs probants. De même, le client doit être en mesure d'expliquer et de justifier auprès de la banque une opération d'un montant inhabituellement élevé au regard de sa situation financière et de la connaissance que l'établissement a du client. Enfin, en cas d'incohérences manifestes entre les opérations réalisées et l'activité du client, il est de la responsabilité de

¹⁴⁸¹ Commission des sanctions de l'ACPR, *Procédure n°2013-01*, 25 nov. 2013, §1.2.3, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20131129-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>>.

¹⁴⁸² C.monét.fin. art. L.561-16.

¹⁴⁸³ C.monét.fin. art. L.561-12.

¹⁴⁸⁴ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, op. cit., p.34.

¹⁴⁸⁵ v. *supra* n°304.

¹⁴⁸⁶ C.monét.fin. art. L.561-10-2.

l'organisme bancaire et financier de s'interroger sur l'objet de l'opération et sa justification économique¹⁴⁸⁷.

546. En complément du dispositif automatisé de détection des opérations suspectes, la plupart des établissements de la place assujettis à la LCB-FT ont déployé un dispositif manuel de surveillance des opérations par le biais de leur réseau d'agences. En effet, le personnel de l'agence, en contact direct avec la clientèle, doit avoir la possibilité de saisir les équipes d'investigations pour escalader une anomalie détectée. Toute opération détectée comme devant faire l'objet d'un examen renforcé doit être transmise pour investigation aux équipes de déclarants et correspondants Tracfin et être traitée en priorité. En pareille situation, il est de rigueur dans certains établissements que le personnel de l'agence rédige un rapport d'activité inhabituelle, qui reprendra un certain nombre d'éléments d'information à l'origine du soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme. Ce dispositif manuel vient alors compléter le dispositif automatisé de surveillance des transactions et permet d'identifier rapidement des comportements anormaux difficilement détectables à travers un outil informatisé tel que l'abus de faiblesse.

547. Il est nécessaire de retenir que l'organisation de la *compliance* anti-blanchiment est structurée autour d'un responsable du contrôle de la conformité qui est aussi responsable de la mise en œuvre du dispositif LCB-FT dans la plupart des établissements. Ce dernier pilote le département de lutte contre le crime financier qui se compose d'équipes transverses et de pôles métiers qui travaillent ensemble à prévenir et à détecter tout soupçon de BC-FT. Cette organisation du dispositif LCB-FT nécessite une harmonisation au niveau du groupe bancaire et financier qui doit tenir compte d'une approche consolidée des risques LCB-FT ainsi que des tempéraments existants à la mutualisation des processus et au partage d'informations intra-groupe. A cet égard, il faut souligner que le cœur du dispositif repose véritablement sur la connaissance du client et de ses parties liées, qui impose aux professionnels assujettis à la LCB-FT d'instaurer en interne une classification des risques, des mesures de vigilance adaptées au profil de risque, ainsi que des systèmes automatisé et manuel de détection des opérations suspectes.

¹⁴⁸⁷ ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, op. cit., p.23.

Conclusion du Chapitre II

548. Il faut rappeler que les pouvoirs publics imposent aujourd'hui aux établissements bancaires et financiers la défense d'intérêts publics telle que la lutte contre le crime financier qui relève à l'origine de buts poursuivis par les autorités publiques. En mettant à la charge des collaborateurs et acteurs privés du secteur « la « vertu de justice » qui est définie par Aristote comme le « souci d'autrui » »¹⁴⁸⁸, l'Etat bouscule l'ordre établi, se décharge d'une part importante de ses prérogatives publiques et fait des banquiers, la première ligne de défense dans la LCB-FT. Cette évolution démontre le mouvement progressif d'effacement des pouvoirs publics et de leur action face à la puissance de certains grands groupes bancaires et financiers. Cette réalité illustre pour certains auteurs la « misère de la *compliance* »¹⁴⁸⁹, le dispositif LCB-FT des professionnels régulés venant compenser la faiblesse de la réglementation étatique classique et prenant le relais de l'innovation dans la lutte contre le crime financier avec l'instauration d'outils et de systèmes de plus en plus perfectionnés pour surveiller par exemple, les transactions des clients.

549. Le paradoxe réside aujourd'hui dans la difficulté des équipes de conformité anti-blanchiment à retranscrire en pratique, certaines dispositions réglementaires et législatives qui peuvent être floues ou incomplètes. De même, on peut observer que le rapport de force souvent entrepris avec les autorités de régulation ou encore les dissonances existantes entre ces dernières et la cellule de renseignement Tracfin, n'aident pas les professionnels assujettis à mener à bien leurs missions d'agent de lutte contre le crime financier. Il importe que les pouvoirs publics ne se désengagent pas plus pour permettre aux établissements bancaires et financiers d'accomplir pleinement la tâche qui leur est dévolue.

¹⁴⁸⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), *op. cit.*, p.29.

¹⁴⁸⁹ GAUDEMET (A.), « Qu'est-ce que la compliance ? », *op.cit.*, p.114.

Conclusion du Titre I

550. Nous retiendrons donc que la *compliance* déployée au sein des établissements bancaires et financiers est indispensable aujourd'hui pour assurer l'efficacité du système de régulation du secteur. Même si celle-ci s'apparente toujours pour certains à une solution cosmétique, elle reste à ce jour le seul rempart possible face à la complexité de l'environnement réglementaire et législatif et au renforcement des dispositifs de sanctions des autorités de régulation bancaires et financières. Dans cette configuration, elle peut résolument représenter un avantage concurrentiel durable dont les effets servent la réalisation de profits mais permet surtout, la prise en charge et la défense d'impératifs d'ordre public, bien au-delà de la simple image positive qu'elle véhicule aux salariés et parties prenantes de l'établissement.

551. La seule manière pour les banques françaises d'assurer de manière pragmatique et efficace, la mission qui leur revient de prévention des comportements illicites tels que le financement du terrorisme ou encore le blanchiment de capitaux, réside dans le fait d'investir massivement dans un programme de conformité. Cependant, il paraît nécessaire d'explicitier davantage les obligations imposées aux établissements bancaires et financiers quant aux personnes devant les mettre en œuvre et d'instaurer à l'avenir, un référentiel général et adaptable des procédures et mécanismes de *compliance* pour une véritable homogénéisation des pratiques d'un professionnel à l'autre.

Titre II : L'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

553. Il conviendra d'envisager dans ce second titre, les différentes perspectives d'évolution du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier, en détaillant les moyens à mettre en œuvre pour lutter contre ses fragilités.

554. Les mécanismes d'autorégulation et de corégulation restent limités par ce qui fait aujourd'hui leur force, à savoir leur souplesse. En l'absence de reconnaissance unanime quant à leur capacité à influencer sur les comportements, la seule manière de faire perdurer ces « nouveaux » modes de régulation dans le temps consiste à trouver la solution efficace à leur insuffisance. Ainsi, nous aborderons dans un premier chapitre le nécessaire renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier par le biais de l'action législative. L'intérêt de recourir au durcissement des normes de *soft law* d'origine publique mais aussi d'origine privée sera étudié. Par voie de conséquence, nous analyserons également l'encadrement juridique progressif de l'exercice de la fonction de conformité vers une approche plus globale et formelle de la *compliance* (Chapitre I).

555. Dans une vision plus prospective, nous nous interrogerons ensuite sur l'avenir du système normatif, et sur la conduite à tenir des acteurs privés et publics du secteur bancaire et financier (Chapitre II). À l'aune de la digitalisation et de l'industrialisation du métier de *compliance officer*, une projection quant aux nouveaux enjeux de la *compliance* sera nécessaire, tout comme l'analyse de l'impact des événements politiques tels que le *Brexit* sur la fonction de conformité. L'effet contre-productif des programmes de conformité sera aussi abordé, tout comme l'essoufflement à prévoir des initiatives d'autorégulation et de corégulation. Enfin, il conviendra d'envisager plus conceptuellement l'horizon de la régulation du secteur bancaire et financier face à la montée en puissance du « droit de la compliance », qui a fait son apparition ces dernières années en tant que nouvelle branche du droit dans les ouvrages dédiés au droit de la régulation. À ce sujet, nous ne manquerons pas d'apporter des tempéraments à l'effacement du droit de la régulation, en rappelant l'importance du renouvellement de l'action des pouvoirs publics.

Chapitre I : Le nécessaire renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

Chapitre II : L'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

Chapitre I : Le nécessaire renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

556. Ce chapitre a pour ambition de recenser les actions à mettre en œuvre pour assurer la crédibilité et la force du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier.

557. Dans une première section, nous analyserons les dérives des initiatives d'autorégulation et de corégulation, souvent apparentées à une forme d'inaction politique latente et révélées en l'absence de contrôles efficaces. Il conviendra à cet effet de trouver le remède efficace aux insuffisances du système normatif en soulevant l'hypothèse d'une consécration législative des instruments de *soft law* (Section I). Pour ce faire, un premier scénario relatif au durcissement du droit souple d'origine publique sera évoqué, tout comme l'impact de cette mesure sur les professionnels du secteur. Puis, dans un second scénario, nous envisagerons l'idée d'une reconnaissance de la valeur législative des instruments de *soft law* d'origine privée.

558. Il sera ensuite fait mention dans une seconde section des récentes évolutions législatives françaises en matière de répression du défaut de prévention de la corruption par les entreprises et les banques à travers la loi « Sapin II », qui témoigne d'un encadrement progressif de la *compliance* (Section II). À cet effet, nous mettrons en exergue la volonté du législateur français de se hisser au niveau des modèles anglo-saxons de référence. Nous soulignerons le passage d'une approche de bonne gouvernance à une obligation légale de lutte contre la corruption et évoquerons la mise en place d'un véritable cadre législatif de répression. Cette réflexion ouvrira la discussion sur l'intérêt de prévoir à plus court terme un socle européen de *compliance* qui constituerait un rempart nécessaire à l'impérialisme américain et à la condamnation de nombreuses entreprises et banques européennes. La formalisation d'une approche plus globale de la *compliance* sera donc étudiée comme un moyen supplémentaire de renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier.

Section I : Le remède efficace à l'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

Section II : L'encadrement juridique progressif de la *compliance*

Section I : Le remède efficace à l'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

559. Les mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier peuvent aboutir à la survenance de dérives naturelles telles que l'inaction politique latente, qu'il convient d'envisager dans cette étude (§1). Pour contrer efficacement ces détours, il existe des moyens de lutte qui consistent à redonner force et crédibilité au système normatif de régulation du secteur, par le biais de l'action législative (§2).

§1 Les limites de l'autorégulation et de la corégulation du secteur bancaire et financier

560. Même si elles présentent de nombreux avantages, l'autorégulation et la corégulation ne constituent pas pour autant des solutions universelles à la régulation du système bancaire et financier. Ces « nouveaux » mode de régulation connaissent leurs propres limites et peuvent dériver du cadre normatif dans lequel elles ont été conçues (A.). Laissant croire au mirage d'une action législative, les instruments juridiques non-contraignants peuvent également décevoir, avec un bilan très contrasté des initiatives déployées au sein de l'Union européenne (B.).

A. Les dérives des initiatives d'autorégulation et de corégulation

561. Le choix des pouvoirs publics de recourir à des mécanismes d'autorégulation et de corégulation pour réguler les acteurs du secteur bancaire et financier a fait l'objet ces dernières années de nombreuses critiques. Les différents modes de régulation complémentaires à la législation classique s'apparentent pour certains à du non-droit, dont l'inaction va jusqu'à créer l'amalgame entre dérégulation et autorégulation (1.). Mais au-delà de toute considération politique, l'inefficacité des initiatives d'autorégulation et de corégulation tient surtout au manque de contrôle dans le suivi et l'application de ces mécanismes (2.).

1. L'amalgame entre dérégulation et autorégulation

562. La crise financière de 2008 a soulevé un bon nombre de questions quant à l'avenir des mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier. Si les mécanismes de corégulation conduisent à une forte interaction entre les pouvoirs publics et les acteurs privés, largement accueillie par les acteurs du secteur de plus en plus favorables à la création d'une « hybridation du droit »¹⁴⁹⁰, la réflexion est tout autre concernant le phénomène d'autorégulation. En effet, à plusieurs occasions, on a pu constater que le choix de l'autorégulation par le biais de la responsabilisation des acteurs du marché étonne et

¹⁴⁹⁰CESE, *Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne*, Avis du Comité économique et social européen, Comité économique et social européen, Avr. 2015, p.20, JOUE 2015/C291/05, 4 sept. 2015, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE4850&from=EN>.

surprend¹⁴⁹¹. Sur ce point, ce n'est pas l'autorégulation, entendue comme mode de régulation complémentaire du cadre législatif classique qui est remise en cause, mais plutôt l'utilisation qui en est faite par les pouvoirs publics comme « instrument "commode" de légitimation d'un discours »¹⁴⁹². Plus précisément, le recours à l'autorégulation semble davantage relever de considérations politiques et d'un manque de fermeté des pouvoirs politiques, plus que de la promotion des actions et régulations privées pour enrichir le droit applicable, comme le préconise l'initiative « Mieux légiférer »¹⁴⁹³.

563. On peut constater dans plusieurs situations qu'il n'existe qu'un pas entre autorégulation et dérégulation¹⁴⁹⁴. Sur ce point, la notion de « dérégulation » se conçoit comme un « laisser-faire » qui trouve son fondement dans le phénomène de dérèglementation du secteur bancaire¹⁴⁹⁵, mais pas seulement, car elle se comprend plus largement comme la suppression d'un ensemble de mécanismes, d'institutions, de décisions ligués pour prévenir le risque systémique¹⁴⁹⁶. À cet effet, le tâtonnement politique que constitue l'autorégulation peut révéler de sérieuses limites, servant de justification à l'inaction du pouvoir politique¹⁴⁹⁷. En sus, cette inaction peut s'avérer lourde de conséquences, à l'image de la crise des *subprimes* déjà évoquée¹⁴⁹⁸, dont la propagation a été facilitée par le déficit de régulation bancaire et financière. Dès lors, on pourrait croire que la crise financière mondiale a apporté des certitudes quant à la nécessité de renforcer durablement la régulation bancaire et financière, mais, pour l'heure, on observe que cette question ne semble pas véritablement tranchée¹⁴⁹⁹. Ainsi, à titre d'illustration, la titrisation, très pointée du doigt à la suite de la crise, fait peau neuve dès juillet 2015 avec la divulgation par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et l'Organisation internationale des commissions de valeurs de critères à mettre en place pour « une titrisation simple, transparente et standardisée »¹⁵⁰⁰. Ces critères témoignent tant de l'instauration d'une réglementation contraignante en devenir que de l'expression d'un manque de détermination politique d'adopter

¹⁴⁹¹ v. *supra* n°333: À titre d'exemple, on peut relever, en droit des sociétés, le choix de l'autorégulation comme procédé d'introduction du « *say on pay* », soit le vote consultatif ou contraignant des actionnaires sur la rémunération des dirigeants.

¹⁴⁹² DUBOIS (E.), CHACORNAC (J.), « Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés », *BJS*, n°11, Nov. 2013, p.758.

¹⁴⁹³ v. *supra* n°406.

¹⁴⁹⁴ CESE, *Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne*, Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p.22.

¹⁴⁹⁵ v. *supra* n°183.

¹⁴⁹⁶ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RDBF*, Nov.-déc. 2010, Étude 34, p.59.

¹⁴⁹⁷ DUBOIS (E.), CHACORNAC (J.), *op. cit.*

¹⁴⁹⁸ v. *supra* n°189.

¹⁴⁹⁹ HARRIBEY (J.-M.), HUSSON (M.), JEFFERS (E.), LEMAIRE (F.), PLIHON (D.), *Cette crise qui n'en finit pas : par ici la sortie*, Les liens qui libèrent, p.111.

¹⁵⁰⁰ CBCB & OICV, *Criteria for identifying simple, transparent and comparable securitisations*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire & Organisation internationale des commissions de valeurs, Juill. 2015, en ligne : <<https://www.bis.org/bcbs/publ/d332.pdf>>.

un projet ambitieux de réformes bancaires et financières¹⁵⁰¹. Pour certains, la volonté de ne pas intervenir « ne peut se justifier par une prétendue confiance dans l'autorégulation qui n'est aujourd'hui qu'un trompe-l'œil »¹⁵⁰². Les enjeux de recourir à l'autorégulation voire à la dérégulation sont éminemment politiques et peuvent être interprétés comme un allègement face à la contrainte et aux excès d'intervention du législateur¹⁵⁰³. C'est en tout cas ce qu'a voulu faire croire l'ancien président des États-Unis, Donald Trump, qui s'est lancé dans une offensive de dérégulation par le biais du démantèlement du *Dodd-Frank Act*, publié sous l'administration Obama en réponse à la crise financière¹⁵⁰⁴. L'ancien président des États-Unis a promulgué le 24 mai 2018, après approbation du Sénat et de la Chambre des représentants, le *Economic growth, regulatory relief and consumer protection Act*¹⁵⁰⁵ dont les principales dispositions visent à alléger la réglementation applicable aux *community banks* soit les institutions financières de petite et moyenne taille détenant moins de 10 milliards d'actifs consolidés, mais aussi à adapter la réglementation aux *holdings* bancaires, et encore à soutenir le financement de marché¹⁵⁰⁶. Cette mesure constitue un véritable danger pour la stabilité financière mondiale, car elle fait sortir du champ de la régulation bancaire et financière établie par le *Dodd-Frank Act* des milliers d'acteurs du secteur qui ne sont désormais plus sous la supervision de l'autorité de régulation américaine, la *Federal Reserve*. Ce retour en arrière témoigne d'un véritable enlisement politique ; mais le plus surprenant dans le contenu de cette réforme résulte du fait d'encourager le recours à la finance de marché, sans jamais tirer les leçons du passé, comme si la crise des *subprimes* n'avait pas existé.

¹⁵⁰¹ HARRIBEY (J.-M.), HUSSON (M.), JEFFERS (E.), LEMAIRE (F.), PLIHON (D.), *op. cit.*, p.130.

¹⁵⁰² DUBOIS (E.), CHACORNAC (J.), *op. cit.*

¹⁵⁰³ v. *supra* n°184.

¹⁵⁰⁴ Thomson Reuters, *Trump signs bill easing U.S. bank rules into law*, 24 mai 2018, en ligne : <<https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-dodd-frank/trump-signs-bill-easing-u-s-bank-rules-into-law-idUSKCN1IP2WX>>; Thomson Reuters, *Small banks trump Wall Street on Dodd-Frank rewrite*, 23 mai 2018, en ligne : <<https://www.reuters.com/article/us-usa-house-banks-lobbying/small-banks-trump-wall-street-on-dodd-frank-rewrite-idUSKCN1IN328>>.

¹⁵⁰⁵ Congress of the United States of America, *Economic growth, regulatory relief and consumer protection Act*, S.2155, 24 mai 2018, en ligne : <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-115s2155enr/pdf/BILLS-115s2155enr.pdf>>.

¹⁵⁰⁶ GARDES (C.), « Un premier pas vers la neutralisation du Dodd-Frank Act aux Etats-Unis (Policy Brief) », BSI Economics, 5 juin 2018, en ligne : <<http://www.bsi-economics.org/897-neutralisation-dodd-frank-act-aux-us>>: La loi exempte les *community banks* d'appliquer la règle Volcker, l'une des dispositions principales du *Dodd-Frank Act* qui consistait « à interdire aux établissements bancaires américains ou actifs aux États-Unis, de s'engager dans des activités de négociation sur instruments financiers pour compte propre à des fins spéculatives ». De plus, « la loi relève de 50 à 250 milliards de dollars, le seuil d'actifs consolidés au-delà duquel une *holding* bancaire ("*bank holding company*") est considérée d'importance systémique et soumise aux standards prudentiels renforcés ("*enhanced prudential standards*") ». Enfin, la loi prévoit « des exemptions à la réglementation applicable aux fonds d'investissement en vue de promouvoir les fonds de capital-risque ».

564. L'inaction politique latente encouragée par les initiatives d'autorégulation et de corégulation s'accompagne le plus souvent d'une absence de contrôle manifeste dans le suivi et l'application de ces modes de régulation complémentaires au cadre législatif classique (2.).

2. La faiblesse des contrôles dans le suivi et l'application des mécanismes d'autorégulation et de corégulation

565. Les dérives des mécanismes d'autorégulation et de corégulation se révèlent en l'absence de contrôle effectivement déployé. En effet, les instruments de *soft law* qui n'ont par nature aucun caractère contraignant ne sont, en principe, pas assortis de dispositif de suivi ou de sanctions en cas de non-respect de leurs prescriptions. De telles lacunes affectent gravement leur application et leur adhésion allant jusqu'à mettre en question leurs avantages comparatifs sur des prescriptions législatives. Plus précisément, en matière de gouvernement d'entreprise, l'AMF a publié une étude comparée des codes de gouvernement d'entreprise de 10 pays européens afin d'étudier les meilleures pratiques quant à l'élaboration des codes et au contrôle de leur application¹⁵⁰⁷. Au terme de cette étude, on observe que le recours à l'autorégulation varie significativement d'un pays à l'autre et ne s'avère que très peu efficace. Ainsi, la crédibilité et la fiabilité des initiatives d'autorégulation en matière de mixité des conseils d'administration est fortement mise à mal dans plusieurs pays, en l'absence de quotas ou de sanctions prévues en cas de non-respect¹⁵⁰⁸. C'est le cas, à titre d'illustration, de la Suède qui a choisi la voie de l'autorégulation en instaurant dans le code de gouvernance suédois des recommandations sur la diversité dans la composition du conseil, mais qui face à l'inefficacité des pratiques, tend fortement à établir des quotas obligatoires¹⁵⁰⁹. Sur ce point, l'Allemagne a déjà emboîté le pas des autres pays européens en passant de l'autorégulation à la voie législative pour mettre en place un quota de 30 % au sein des sociétés cotées et prévoir, à l'instar de la France et de la Belgique, une sanction en cas de non-respect de ces quotas. Plus surprenant encore, l'Espagne a choisi la voie législative, mais, faute de sanction prévue, la loi n'est que peu respectée en pratique. Face à l'inertie de certains comportements, il est donc impensable de défendre l'autorégulation à tout prix, un équilibre devant être trouvé entre responsabilité et contrôle. Dans ce sens, certaines lacunes ont pu être relevées dans

¹⁵⁰⁷ AMF, *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, Autorité des Marchés Financiers, 30 mars 2016, en ligne : <https://www.amf-france.org/sites/default/files/contenu_simple/rapport_etude_analyse/gouvernement_entreprise/Etude%20comparee%20les%20codes%20de%20gouvernement%20d%27entreprise%20dans%2010%20pays%20europeens.pdf>.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, p.35.

¹⁵⁰⁹ The Local, « Les entreprises sont passibles de sanctions si les conseils ne sont pas "plus féminins" », 15 mai 2015, en ligne : <<https://www.thelocal.se/20150515/employ-more-women-or-else-swedish-companies-told>>.

l'application pratique du principe *comply or explain* déjà évoqué¹⁵¹⁰, qui se traduisent par des contradictions entre les explications fournies par l'entreprise pour ne pas appliquer certains principes de bonne gouvernance et le code de gouvernance auquel la société prétend adhérer¹⁵¹¹. Cette attitude démontre par conséquent que les entreprises cherchent à mettre en place une « gouvernance à la carte »¹⁵¹² reposant sur le bon vouloir de l'établissement, ce qui nuit à l'efficacité des codes de gouvernance.

566. Le manque de contrôle dans l'application de ces codes de gouvernance démontre que le législateur ne peut accorder sa confiance pleine et entière aux mécanismes d'autorégulation et de corégulation. En effet, l'étude comparative de l'AMF sur les pratiques européennes de gouvernement d'entreprise souligne également que le régulateur français est l'un des seuls à respecter la pratique du *name and shame*¹⁵¹³ et à mentionner nommément les banques et sociétés cotées qui ne respectent pas les règles de gouvernance édictées dans les codes de gouvernance¹⁵¹⁴. A titre d'exception, seuls les régulateurs belges et français adressent directement des recommandations relatives au respect des dispositions du code de gouvernance visé aux banques et sociétés cotées concernées¹⁵¹⁵. On peut donc penser que si des contrôles et moyens plus conséquents étaient alloués pour contraindre indirectement les parties à respecter leurs engagements, l'autorégulation et la corégulation ne seraient pas davantage perçues comme des instruments permissifs de non-droit. Pour le moment, on observe que la faiblesse ou l'insuffisance des mécanismes de contrôle contribue à renforcer l'effet placebo de l'autorégulation et de la corégulation, dont les dérives accentuent le mirage d'une action législative.

567. Les institutions européennes font, de leur côté, un bilan très mitigé des actions d'autorégulation et de corégulation déployées en Europe, exprimant un certain nombre de réserves quant à l'opportunité de recourir durablement aux instruments juridiques non-contraignants (B.).

B. Le bilan contrasté de l'autorégulation et de corégulation au sein de l'Union européenne

568. Le constat est sans appel pour le Parlement européen : la prudence dans l'utilisation des normes de *soft law* est de rigueur pour maintenir la sécurité juridique des citoyens

¹⁵¹⁰ v. *supra* n°282.

¹⁵¹¹ Comm. (UE), *Livre vert sur le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE*, Commission Européenne, COM(2011) 164 final, Mars 2011, p.21, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:FR:PDF>.

¹⁵¹² MAZUYER (E.), « La gouvernance d'entreprise : quel cadre juridique, quelles pratiques ? », *Journal des sociétés*, n°154, Juill. 2017, p.12.

¹⁵¹³ v. *supra* n°335.

¹⁵¹⁴ AMF, *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, op. cit., p.4.

¹⁵¹⁵ *Ibidem*.

européens (1.). Face aux détracteurs du *soft law*, l'abandon des mécanismes d'autorégulation et de corégulation ne fait pas pour autant l'unanimité, donnant naissance à de nouvelles tentatives d'amélioration des processus au sein de l'Union européenne (2.).

1. La défiance du Parlement européen à l'égard du *soft law*

569. Si l'engouement pour les initiatives d'autorégulation et de corégulation s'est manifesté au niveau européen dans le cadre du déploiement de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »¹⁵¹⁶, le Parlement européen est intervenu à plusieurs reprises pour alerter les institutions sur les risques potentiels que représentent ces pratiques. En effet, en 2007 tout d'abord, le Parlement européen s'est prononcé par l'intermédiaire du rapport « Medina »¹⁵¹⁷ sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non-contraignants¹⁵¹⁸. Sa position est claire : il convient d'utiliser les normes de *soft law* avec précaution au regard des effets négatifs qu'elles procurent sur la législation communautaire et l'équilibre institutionnel. Dans ce sens, le Parlement européen circonscrit l'utilisation de ces instruments aux seules institutions européennes entre elles, et considère qu'ils ne sauraient produire d'effets juridiques à l'égard de tiers. Les normes de *soft law* sont alors perçues comme une menace à la transparence, à la visibilité et à la responsabilité publique qui ne peuvent se substituer à une législation européenne et « ne devraient jamais être utilisées ni invoquées dans aucun document officiel des institutions européennes »¹⁵¹⁹. Le Parlement européen va même plus loin en demandant un contrôle efficace de l'opportunité de recourir à ces instruments juridiques non-contraignants et souhaite être consulté avant leur adoption, « en tant que premier représentant des intérêts des citoyens de l'Union européenne »¹⁵²⁰. Ce positionnement peut surprendre en ce que la plupart des institutions européennes recourent déjà massivement aux normes *soft law* dans un rôle d'impulsion¹⁵²¹ et d'accompagnement¹⁵²² de la législation.

570. En 2008, le Parlement européen est venu réitérer sa position dans le rapport « Mieux légiférer 2006 » et a exprimé « des réserves sur l'opportunité d'encourager l'autorégulation et la corégulation »¹⁵²³. Sur ce point, il souligne que ces « nouveaux » modes de régulation

¹⁵¹⁶ v. *supra* n°406.

¹⁵¹⁷ Le rapport « Medina » du nom du rapporteur Manuel Medina Ortega.

¹⁵¹⁸ Parl. (UE), *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non-contraignants (soft law)* (2007/2028(INI)), Parlement Européen, 28 juin 2007, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>>

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, p.9.

¹⁵²⁰ *Ibidem*.

¹⁵²¹ v. *supra* n°90.

¹⁵²² v. *supra* n°94.

¹⁵²³ Parl. (UE), *Rapport sur « Mieux légiférer 2006 » conformément à l'article 9 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* (2008/2045(INI)), 17 sept. 2008, en ligne :

complémentaires peuvent aboutir à une « abstinence législative »¹⁵²⁴ susceptible de contrevenir à la sécurité juridique des entreprises et des citoyens européens, jusqu'alors garantie par le recours aux règlements européens. Enfin, le Parlement européen entérine son raisonnement au terme d'une Résolution du 9 septembre 2010 sur « Mieux légiférer » déjà évoquée¹⁵²⁵, et rappelle que les initiatives d'autorégulation et de corégulation doivent être utilisées avec la plus grande prudence, de manière justifiée et après consultation du Parlement, afin de ne pas déroger à la procédure législative lorsque celle-ci s'impose.

571. Face au désarroi du Parlement européen qui se positionne en censeur des instruments juridiques non-contraignants, la Commission européenne, de son côté, tente de trouver des solutions pour encourager le déploiement de processus d'autorégulation et de corégulation au niveau européen (2.).

2. Les tentatives d'amélioration des processus d'autorégulation et de corégulation

572. La Commission européenne est quant à elle très attachée au développement d'initiatives de corégulation et d'autorégulation au sein de l'Union européenne, dans une perspective de croissance et d'innovation. En effet, l'institution européenne n'hésite pas à encourager l'utilisation des processus d'autorégulation et de corégulation, conçus comme des programmes d'amélioration de la réglementation dans le cadre de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »¹⁵²⁶, pour promouvoir de nouvelles actions de communication au niveau européen. Plus précisément, la Commission européenne a fait part de sa nouvelle stratégie pour la période 2011-2014 en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE), qui a pour objectif de poursuivre l'intégration durable au sein des entreprises européennes des préoccupations d'ordre social et environnemental¹⁵²⁷. Cette nouvelle approche de la RSE s'inscrit dans la continuité de la publication du livre vert de 2001¹⁵²⁸ et de « l'alliance européenne pour la RSE »¹⁵²⁹, politique menée en 2006 sous l'égide des entreprises européennes pour recenser les domaines d'actions prioritaires de l'UE. Dans ce cadre, la Commission a fait le constat que les entreprises sont plutôt favorables à la mise en place de

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0355+0+DOC+PDF+V0//FR>>.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p.6.

¹⁵²⁵ v. *supra* n°406.

¹⁵²⁶ *Ibidem*.

¹⁵²⁷ Comm. (UE), *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Commission Européenne, COM(2011) 681 final/2, 7 nov. 2012, en ligne : <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/FR/1-2011-681-FR-F2-1.Pdf>>.

¹⁵²⁸ Comm. (UE), *Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, *op.cit.*

¹⁵²⁹ Comm. (UE), *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, Commission Européenne, COM(2006) 136 final, 22 mars 2006, en ligne :

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0136&from=FR>>.

codes de bonnes conduite en matière de RSE et au déploiement d'autres initiatives d'autorégulation voire de corégulation. Contrairement au Parlement européen, elle considère que les instruments juridiques non-contraignants en matière de RSE peuvent *a minima* « emporter l'adhésion des parties prenantes et constituer un moyen efficace d'inciter les entreprises à avoir un comportement responsable »¹⁵³⁰.

573. Dans le but d'améliorer l'efficacité du processus RSE, la stratégie de la Commission européenne consiste à encadrer davantage les mécanismes d'autorégulation et de corégulation. Cette approche vise à renforcer l'efficacité de ces « nouveaux » modes de régulation en leur donnant un cadre, et ainsi de tenter de gommer les dérives et faiblesses des instruments juridiques non-contraignants. Pour ce faire, la Commission européenne choisit la voie de la concertation et du dialogue, et s'engage à élaborer un code de bonnes pratiques en matière d'autorégulation et de corégulation en collaboration avec les entreprises et parties prenantes¹⁵³¹. Cette démarche aboutira à la création d'une communauté de pratiques¹⁵³² et de principes pour une meilleure autorégulation et corégulation¹⁵³³ instaurés suite à la consultation publique de 2012 intitulée « Un Code pour un volontariat ouvert efficace »¹⁵³⁴. L'objectif de la communauté de pratiques est d'ouvrir la discussion aux parties prenantes et de partager leur expérience en matière d'initiative de corégulation et d'autorégulation pour adopter une version littérale de principes. Le cadre ainsi énoncé relève évidemment du *soft law* mais témoigne d'une volonté d'accroître l'importance de ces normes en renforçant leur mise en œuvre et leur respect. Dès lors, pour mener à bien un projet d'autorégulation et de corégulation, la communauté de pratiques recommande la surveillance et l'évaluation de ces initiatives après leur mise en place¹⁵³⁵.

574. Cette tentative d'amélioration des processus d'autorégulation et de corégulation démontre en un sens que l'ordre juridique européen avance pas à pas vers un encadrement juridique des instruments et effets du *soft law*¹⁵³⁶. Il est donc à croire que pour contrer les limites

¹⁵³⁰ Comm. (UE), *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, *op. cit.*, p.11-12.

¹⁵³¹ *Ibid.*, p.12.

¹⁵³² Comm. (UE), *The Community of Practice background*, 19 déc. 2017, en ligne : <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/cop-background>>.

¹⁵³³ The Community of Practice, *Principles for Better Self and Co-Regulation*, 2012, en ligne : <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/CoP%20-%20Principles%20for%20better%20self-%20and%20co-regulation.pdf>>.

¹⁵³⁴ Comm. (UE), « Consultation publique sur un Code pour un volontariat ouvert efficace : de bons principes de conception pour l'autorégulation et la corégulation et autres actions multipartites », 16 août-30 sept. 2012, en ligne : <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-code-effective-open-voluntarism-good-design-principles-self-and-co>>.

¹⁵³⁵ The Community of Practice, *op. cit.*, p.2.

¹⁵³⁶ BRUNESSEN (B.), « Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne », *RMCEU*, n°575, 2014, p.73.

de l'autorégulation et de la corégulation, l'onction législative se présente comme le remède efficace pour donner au système de régulation, crédibilité et force (§2).

§2 L'onction législative, l'assurance de la crédibilité et de la force du système de régulation

575. Il convient, au terme de cette étude, de se projeter un peu plus vers l'avenir en faisant preuve d'imagination quant à l'intérêt de recourir à un encadrement législatif des normes de *soft law* d'origine publique (A.), puis, successivement, des normes de *soft law* d'origine privée (B.).

A. Un encadrement législatif approprié des normes de *soft law* d'origine publique

576. Avant d'appréhender la reconnaissance juridique des normes de *soft law* d'origine publique et ses conséquences juridiques et institutionnelles (2.), il convient au préalable de définir les raisons et enjeux du durcissement de ce droit souple (1.).

1. Les enjeux d'un encadrement des normes de *soft law* d'origine publique

577. Le *soft law* d'origine publique constitue l'apanage des autorités de régulation du secteur bancaire et financier¹⁵³⁷. Face à la multitude des lignes directrices, recommandations et principes d'application sectoriels émis par les régulateurs nationaux et européens, l'enjeu est de taille et la charge d'encadrer juridiquement ces instruments peut s'avérer lourde. En effet, le droit souple, reconnaissable par son caractère diffus, intervient dans le cadre d'un processus normatif dynamique et en perpétuel mouvement¹⁵³⁸. Si les difficultés d'inclusion des normes de *soft law* dans le cadre réglementaire et législatif classique sont nombreuses, il semble tout de même opportun à ce jour de lever l'ambiguïté du droit souple, pour donner au système de régulation bancaire et financier davantage de cohérence et de solidité. Sur ce point, on ne peut ignorer la fragmentation actuelle du processus normatif, qui entraîne une forte dilution de responsabilités entre les acteurs du secteur¹⁵³⁹. À cela, certains auteurs ajoutent que le « confort apparent du flou normatif n'est pas sans danger » : sa rupture avec le droit dur provoque « une dissémination des agences de contrôles, formant une nébuleuse inclassable dans un cadre brouillé »¹⁵⁴⁰.

578. Pour bien comprendre cette réflexion, il est nécessaire de revenir sur l'ambivalence du *soft law* d'origine publique, qui sous l'apparat de normes de droit non-contraignantes, peut masquer en réalité une obligation de fait¹⁵⁴¹. À titre d'illustration, on observe que les autorités

¹⁵³⁷ v. *supra* n°136.

¹⁵³⁸ MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple. Journées nationales, T.XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.22.

¹⁵³⁹ *Ibid.*, p.21.

¹⁵⁴⁰ GREGOIRE (M.), « Libres marchés et droit masqué », *RDBF*, janv.-févr. 2012, Doss. 2, p.53.

¹⁵⁴¹ BONNEAU (Th.), « L'ACP, un législateur occulte ? », *RDBF*, janv.-févr. 2013, Repère 1.

de régulation bancaires et financières françaises ne jouissent pas des mêmes prérogatives en matière réglementaire. L'AMF est investie d'un pouvoir réglementaire, tandis que l'ACPR ne dispose en matière bancaire que d'un pouvoir de supervision¹⁵⁴². Sur ce fondement, toute l'hypocrisie réside selon le Professeur Thierry Bonneau « à ne reconnaître à une autorité de supervision qu'un pouvoir relevant de la *soft law* alors que l'objectif est d'influer sur les comportements des professionnels »¹⁵⁴³. Il va de soi que l'ACPR, en publiant des normes de droit souple, fait peser une « présomption de conformité à la réglementation »¹⁵⁴⁴ et oblige indirectement les professionnels du secteur à s'y conformer, sous couvert de son pouvoir de sanction¹⁵⁴⁵. L'enjeu d'un encadrement juridique des normes de *soft law* d'origine publique réside dans la garantie pour les destinataires d'une prévisibilité de la norme, bien loin d'un « bricolage juridique » qui représente à ce jour la solution de facilité¹⁵⁴⁶. De plus, l'absence de cadre législatif annihile la force créatrice du *soft law* d'origine publique que le régulateur bancaire français emploie déjà au travers d'une interprétation des textes réglementaires. D'autant plus que les instruments de *soft law* émis par l'ACPR relèvent le plus souvent d'une concertation avec les professionnels du secteur, dans le cadre de travaux de place, marquant concrètement et durablement le paysage juridique.

579. Si les enjeux liés au durcissement du *soft law* semblent inchangés depuis plusieurs années, les conséquences juridiques et institutionnelles quant à elles sont fortement incertaines. L'intérêt de se projeter vers un nouveau cadre juridique réside alors dans la recherche des avancées et impacts qu'il pourrait engendrer (2.).

2. Les implications juridiques et institutionnelles de l'encadrement de ces normes

580. La projection d'un encadrement juridique futur des normes de *soft law* d'origine publique n'est pas sans conséquence pour les acteurs du secteur bancaire et financier. En effet, envisager cette hypothèse revient à anticiper les implications juridiques et institutionnelles d'un durcissement du droit souple. Pour ce faire, au niveau national, l'octroi d'un pouvoir réglementaire à l'ACPR semble inévitable pour attribuer les mêmes prérogatives aux régulateurs bancaires et financiers français, disposant tous deux d'une Commission des sanctions impartiale et indépendante. L'objectif annoncé serait ainsi, d'associer davantage l'ACPR au législateur comme c'est le cas de l'AMF qui publie et adopte le Règlement général, après homologation du ministre chargé de l'économie¹⁵⁴⁷. La publication d'instructions et de

¹⁵⁴² SYNVET (H.), « Le "soft law" en matière bancaire et financière », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 8, p.78.

¹⁵⁴³ BONNEAU (Th.), « L'ACP, un législateur occulte ? », *op. cit.*

¹⁵⁴⁴ v. *supra* n°109.

¹⁵⁴⁵ BONNEAU (Th.), « Régulation bancaire et financière et État de droit », *RDBF*, janv.-févr. 2014, Repère 1.

¹⁵⁴⁶ SYNVET (H.), *op. cit.*

¹⁵⁴⁷ C.monét.fin. art. L621-6.

recommandations par les autorités de régulation viendrait ensuite préciser l'interprétation de cette réglementation et serait par nature rendue obligatoire à l'encontre des destinataires de la norme. Ce rééquilibrage institutionnel permettrait dès lors de renforcer la sécurité juridique et la stabilité du système de régulation, aucune incertitude ne pouvant apparaître sur la nécessité ou non de se conformer à la norme. C'est d'ailleurs sur ce fondement que le législateur est venu dès 1989 renforcer les pouvoirs réglementaire et de sanction de la Commission des opérations de bourse devenue l'AMF, avec pour finalité de sécuriser davantage les opérations de marchés¹⁵⁴⁸. À l'appui de cette réflexion, on peut dès aujourd'hui constater que la tendance en matière bancaire est au renforcement grandissant des pouvoirs de sanction de l'ACPR, et ce depuis plusieurs années¹⁵⁴⁹. En témoigne l'ordonnance de transposition de la 4^{ème} directive anti-blanchiment du 1^{er} décembre 2016¹⁵⁵⁰, qui précise que l'ACPR peut prononcer aujourd'hui une sanction pécuniaire au plus égale à 100 millions d'euros ou à 10 % du chiffre d'affaires annuel net du professionnel régulé¹⁵⁵¹.

581. Il est également primordial d'appréhender l'impact du durcissement du *soft law* d'origine publique sur les professionnels régulés. À ce sujet, on peut valablement croire que cet impact sera peu significatif, eu égard à la valeur de modèle que représente d'ores et déjà les lignes directrices, recommandations et autres normes de *soft law* publiées par les autorités de régulation. En effet, la légitimité des instruments de droit souple émis par les régulateurs nationaux et européens n'est que très peu contestée par les professionnels du secteur, qui y voient plutôt un soutien au moment de la transposition en interne et de l'application de la norme. Les destinataires de la norme accordent déjà une place de choix au droit souple et cherchent même à contribuer davantage à son élaboration en participant aux réunions de place organisées par les autorités de régulation et associations de professionnels. La valeur de modèle s'installe indéniablement à la lecture du raisonnement juridique qui émane de la norme de *soft law*, la contrainte étatique ne pouvant suffire à caractériser la règle de droit¹⁵⁵². De plus, comme évoqué précédemment¹⁵⁵³, le pouvoir réglementaire indirect des autorités de régulation ne surprend plus personne mais vient plutôt creuser l'ambiguïté du *soft law* d'origine publique¹⁵⁵⁴. À titre d'illustration, la Commission des sanctions de l'ACPR fait référence, dans certaines de ces décisions de sanctions, à l'appui des griefs établis, aux normes de droit souple

¹⁵⁴⁸ PEZARD (A.), « L'hypothèse de la déontologie comme source de sécurité des marchés financiers », *LPA*, n°56, 8 mai 1996, p.10.

¹⁵⁴⁹ v. *supra* n°398.

¹⁵⁵⁰ Ord. n°2016-1635, 1^{er} déc. 2016, préc. p.105.

¹⁵⁵¹ C.monét.fin. art. L612-39.

¹⁵⁵² CHANTEPIE (G.), « Les codifications privées », in *Le droit souple. Journées nationales, op. cit.*, p.56.

¹⁵⁵³ v. *supra* n°577.

¹⁵⁵⁴ BARTHEZ (A.-S.), « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple. Journées nationales, op. cit.*, p.70.

qu'elle édicte.¹⁵⁵⁵ En somme, la consécration juridique des normes de *soft law* d'origine publique par le biais d'un encadrement approprié participerait indéniablement à la création de nombreux effets juridiques positifs et mettrait à mal le risque sous-jacent de dérive technocratique¹⁵⁵⁶.

582. L'encadrement juridique des instruments de *soft law* émis par les autorités de régulation influe également sur les acteurs privés du secteur, qui sont eux aussi émetteurs de normes de droit souple. L'incidence d'un durcissement du *soft law* d'origine privée doit donc elle aussi être mesurée pour déterminer dans quelle mesure l'onction législative participerait au renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier (B.).

B. Le durcissement des instruments de *soft law* d'origine privée

583. L'autorégulation professionnelle présente des carences et s'apparente pour certains à un leurre caractérisé par des engagements illusoires (1.). Les craintes « naturelles » liées à ces normes de droit souple pourraient-elles se dissiper en cas de reconnaissance juridique ? Cette proposition est à envisager (2.).

1. Le *soft law* d'origine privée, l'engagement illusoire des professionnels du secteur

584. Le *soft law* d'origine privée trouve son fondement dans les codes de conduite, chartes éthiques et autres instruments qui rendent compte d'une autodiscipline de l'établissement bancaire ou financier à l'origine de ses normes. La portée de ces engagements, déterminée par l'entreprise elle-même, se lit à la lumière des objectifs pour lesquels ils ont été mis en place¹⁵⁵⁷. En effet, il n'est pas rare que le contenu de ces instruments reprenne scrupuleusement les textes de lois ou relate des dispositions de respect de la loi en édifiant des règles de conduite et des modèles de comportement à adopter par les salariés. Ces formulations, parfois larges et imprécises, dénotent une grande diversité de valeurs et de domaines consacrés, qui sont difficilement considérés comme l'affirmation d'une novation. Le vide juridique de certains codes ou de certaines dispositions peut donner l'image d'un « engagement illusoire »¹⁵⁵⁸ dans une logique déclarative, à visée publicitaire. Dès lors, la faible

¹⁵⁵⁵ À titre d'exemple, on peut citer la décision du 30 juin 2017 rendue par la Commission des sanctions de l'ACPR (Procédure n°2016-09) où à l'appui du grief 5 sur le traitement des alertes produites par l'outil LCB-FT, le régulateur fait référence aux lignes directrices de l'ACP et de Tracfin sur la déclaration de soupçon, publiées le 21 juin 2010. C'est le cas également dans la décision rendue le 2 déc. 2013 à l'encontre de la Banque Chaâbi du Maroc (Procédure n°2012-08) où à l'appui de sa qualification, la Commission des sanctions de l'ACPR se fonde sur les lignes directrices relatives à la relation d'affaires et au client occasionnel, ce qui interroge sur la légitimité et la portée de ce *soft law* d'origine publique.

¹⁵⁵⁶ SYNDET (H.), *op. cit.*

¹⁵⁵⁷ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, 1982, p.63.

¹⁵⁵⁸ PEREIRA (B.), « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue Management et Avenir*, n°21, 2009, p.58.

portée normative de certaines normes de *soft law* d'origine privée laisse penser à une action de communication interne et externe. La valeur de ces engagements dictée par la direction de l'établissement semble ainsi dérisoire, avec la volonté d'encadrer la conduite des collaborateurs sans aller au-delà du droit positif. On peut donc légitimement croire qu'une intervention étatique serait justifiée pour remédier aux lacunes et inconsistances de certaines normes de droit souple émises par les professionnels.

585. Pour certains auteurs, « il ne faut pas sous-estimer le pouvoir du "discours" sur le droit »¹⁵⁵⁹ et ainsi la force du verbe qui traduit en définitive la « puissance normatrice de l'entreprise »¹⁵⁶⁰. Certains acteurs privés du secteur édictent au sein de leurs établissements des comportements de « *creative compliance* », qui derrière l'expression d'une volonté de direction des affaires et de sauvegarde de la réputation de l'entreprise, peuvent cacher une « façade vertueuse »¹⁵⁶¹. À cet effet, la transposition de la réglementation et de la législation applicable aux activités de l'établissement régulé est assurée au travers des programmes de conformité et normes de *soft law* d'origine privée. Cette démarche a pour objectif premier de concrétiser opérationnellement la règle de droit et est très largement plébiscitée par les professionnels régulés. Il en résulte que ces interprétations créatives peuvent nécessiter elles aussi un encadrement juridique, pour limiter l'éloignement plus ou moins fort des règles qu'elles feignent de respecter. Enfin, le *soft law* d'origine privée, fortement critiqué par la doctrine, peut aller jusqu'à constituer une « atteinte à la cohésion juridique »¹⁵⁶², dénotant avec l'impératif de stabilité du droit bancaire dont les dérives ont déjà été constatées avec la crise financière mondiale. Il va de soi que le système requiert toujours plus de transparence et de clarté au regard des enjeux que représentent la protection de la clientèle ou encore la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme¹⁵⁶³.

586. On peut donc valablement imaginer que le durcissement des normes de droit souple édictées par les professionnels aboutirait à balayer ses effets pervers. Le caractère contraignant du *soft law* d'origine privée et ses conséquences dans l'entreprise est par conséquent à envisager (2.).

¹⁵⁵⁹ FARJAT (G.), *op. cit.*, p.65.

¹⁵⁶⁰ DEUMIER (P.), « Préface », in *Les codes de conduite, sources du droit*, sous la dir. De Marion LAROUER, Dalloz, 2018. [Doctorat : Droit privé : Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 2016].

¹⁵⁶¹ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, 2017, p.104.

¹⁵⁶² AUBRY (H.), « Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires », *D.*, 2009, p.2504.

¹⁵⁶³ MAGNIER-MERRAN (K.), « Quelle utilité aux codes de déontologie en matière bancaire ? » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.72.

2. Les conséquences du durcissement du *soft law* d'origine privée

587. Le *soft law* d'origine privée souffre d'un manque de légitimité politique, pointé par ses détracteurs. La profusion de normes émises par les professionnels du secteur bancaire et financier influe sur son efficacité et son application, créant une véritable « jungle de normes »¹⁵⁶⁴ qu'il semble impossible de contenir et d'encadrer. Pour autant, l'absence de caractère contraignant du droit souple d'origine privée peut s'avérer dangereuse à certains égards, les entreprises prenant des engagements unilatéraux de volonté qui peuvent être, dans certains cas particuliers, sources d'obligations, comme la jurisprudence l'a reconnu à maintes reprises¹⁵⁶⁵. C'est pourquoi l'État doit intervenir pour garantir son positionnement d'acteur principal de la régulation et donner une valeur juridique ferme et définitive au *soft law* d'origine privée. En effet, il est particulièrement complexe de mesurer l'effectivité des programmes de conformité et autres instruments de droit souple dans l'entreprise, faute d'obligations juridiques et de sanctions assorties. Ce n'est qu'en cas de contrôle sur place des autorités de régulation que l'établissement va pleinement se rendre compte de l'efficacité du dispositif de conformité déployé, à la lecture des indicateurs de performance mis en place. Au regard de l'ampleur des sanctions prononcées ces dernières années par les régulateurs français et américains, il semble que les professionnels tentent toujours, malgré les normes qu'ils s'imposent à eux-mêmes, d'échapper à la réglementation. L'objectif premier de l'encadrement juridique du *soft law* d'origine privée serait de pallier le caractère souvent « publicitaire » des initiatives d'autorégulation professionnelle en leur conférant une valeur juridique plus importante. Les acteurs du secteur seront donc systématiquement contraints de respecter les engagements pris par leurs directions, les autorités de régulation et autres organes de contrôle venant élargir leur champ d'action et contrôler la bonne application de ces normes dans l'entreprise. Cette évolution, comme le précisent certains auteurs, « revient à admettre que le contrôle externe est une nécessité fondamentale pour l'application des documents à vocation éthique »¹⁵⁶⁶.

588. Il est nécessaire de mesurer l'impact du durcissement du droit souple d'origine publique sur les normes de *soft law* émises par professionnels régulés. Sur ce point, on peut imaginer que la consécration juridique du *soft law* d'origine publique aura une influence importante sur l'élaboration des normes d'origine privée. Cette approche semble inévitable, car la plupart des normes d'autorégulation professionnelle prolifèrent, faute de précisions du législateur quant à l'application dans l'entreprise de certaines normes de droit contraignantes. En effet, le droit souple d'origine privée trouve sa justification première dans la volonté de

¹⁵⁶⁴ SCHANZE (E.), « Conformité, autorégulation et efficacité économique », *JCP E*, n°30, 26 juill. 2012, 1469, p.23.

¹⁵⁶⁵ Cass.soc. 25 nov. 2003, pourvoi n°01-17.501, *Bull.civ.* n°294 2003; *RTD Civ.* 2004, p.733, *obs.* MESTRE (J.), FAGES (B.) : « La Cour de cassation a estimé dans une décision remarquée que l'engagement unilatéral pris par un employeur envers ses salariés l'obligeait ».

¹⁵⁶⁶ PEREIRA (B.), *op. cit.*, p.65.

retranscrire voire de traduire la loi et la réglementation dans l'entreprise. Si les autorités de régulation prennent soin de rédiger des recommandations, des positions et autres principes en leur conférant une valeur juridique contraignante, les destinataires de ces normes, qui sont également à ce jour émetteurs de *soft law* d'origine privée, n'auront pas d'autre choix que de les appliquer telles quelles. Dans ce sens, on peut donc raisonnablement envisager que les professionnels du secteur diminueront la production de la normalisation professionnelle, les exigences attendues du régulateur ayant été clarifiées et juridiquement consacrées. L'application de la norme contraignante par les établissements assujettis laissera donc moins de place à son interprétation¹⁵⁶⁷.

589. En somme, l'onction législative se présente comme la solution apparente pour donner au système de régulation plus de force et de crédibilité, la consécration législative des normes de *soft law* d'origine publique étant à privilégier. La reconnaissance de leur valeur juridique influencerait directement sur les pratiques des professionnels du secteur bancaire et financier et permettrait à terme de diminuer la production de normes de *soft law* d'origine privée, redonnant ainsi le premier rôle aux autorités de régulation dans la régulation des comportements. Sur ce fondement, il est possible d'aller un peu plus loin et d'envisager l'encadrement juridique progressif de la *compliance* comme second moyen de lutte contre l'insuffisance du système normatif de régulation du secteur (Section II).

Section II : L'encadrement juridique progressif de la *compliance*

590. La crise financière mondiale a remis en cause l'approche partielle de la *compliance* jusqu'alors établie. La fréquence des crises spéculatives sur les marchés de change et les scandales financiers à répétition, à l'image de l'affaire dite du « Libor/Euribor »¹⁵⁶⁸, ont conduit le législateur à encadrer progressivement l'exercice de la fonction de conformité, vers une approche plus globale de la *compliance*. Les programmes de conformité mis en place par les professionnels du secteur bancaire et financier trouvent largement leur inspiration aux États-Unis et en Angleterre, au sein des grandes banques multinationales. La *compliance* apparaît donc inévitable dès l'instant où l'établissement exerce une activité internationale. Les initiatives nationales et internationales visant à imposer davantage de *compliance* au cœur des entreprises, marquent les prémices d'un socle commun de conformité, qui dépasse le cadre

¹⁵⁶⁷ v. dans ce sens, BOURGNINAUD (V.), *Droit privé et déontologie*, S.I, 1996. [Doctorat : Droit Privé : Université de droit de Nantes, 1996]. Le constat est le même en matière de déontologie des professions organisées en ordre en ce que les codes de déontologie constituent de véritables vecteurs de droit.

¹⁵⁶⁸ L'affaire dite du « Libor/Euribor » recoupe en fait plusieurs manipulations de taux interbancaires : les taux britannique « Libor » et européen « Euribor ». Ainsi, plusieurs ex-traders de la Barclays et de la Deutsche Bank ont été récemment condamnés par la justice britannique à des peines de prison, reconnus coupables de fraude suite à des manipulations du taux d'intérêt interbancaire Euribor pour des faits remontants à la période de 2005-2009.

déjà établi en matière de *compliance* anti-blanchiment¹⁵⁶⁹. Dans ce contexte, l'Europe de la *compliance* semble être une réalité en devenir, un projet à construire (§2).

§1 Le passage d'une approche partielle à une approche globale de la *compliance*

591. Les récentes évolutions législatives françaises en matière de lutte contre la corruption introduisent l'obligation pour les entreprises de se doter de programmes de prévention des risques de non-conformité, qui rentre à cet effet dans le giron de la Direction de la conformité. Dans ce sens, la création du dispositif anticorruption par le législateur français illustre parfaitement l'encadrement législatif progressif de la *compliance* (B.). Tout en sachant que cette intervention législative s'est manifestée sous l'impulsion du modèle anglo-saxon de responsabilisation des professionnels, qui constitue le point de départ d'une approche globale de la *compliance* (A.).

A. Le modèle anglo-saxon de responsabilisation des acteurs du secteur

592. Depuis quelques années, les autorités de régulation françaises n'hésitent pas à rencontrer régulièrement les responsables du dispositif de conformité ainsi que les dirigeants des établissements bancaires et financiers qu'ils régulent. Cette démarche s'inscrit dans une volonté de responsabilisation des salariés qui trouve son fondement dans le modèle anglo-saxon en matière de prévention de la corruption au sein des entreprises, consacrée au sein du *UK Bribery Act* (1.) et plus récemment au travers du *Senior Managers Regime* mis en place par le régulateur britannique pour engager la responsabilité individuelle des *senior managers* (2.).

1. La répression du défaut de prévention de la corruption par les entreprises

593. L'ambition annoncée du gouvernement français, au moment de la publication au *Journal Officiel* le 10 décembre 2016 de la loi « Sapin II »¹⁵⁷⁰, était de permettre à la France de se hisser au niveau des meilleurs standards internationaux en matière de dispositif anticorruption. Partant de ce constat, on peut valablement croire que la France accusait un retard important par rapport à ses homologues britanniques et américains¹⁵⁷¹. En effet, le *U.S Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹⁵⁷² a été publié en 1977 suite au scandale du « *Watergate* »¹⁵⁷³ et demeure la référence en matière de lutte anticorruption. Le Royaume-Uni, de son côté, a publié en juillet 2011 le *UK Bribery Act* (UKBA)¹⁵⁷⁴, qui abroge la réglementation

¹⁵⁶⁹ v. *supra* n°455.

¹⁵⁷⁰ v. *supra* n°333.

¹⁵⁷¹ HAUSER (V.), « Lutte contre la corruption : quelles avancées attendre de la loi Sapin 2 ? », *RB*, n°806, Mars 2017, p.52.

¹⁵⁷² The U.S Foreign Corrupt Practices Act, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq, 1977, en ligne :

<<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>.

¹⁵⁷³ Le scandale du « *Watergate* » est une affaire d'espionnage politique qui aboutit, en 1974, à la démission de Richard Nixon, alors président des États-Unis.

¹⁵⁷⁴ The UK Bribery Act 2010 (C23), 8 Avr. 2010, en ligne :

existante et prévoit plusieurs catégories d'infractions, parmi lesquelles les délits de corruption active et passive définis largement pour des faits perpétrés aussi bien dans le secteur privé que public¹⁵⁷⁵. Dès lors, la réputation de ces textes fondamentaux en matière de lutte contre la corruption n'est plus à faire, en ce qu'ils sont connus tous deux pour leur caractère extraterritorial. Sur le fondement d'une violation du FCPA, les autorités de régulation américaines peuvent valablement poursuivre les entreprises étrangères cotées en bourse aux États-Unis pour des faits de corruption commis à l'étranger¹⁵⁷⁶. À titre d'illustration, plusieurs grands groupes internationaux¹⁵⁷⁷ ont été sanctionnés lourdement pour des faits de corruption par le ministère américain de la justice Department of Justice (DoJ) et le gendarme américain de la bourse, la Securities and Exchange Commission (SEC)¹⁵⁷⁸. De même, aux termes du UKBA, il incombe aux filiales ou aux succursales de sociétés étrangères établies au Royaume-Uni de mettre en place un programme anticorruption qui réponde aux exigences de la législation britannique¹⁵⁷⁹.

594. Le UKBA est venu étendre le champ d'application de la lutte contre la corruption, en réprimant le délit de défaut de prévention de la corruption nouvellement érigé¹⁵⁸⁰. Il découle de la mise en place de ce délit des exigences importantes et sévères à l'encontre des entreprises qui ont l'obligation de prévenir la survenance de tout acte de corruption, sous peine de voir leur responsabilité pénale engagée¹⁵⁸¹. Sur ce point, la personne physique qui se rend coupable de faits de corruption dans le but d'obtenir un avantage pour le compte de l'entreprise à laquelle elle est associée, peut entraîner la condamnation de la personne morale pour violation du UKBA¹⁵⁸². Le spectre de cette infraction va même plus loin sur le plan territorial en ce qu'il importe peu que les actes de corruption ait été commis au Royaume-Uni ou à l'étranger, du moment que la société immatriculée à l'étranger, exerce une partie de son activité sur le territoire britannique¹⁵⁸³. Dans de telles circonstances, il incombe à la direction en charge du déploiement du programme de lutte anticorruption de prouver que des mesures et procédures appropriées ont été instaurées pour se prémunir de tout fait de corruption, la charge de la

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>.

¹⁵⁷⁵ Sections 1 & 2 du Bribery Act préc.

¹⁵⁷⁶ DE VAUPLANE (H.), « Les entreprises européennes face à l'extraterritorialité du droit américain », *RB*, n°724, Mai 2010, p.78.

¹⁵⁷⁷ À titre d'exemple, en 2009, Siemens a ainsi dû payer une amende de plus de 1,5 milliards de dollars et Halliburton 579 millions de dollars.

¹⁵⁷⁸ Depuis janvier 2010, la SEC a créé une unité spéciale dédiée à la lutte contre la corruption : la FCPA Special Unit.

¹⁵⁷⁹ BEGLE (V.), « UK Bribery Act - l'ambition mondiale de la loi anti-corruption la plus sévère », *JCP E*, n°16-17, 21 avr. 2011, act. 219, p.2.

¹⁵⁸⁰ Section 7 du Bribery Act préc.

¹⁵⁸¹ TSE (N.), LE GAL (J.-F.), « Droit et Éthique des Affaires - UK Bribery Act : analyse d'une législation », *RJSP*, n°4, Nov. 2011, p.44.

¹⁵⁸² MATTOUT (J.), « Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption Un danger pour les entreprises françaises ? », *JDI*, n°4, Oct. 2011, doct. 12, p.5.

¹⁵⁸³ Section 12 du Bribery Act préc.

preuve étant renversée¹⁵⁸⁴. La consécration juridique de ce nouveau délit pénal par les autorités britanniques a eu des répercussions sans précédent sur l'organisation de la conformité des grands groupes en matière de gestion du risque de corruption¹⁵⁸⁵. Cette nouveauté législative est venue contraindre les entreprises et faire peser sur les professionnels une obligation de responsabilité morale et pénale, faute de voir la société lourdement sanctionnée¹⁵⁸⁶.

595. En incitant les dirigeants à s'assurer de la conformité de leur dispositif interne anticorruption, le législateur britannique a ouvert la voie à une plus grande responsabilisation des professionnels qui est accentuée par la mise en place au Royaume-Uni du *Senior Managers Regime*, le nouveau régime d'engagement de la responsabilité individuelle des *senior managers* (2.).

2. Le régime d'engagement de la responsabilité individuelle des *senior managers*

596. La crise financière mondiale a révélé, en Europe et aux États-Unis, les faiblesses du système réglementaire et législatif en matière de gouvernance et d'éthique. Malgré l'intervention étatique de différents gouvernements pour mener à bien des opérations de sauvetage, l'identification des responsables de la crise a été rendue particulièrement complexe face à la multitude d'intervenants et de paramètres d'accélération de la crise¹⁵⁸⁷. De ce constat sont nées plusieurs initiatives nationales et internationales pour renforcer la gestion et la culture du risque au sein des institutions bancaires et financières. Dans ce sens, le rapport du G30¹⁵⁸⁸ exhorte les grands établissements bancaires à renforcer leur gouvernance après avoir analysé que les « entreprises ayant été les plus sujettes à défaillance ou ayant rencontré de graves difficultés sont celles dont le management avait négligé les risques de manière coupable »¹⁵⁸⁹. Au niveau national, le régulateur britannique la Financial Conduct Authority (FCA), est venue définir un cadre légal d'engagement de la responsabilité personnelle du « *senior management* »¹⁵⁹⁰. À cet effet, la FCA a déterminé des principes de gestion dans l'attribution

¹⁵⁸⁴ Section 7 (2.) du Bribery Act préc.

¹⁵⁸⁵ CARADEC (E.), « 3 QUESTIONS UK Bribery Act : les sociétés françaises sont-elles aussi concernées ? », *JCP E*, n°15, 14 avr. 2016, 318, p.4.

¹⁵⁸⁶ Section 11 du Bribery Act préc.

¹⁵⁸⁷ FISHER (I.), « Culture et conduite : entre régulation, gouvernance et responsabilité individuelle », *RB*, n°802 bis, Déc. 2016, p.34.

¹⁵⁸⁸ The Group of Thirty, *Managing the next financial crisis : an assessment of emergency arrangements in the major economies*, Consultative Group on International Economic and Monetary Affairs Inc, 2018, en ligne :

<http://group30.org/images/uploads/publications/G30_Managing_the_Next_Financial_Crisis.pdf>.

¹⁵⁸⁹ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information n°737 déposé en application de l'article 145 du Règlement en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, 20 févr. 2013, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0737.pdf>>..

¹⁵⁹⁰ FCA, *Senior Managers Regime*, Financial Conduct Authority, Mars 2020, p.3, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/corporate/applying-smr-to-fca.pdf>> : La FCA a reçu du Parlement britannique, (i.) la charge de s'assurer que les marchés financiers mettent en place un degré de

aux *senior managers* de responsabilités-clés au sein de l'organisation à laquelle ils appartiennent. Il en ressort que la responsabilité de chaque directeur exécutif peut être retenue dans son domaine de compétence, en cas de manquement aux normes de conduite établies par le régulateur britannique.

597. La FCA a également désigné 18 postes de *senior managers* qui sont directement concernés par ce nouveau régime de responsabilité individuelle¹⁵⁹¹. Parmi cette liste de directeurs exécutifs, on retrouve par exemple, le Responsable de l'audit interne, le *Money Laundering Reporting Officer* (MLRO)¹⁵⁹², le Responsable des risques et de la conformité, ou encore le Directeur général, tous enregistrés auprès du régulateur britannique. Dès lors, la FCA a pris soin de décrire les responsabilités attendues de la part de chaque directeur exécutif vis-à-vis de l'autorité de régulation, sous peine de voir leur responsabilité personnelle engagée¹⁵⁹³. Ainsi, à titre d'illustration, il est précisé que le MLRO a l'obligation de se conformer à la loi britannique en matière de LCB-FT¹⁵⁹⁴, en reportant toute déclaration de soupçon effectuée à la cellule de renseignement financier. Plus globalement, celui-ci doit s'assurer de la bonne application des exigences réglementaires et législatives dans l'entreprise. Mais la FCA va même plus loin en ce qu'elle détermine la possibilité ou non pour le directeur exécutif de partager cette responsabilité individuelle qui lui incombe avec un autre collaborateur¹⁵⁹⁵. A l'exception du MLRO, pour lequel le régulateur britannique refuse catégoriquement tout partage de responsabilités. L'instauration de ce cadre juridique de responsabilisation des salariés vise indéniablement à personnaliser la faute pour protéger juridiquement la société des mauvais agissements de ses salariés¹⁵⁹⁶. On peut donc valablement penser que ce modèle anglo-saxon va devenir une référence à l'avenir, trouvant écho auprès des autres régulateurs et législateurs nationaux. Mais au-delà d'une approche toujours plus globale de *compliance* avec l'encadrement progressif de la conformité au sein des entreprises, manifestée par une responsabilisation croissante des acteurs privés du secteur, on observe que c'est la conformité formelle qui prend le pas sur la conformité réelle.

598. Sur ce fondement, on peut croire que la volonté de renforcer l'efficacité des programmes de conformité est arrivée jusqu'en France et a conduit le législateur français à adopter à son tour un dispositif de lutte contre la corruption (B.).

protection du consommateur suffisant et (ii.) la responsabilité d'améliorer l'intégrité du système financier au Royaume-Uni.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p.9-10.

¹⁵⁹² v. *supra* n°508.

¹⁵⁹³ FCA, *Senior Managers Regime*, *op. cit.*, p.11-19.

¹⁵⁹⁴ The « Proceed of Crime Act », publié en 2002.

¹⁵⁹⁵ FCA, *Senior Managers Regime*, *op. cit.*, p.51.

¹⁵⁹⁶ DE LAUZUN (P.), « Affirmer la responsabilité de chacun », *RB*, n°802 bis, Déc. 2016, p.6.

B. La création du dispositif français anticorruption

599. L'entrée en vigueur de la loi dite « Sapin II » le 1^{er} juin 2017 a créé un bouleversement pratique et culturel au cœur des entreprises françaises, et par conséquent des établissements bancaires et financiers, qui ont désormais la charge de prévenir le risque de corruption (1.). Ces nouvelles obligations sont assorties d'une évolution du cadre législatif de la répression de la corruption et des autres manquements à la probité, manifestée par la création de l'Agence française anticorruption (2.).

1. La prévention du risque de corruption à la charge des entreprises et des banques françaises

600. L'article 17 de la loi dite « Sapin II »¹⁵⁹⁷ s'inspire très largement du *UK Bribery Act* évoqué précédemment¹⁵⁹⁸, en ce qu'il encadre la prévention du risque de corruption et impose aux entreprises et établissements bancaires soumis à cette loi de mettre en œuvre un véritable programme de conformité en la matière. Dès lors, la problématique de lutte contre la corruption, jusque-là souvent absente des dispositifs de conformité déployés, se trouve propulsée sur le devant de la scène. En effet, les dispositions de la loi dite « Sapin II » viennent s'ajouter aux programmes de conformité déjà en place au sein des établissements bancaires et financiers et créent un nouveau dispositif anticorruption de droit français¹⁵⁹⁹. Plus précisément, l'obligation générale de déploiement des programmes de conformité repose de manière indifférenciée sur les dirigeants de sociétés et d'établissements publics à caractère industriel et commercial, employant plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros¹⁶⁰⁰. Toute la difficulté revient donc à adapter le programme anticorruption au sein des grands groupes bancaires et financiers d'envergure internationale, qui exercent leurs activités dans plusieurs filiales et succursales situées à l'étranger. La transposition de la loi « Sapin II » dans l'entreprise nécessite alors de tenir compte des exigences plus fortes découlant des autres droits nationaux en matière de lutte contre la corruption. De plus, l'extraterritorialité de la loi affirmée par l'article 21 de la loi « Sapin II »¹⁶⁰¹, a des répercussions importantes et oblige les professionnels à déployer un dispositif capable de prévenir la survenance de faits de corruption en France comme à l'étranger¹⁶⁰². En ce sens, la loi « Sapin II » pallie l'absence de

¹⁵⁹⁷ Loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁵⁹⁸ v. *supra* n°593.

¹⁵⁹⁹ AGBAYISSAH (S.), « Loi Sapin II, Programme de conformité et code de conduite - Application en matière bancaire et financière », *Banque & Droit*, n°HS-2017-2, Déc. 2017.

¹⁶⁰⁰ Art. 17 I de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶⁰¹ Art. 21 de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II » renvoie vers l'article 435-11-2 du Code pénal qui précise : « Dans le cas où les infractions prévues aux articles 435-7 à 435-10 sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, la loi française est applicable en toutes circonstances ».

¹⁶⁰² MUSCA (X.), « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2019, p.43.

règles ou vient combler les lacunes de certaines règles de droit étranger, qui viennent réprimer la corruption¹⁶⁰³.

601. Concrètement, le législateur a défini des mesures précises à mettre en place dans le cadre du référentiel anticorruption. Parmi les plus importantes, on peut retenir la cartographie des risques¹⁶⁰⁴ qui doit permettre de déterminer, dans un premier temps, le risque inhérent auquel est exposé l'établissement au regard de son environnement réglementaire et législatif, puis le risque résiduel mesurant l'efficacité des moyens mis en œuvre pour maîtriser le risque de corruption de l'établissement¹⁶⁰⁵. Des procédures internes devront également être élaborées pour évaluer la situation des clients, des fournisseurs et être adaptées aux zones de risques liées à l'activité de la société¹⁶⁰⁶. Ainsi, le secteur bancaire et financier doit être particulièrement attentif aux clients résidents et aux transactions réalisées dans des pays ayant un indice de corruption particulièrement élevé. De même, certaines transactions réalisées par le biais de montages juridiques alambiqués, impliquant des paiements effectués à des tiers sans réelle justification, doivent constituer des signaux d'alerte dans l'appréhension du risque de corruption. Pour ce faire, le droit français a intégré dans son panel de mesures anticorruption un dispositif d'alerte interne¹⁶⁰⁷ destiné à recueillir les signalements des collaborateurs et des actions de formation auprès du personnel le plus exposé à la corruption¹⁶⁰⁸. De surcroît, il va sans dire que le point névralgique de la loi « Sapin II » réside dans le passage d'une approche de bonne gouvernance à une obligation légale de lutte contre la corruption. Sur ce fondement, le code de conduite anticorruption¹⁶⁰⁹, imposé par le législateur à l'encontre de toutes les sociétés relevant de la loi « Sapin II », vient renforcer et asseoir un peu plus la culture de la conformité dans l'entreprise. Le texte de loi prévoit l'introduction du code de conduite dans le règlement intérieur de l'entreprise et recommande que celui-ci comporte « un rappel des valeurs de l'organisation en matière d'anticorruption »¹⁶¹⁰. La consécration juridique française de l'obligation de prévention de la corruption s'inscrit donc dans un contexte résolument international et répond aux préconisations des législations américaines et britanniques¹⁶¹¹. De

¹⁶⁰³ AGBAYISSAH (S.), *op. cit.*

¹⁶⁰⁴ v. *supra* n°313. Art. 17 II 3° de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶⁰⁵ HAERI (K.), MUNOZ-PONS (V.), « La création d'un référentiel anticorruption à la française », *Dalloz Actualités*, 19 janv. 2018.

¹⁶⁰⁶ Art. 17 II 4° de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶⁰⁷ Art. 17 II 2° de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶⁰⁸ Art. 17 II 6° de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶⁰⁹ Art. 17 II 1° de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶¹⁰ AFA, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, Agence Française Anticorruption, Déc. 2017, p.9, en ligne :

<https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2017_-_Recommandations_AFA.pdf>.

¹⁶¹¹ DE POUZILHAC (C.), CARREGA (M.), « L'obligation de mise en place d'un programme de conformité anticorruption dans la loi Sapin II », *JCP E*, n°26, 29 juin 2017, act. 486, p.3.

fait, la loi « Sapin II » confère une plus grande cohérence d'ensemble au dispositif anticorruption et réserve une place de choix à la *compliance*.

602. Par conséquent, la création de ce dispositif anticorruption contraint les établissements bancaires et financiers à inclure la thématique relative à la lutte contre la corruption dans les programmes de conformité déjà existants qui prennent en compte le risque de blanchiment de la corruption. Dès lors, la plupart des établissements bancaires et financiers, pour répondre scrupuleusement aux exigences de la loi « Sapin II » et de l'Agence française anticorruption, se voient dans l'obligation de dupliquer les systèmes de surveillance des transactions et processus internes déployés en matière de LCB-FT pour surveiller séparément le risque de corruption, et non plus seulement le risque de blanchiment de la corruption. On ne peut que constater l'empilement de dispositifs alors que le Code de commerce consacre plus largement l'obligation pour les entreprises d'au moins 5000 salariés d'instaurer un « plan de vigilance propre à identifier les risques et les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle »¹⁶¹². Ce plan de vigilance résultant de la loi dite « Vigilance » du 27 mars 2017¹⁶¹³ comprend un ensemble de mesures telles qu'une cartographie des risques, un mécanisme d'alerte et de recueil de signalements, ou encore des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des fournisseurs, des sous-traitants de la société, qui viennent s'ajouter au dispositif anticorruption créé en 2016 et renforcer les obligations juridiques pesant à la charge des entreprises françaises en matière de RSE¹⁶¹⁴. Ces évolutions législatives renforcent l'idée que l'Etat français se repose désormais sur les entreprises et banques françaises pour qu'elles assurent leur propre politique de régulation dans une logique de responsabilisation mais également de contrainte « pour le cas où les programmes de conformité n'auraient pas été instaurés et les standards respectés »¹⁶¹⁵.

603. Plus largement, la prévention du risque de corruption à la charge des entreprises s'est accompagnée d'un cadre législatif de répression de la corruption qui participe à l'encadrement juridique progressif de la *compliance* (2.).

¹⁶¹² C.com. art. L225-102-4.

¹⁶¹³ v. *supra* n°313. Art. 1, loi n°2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (dite « Vigilance »), préc.

¹⁶¹⁴ BRENOT (V.), *Adoption de la proposition de loi sur le devoir de vigilance : de nouveaux risques pour les grandes entreprises françaises*, cabinet August-Debouzy, 10 mars 2017, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/adoption-de-la-proposition-de-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-de-nouveaux-risques-pour-les-grandes-entreprises-francaises.pdf>.

¹⁶¹⁵ BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.), « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D. 2017*, p.1619.

2. Le cadre législatif de répression de la corruption

604. Contrairement à ce que prévoit la loi dite « Vigilance »¹⁶¹⁶, la publication de la loi « Sapin II » s'est accompagnée de la création de l'Agence française anticorruption (AFA)¹⁶¹⁷ dont les pouvoirs et l'organisation ont été définis par décret¹⁶¹⁸ et arrêté¹⁶¹⁹ en date du 14 mars 2017. L'AFA, qui succède au Service central de prévention de la corruption (SCPC), est placée sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre en charge du Budget et ne constitue pas, par conséquent, une autorité administrative indépendante. Cette agence composée d'unités de contrôle et d'expertise a pour mission principale de participer à la coordination administrative et à la diffusion des informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme¹⁶²⁰. Au-delà de son action de prévention, l'AFA exerce également une activité de répression des faits de corruption, mise en œuvre par la Commission des sanctions qu'elle comprend. Une partie des agents de l'AFA a la responsabilité de réaliser des contrôles sur pièces et sur place¹⁶²¹ directement auprès des professionnels, y compris les établissements bancaires et financiers. Les missions de contrôles diligentées par l'AFA ont pour objectif de révéler d'éventuels manquements aux obligations de prévention de la corruption pesant sur les entreprises et les banques françaises, telles qu'évoquées précédemment¹⁶²². Ainsi, à titre d'illustration, l'AFA viendra notifier des griefs à l'établissement qui n'a pas instauré de code de conduite anticorruption, de procédure d'évaluation des tiers (fournisseurs, intermédiaires, etc.) ou encore qui ne se sera pas doté d'une cartographie des

¹⁶¹⁶ CUZACQ (N.), « Premier contentieux relatif à la loi « vigilance » du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », *D.* 2020 p.970 : Aucune agence n'a été créée pour suivre l'existence et la bonne mise en œuvre par l'entreprise du plan de vigilance. Toutefois, des manquements au plan de vigilance peuvent être sanctionnés sur le fondement de l'engagement de la responsabilité civile (articles 1240 et 1241 du Code civil) et l'auteur de la mise en demeure peut être toute personne justifiant d'un intérêt à agir. A titre d'illustration, une action civile a été engagée par des organisations non-gouvernementales (ONG) à l'encontre de Total SA au sujet de deux projets pétroliers gérés par une joint-venture dont l'un des actionnaires est une filiale à 100 % de Total SA.

¹⁶¹⁷ Arts. 2 à 4, 17 et 18 de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », *JO* n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶¹⁸ D. n°2017-329, 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, *JORF* n°0063, 15 mars 2017, texte n°31.

¹⁶¹⁹ Arrêté, 14 mars 2017 relatif à l'organisation de l'Agence française anticorruption, *JORF* n°0063, 15 mars 2017, texte n°33.

¹⁶²⁰ Art. 1^{er} I et III, D. n°2017-329, 14 mars 2017, préc.

¹⁶²¹ Art. 7, D. n°2017-329, 14 mars 2017, préc.

¹⁶²² v. *supra* n°593.

risques de corruption et de trafic d'influence¹⁶²³. A ce jour, seules deux décisions¹⁶²⁴ ont été rendues par la Commission des sanctions de l'AFA et elles se montrent décevantes se limitant pour l'une des deux à enjoindre l'établissement fautif à modifier son code d'éthique et à le mettre en conformité. Dès lors, l'agence peut adresser à la société et à ses représentants, en cas de manquements constatés, un avertissement et les enjoindre « d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence »¹⁶²⁵. Ses conclusions devront être retranscrites au terme d'un rapport qui peut s'accompagner du prononcé par la Commission des sanctions de l'AFA d'une sanction pécuniaire, dont le montant ne peut excéder 200.000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales¹⁶²⁶. La faute ainsi retenue, qui n'est autre que « le manquement administratif aux obligations de conformité anticorruption », ne pourra être exonérée qu'à la condition de prouver que toutes les diligences requises ont été mises en place par l'établissement fautif¹⁶²⁷. En sus, l'AFA a toute autorité pour saisir le Procureur de la République de tout fait porté à sa connaissance, dans l'exercice de ses fonctions, qui serait susceptible de constituer un crime ou un délit¹⁶²⁸. Le juge pénal peut encore prononcer une peine complémentaire consistant à soumettre l'entreprise ou de la banque fautive, pour une durée maximale de cinq ans, au contrôle de l'AFA qui s'assurera de l'existence et de la bonne mise en œuvre du programme de mise en conformité¹⁶²⁹.

605. Au regard du petit nombre de sanctions prononcées par l'AFA ces dernières années, on peut s'interroger sur la pertinence de la création de cette nouvelle agence et son devenir. Bien que cette agence a été instituée pour contrôler l'ensemble des sociétés employant plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros, il semble que le décalage se creuse fortement entre les régulateurs existants habitués à inspecter les établissements bancaires et financiers qu'ils régulent et les fonctionnaires de l'AFA. Cela étant,

¹⁶²³ Commission des sanctions de l'AFA, *Décision n°19-02*, 7 févr. 2020, en ligne : <<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/DECISION%2019-02%20COMMISSION%20DES%20SANCTIONS%20%20ANONYME.PDF>>: « Dans sa saisine du 25 sep. 2019, le directeur de l'Agence fait grief à la société I et à son directeur-général M.K, d'avoir méconnu l'article 17 de la loi du 9 déc. 2016 2° en ne disposant pas d'un code de conduite répondant aux prescriptions du 1° du II du même article. [...] Dans son avis joint à la saisine, il propose à la société d'actualiser, avant le 30 juin 2020, le code de conduite, en y intégrant notamment des définitions et des illustrations des comportements à proscrire en fonction des risques identifiés dans la cartographie des risques mise à jour ».

¹⁶²⁴ *Ibidem*, et Commission des sanctions de l'AFA, *Décision n°19-01*, 4 juill. 2019, en ligne : <<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/DECISION%2019-01%20COMMISSION%20DES%20SANCTIONS%20ANONYMISEE.pdf>>.

¹⁶²⁵ Arts. 17 IV et V de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶²⁶ Arts. 17 V de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶²⁷ RONTCHEVSKY (N.), « Loi Sapin 2 : Nouveau dispositif anticorruption issu de la loi Sapin 2 », *Banque & Droit*, HS-2017-2, Déc. 2017.

¹⁶²⁸ C.proc.pén. Art. 43.

¹⁶²⁹ C. pén. Art. 131-39-2 I.

l'AFA n'est pas positionnée par le législateur comme l'autorité capable d'engager la responsabilité pénale de la société et/ou de ses représentants, les poursuites pénales restant l'apanage du Parquet national financier. Dans ce sens, d'ailleurs, il semble de plus en plus difficile pour les associations de lutte contre la corruption, à l'image de l'association Sherpa, d'obtenir l'agrément délivré par le Ministère de la justice leur permettant de se constituer partie civile en matière de corruption¹⁶³⁰. Depuis la création de l'AFA, la recevabilité de l'action civile des associations de lutte contre la corruption se complique, laissant place à un climat de soupçon à l'égard des contrepouvoirs que représentent ces associations de lutte contre la corruption dans la défense d'intérêts généraux¹⁶³¹. De plus, les détracteurs de la loi « Sapin II » se multiplient et contestent le fait que la Commission des sanctions de l'AFA ne soit pas une juridiction à part entière. En effet, pour certains, les avancées françaises en matière de répression de la corruption restent insuffisantes et sont en décalage avec la puissance des autorités judiciaires américaines et britanniques¹⁶³². Dès lors, l'AFA ne peut agir comme l'interlocuteur privilégié du DoJ aux États-Unis, ou encore du Serious Fraud Office (SFO) au Royaume-Uni, et reste cantonnée à un rôle plus préventif que répressif, *a minima* sur le plan international. L'ambivalence du positionnement de l'AFA a également été soulevée en matière bancaire et financière, au regard de l'action des autorités de régulation françaises (ACPR et AMF). Sur ce point, les autorités de tutelle réalisent elles aussi, sous un angle différent qui est celui du blanchiment de la corruption, des contrôles sur pièces et sur place auprès des professionnels régulés¹⁶³³. Elles exercent également un pouvoir de sanction et d'injonction administratif par le biais des Commissions de sanctions qui les composent. L'opportunité de créer une agence anticorruption distincte des autorités de régulation déjà existantes, pour couvrir les thématiques relatives à la lutte contre la corruption, peut laisser perplexe¹⁶³⁴.

606. Quoiqu'il en soit, l'AFA détient aujourd'hui une compétence spéciale, qui vient renforcer la répression des actes de corruption au niveau des acteurs privés sur le plan national. Les contrôles effectués par cette agence viennent suppléer ceux déployés par les autorités de tutelle, et poussent inexorablement les entreprises et les banques françaises à investir dans un programme de conformité solide et durable. Ces évolutions législatives en matière de lutte contre la corruption illustrent l'importance et le pouvoir de l'encadrement juridique des normes, qui se présente pour le moment comme le premier intermède à un véritable changement idéologique et opérationnel. La France reste 23^{ème} du classement de l'ONG Transparency

¹⁶³⁰ C.proc.pén. Art. 2-23.

¹⁶³¹ LEPANY (F.), COSSART (S.), « Qui veut empêcher Sherpa d'agir contre la corruption ? », Coordination Sud, 21 mars 2019, en ligne : <https://www.coordinationsud.org/actualite/qui-veut-empecher-sherpa-dagir-contre-la-corruption/>.

¹⁶³² DE POUZILHAC (C.), CARREGA (M.), *op. cit.*, p.3.

¹⁶³³ *v. supra* n°347.

¹⁶³⁴ AGBAYISSAH (S.), *op. cit.*

International qui publie en 2019 son évaluation annuelle de la perception de la corruption dans le monde. Si la coopération pénale internationale est bien établie, comme en témoignent les poursuites engagées par le Parquet national financier, le DoJ et le SFO à l'encontre de la société Airbus¹⁶³⁵, la coopération au stade de la prévention du risque de corruption n'en est qu'à ses balbutiements¹⁶³⁶.

607. Les efforts déployés par le législateur français pour se mettre au niveau des meilleurs standards internationaux en matière de lutte anticorruption démontrent toute la force des modèles de référence anglais et américains. Si la progression vers une approche toujours plus globale de la *compliance* est certaine, elle ouvre également le débat vers la nécessité d'encourager ou non la construction de l'Europe de la *compliance*, dont les prémices semblent déjà faire leur apparition (§2).

§2 Les prémices d'une *compliance* à l'européenne ?

608. Une première étude a été conduite en faveur d'une *Europe de la Compliance*¹⁶³⁷, et incite à réfléchir à l'opportunité de déployer à une plus grande échelle un système de conformité obligatoire et assorti de sanctions administratives, qui dépasse la seule prévention du risque de corruption et impose des obligations juridiques similaires à toutes les entreprises européennes. En effet, le constat est sans appel : la promotion des programmes de conformité est grandissante en Europe et se développe en réaction à l'hégémonie du droit américain, et à la condamnation de nombreuses entreprises européennes par les autorités américaines (A.). Dès lors, il n'est pas difficile d'imaginer l'extension en Europe de plusieurs initiatives de conformité déjà déployées au niveau national, pour créer et construire une *compliance* à l'européenne dont on peut dès aujourd'hui entrevoir les vertus (B.).

A. La nécessaire réaction européenne face aux sanctions américaines

609. Pour ne pas rester désarmée face aux montants parfois astronomiques des amendes infligées par les autorités américaines¹⁶³⁸, l'Europe doit réagir et faire peser sur les entreprises européennes de nouvelles normes juridiques en matière de *compliance*, sur le modèle français

¹⁶³⁵ Le Monde, « L'amende de 3,6 milliards d'euros infligée à Airbus, une bonne affaire géopolitique », 3 févr. 2020, en ligne : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/02/03/l-amende-de-3-6-milliards-d-euros-infligee-a-airbus-une-bonne-affaire-geopolitique_6028191_3232.html>.

¹⁶³⁶ DUCHAINE (C.), « L'Agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la Compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.106.

¹⁶³⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Pour une Europe de la Compliance*, Dalloz, 2019.

¹⁶³⁸ Le Monde, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux Etats-Unis », 30 juin 2014, en ligne :

<https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/06/30/la-bnp-devra-regler-8-834-milliards-de-dollars-d-amende-aux-etats-unis_4448280_3222.html>: Juin 2014, la justice américaine accuse BNP-Paribas d'avoir violé l'embargo économique américain au Soudan, en Iran et à Cuba, en réalisant dans ces pays des opérations libellées en dollars et prononce une amende de près de 9 milliards de dollars.

de la loi « Sapin II ». Il est probable, en effet, que les institutions européennes s'inspirent du dispositif français de lutte anticorruption qui participe à l'émergence d'une justice transactionnelle en France (1.) pour étendre au niveau européen sa portée et son efficacité (2.).

1. L'émergence d'une justice transactionnelle en France

610. Comme évoqué précédemment¹⁶³⁹, les initiatives nationales se multiplient en Europe pour tendre vers une justice de plus en plus négociée, sur le modèle américain du *Deferred Prosecution Agreement* (DPA). En effet, la loi « Sapin II » a institué, en sus du référentiel français de lutte contre la corruption, un dispositif transactionnel qui s'intitule la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)¹⁶⁴⁰. Ce mécanisme autorise plus précisément le Parquet national financier à transiger avec toute personne morale dans le cadre d'infractions limitativement énoncées, en échange de l'abandon des poursuites pénales¹⁶⁴¹. Les infractions concernées visent les atteintes à la probité comme la corruption active et passive, le trafic d'influence, ainsi que le blanchiment de fraude fiscale, à l'exclusion du délit de fraude fiscale¹⁶⁴². Cependant, la mise en place de la CJIP répond à plusieurs conditions et nécessite d'abord l'absence de mise en mouvement de l'action publique. Dans ce cas de figure, la CJIP peut être proposée par le Procureur de la République ou bien décidée au cours de l'information judiciaire, lorsque la personne morale fautive accepte la qualification pénale retenue et décide de reconnaître les faits¹⁶⁴³. La convention ne sera ensuite validée que par l'intervention du président du Tribunal de grande instance qui procèdera au préalable à l'audition, en audience publique, de la personne morale et des victimes assistées de leurs avocats¹⁶⁴⁴. À titre d'illustration, la filiale suisse HSBC Private Bank SA a été la première à accepter de signer une CJIP – qui figure en Annexe 1 de cette étude – avec le Parquet national français suite à sa mise en examen le 18 novembre 2014, pour des faits de démarchages bancaires ou financiers illicites, et de blanchiment aggravé de fraude fiscale dans le cadre de l'affaire « *Swiss Leaks* »¹⁶⁴⁵. Cette première CJIP fait office de symbole et étonne en raison de sa large publicité sur le site de l'AFA mais aussi parce qu'elle intervient tout juste six mois après l'entrée en vigueur du décret n°2017-660 du 27 avril 2017 relatif à la CJIP pour application de la loi « Sapin

¹⁶³⁹ v. *supra* n°424.

¹⁶⁴⁰ Art. 22 de la loi n°2016-1691 dite « Sapin II », JO n°0287, 10 déc. 2016, préc.

¹⁶⁴¹ C.proc.pén. art. 41-1-2.

¹⁶⁴² C.proc.pén. art. 41-1-2 I.

¹⁶⁴³ AYELA (C.), GUINE (J.-P.), « Les effets de la Convention judiciaire d'intérêt public sur la responsabilité pénale des entreprises et des dirigeants », *RLDA*, n°132, 1^{er} déc. 2017.

¹⁶⁴⁴ C.proc.pén. art. 41-1-2 II.

¹⁶⁴⁵ CAZENEUVE (B.), « HSBC et la fraude fiscale : les enjeux de la première convention judiciaire d'intérêt public », 20 déc. 2017, en ligne :

<<https://www.lopinion.fr/edition/economie/hsbc-fraude-fiscale-enjeux-premiere-convention-judiciaire-d-interet-140251>>.

Il » alors que son domaine d'application ne relève absolument pas de la lutte contre la corruption¹⁶⁴⁶.

611. Tout l'enjeu de l'ordonnance de validation réside dans le fait qu'elle n'emporte pas reconnaissance de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. Sur ce point, et à la suite des négociations opérées entre la personne morale et le Parquet, il convient de préciser quelles sont les conséquences liées à la conclusion d'une CJIP. Il va de soi que la personne morale évitera le déroulement d'un procès mais devra au titre de la CJIP, payer une lourde amende d'intérêt public auprès du Trésor public, dans la limite tout de même de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé¹⁶⁴⁷. Dans ce sens, HSBC Private Bank SA a accepté de payer au Trésor public une amende « record » d'intérêt public fixée à 300 millions d'euros qui comprend le versement de 86 millions d'euros au titre de la restitution des profits tirés des manquements constatés, de 72 millions d'euros au titre de la pénalité complémentaire, l'entreprise n'ayant apporté qu'une « coopération minimale aux investigations » et de 142 millions d'euros au titre du préjudice subi par l'État français et mis à la charge de HSBC Private Bank¹⁶⁴⁸. Ce montant de 142 millions d'euros peut laisser perplexe en l'absence de réelle justifications sérieuses quant à son calcul allant jusqu'à remettre en cause le principe d'individualisation des peines¹⁶⁴⁹. Le Parquet pourra également prononcer l'instauration d'un programme de conformité pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption¹⁶⁵⁰. Toutefois, si cette convention présente de nombreux intérêts, elle ne fait pas obstacle à la condamnation des dirigeants personnes physiques qui pourront être poursuivis. Des actions civiles en réparation conduites par des victimes pourront être menées, de même que des actions à l'initiative d'autorités étrangères¹⁶⁵¹.

612. Partant de ce principe, une des principales préoccupations de la loi « Sapin II » était de faire émerger cette logique de justice transactionnelle en France : c'est chose faite, avec l'instauration de procédures pour le moins équivalentes à celles mises en place aux États-Unis

¹⁶⁴⁶ GAUDEMET (A.), DILL (A.), « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *JCP G*, n° 51, 2017, 1331.

¹⁶⁴⁷ ROUSSILLE (M.), JOUFFIN (E.), BOCCARA (M.) « Régulation et conformité : Incidence de la Loi Sapin 2 sur l'organisation et l'activité bancaire », *Banque & Droit*, n°171, Janv.-févr. 2017, p.32.

¹⁶⁴⁸ v. Annexe 1 qui reprend l'intégralité de la Convention judiciaire d'intérêt public passée entre le Procureur de la République Financier près le Tribunal de Grande Instance de Paris et HSBC Private Bank (Suisse) SA, 18 oct. 2017.

¹⁶⁴⁹ MOREL-MAROGER (J.), « HSBC Private Bank Suisse SA, première signataire d'une convention judiciaire d'intérêt public », *Gaz. Pal.*, 27 février 2018, p.71 : « On peut comprendre la volonté du parquet national financier de marquer les esprits dans le cadre de cette première CJIP, mais le moins que l'on puisse dire est que le choix de prononcer le maximum encouru ne fait pas l'objet d'une motivation très précise et montre d'ailleurs que cette forme de justice négociée ne s'accorde pas toujours très bien avec les principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale. ».

¹⁶⁵⁰ C.proc.pén. art. 41-1-2 I 1° et 2°.

¹⁶⁵¹ ROUSSILLE (M.), JOUFFIN (E.), *op. cit.*

dans le cadre des « *Federal Sentencing Guidelines* »¹⁶⁵². Pour autant, la grande différence réside dans le fait que le législateur français n'a pas manifesté son intention de tenir compte de la solidité et de la robustesse des programmes de conformité des entreprises, pour apprécier dans la poursuite des faits de corruption le montant de l'amende transactionnelle. L'instauration de la CJIP, dans ce sens, se présente comme l'un des moyens pour le Parquet national français de rivaliser avec ses homologues anglais et américains dans la répression de la corruption sur la scène internationale, avec pour objectif de modérer leur intervention. On peut donc faire un lien entre les initiatives de conformité et la diplomatie étrangère, la *compliance* pouvant être utilisée dans ce cadre comme « un instrument de politique étrangère »¹⁶⁵³. Forte de son succès, il va de soi que cette pratique française de négociation a vocation à étendre son périmètre à d'autres formes de criminalité en matière environnementale par exemple, en transposant le cadre établi par la loi « Sapin II » au traitement des délits du Code de l'environnement¹⁶⁵⁴. Ce projet d'extension obligerait alors les entreprises et banques françaises à prévenir le risque de dommage écologique, d'atteinte à l'environnement et pourquoi pas le risque de désastre sanitaire avec la mise en place d'un nouveau programme de conformité dédié et la création d'une nouvelle agence de contrôle. Nul doute que la justice transactionnelle en France a encore de beaux jours devant elle.

613. Le déploiement en France d'une justice résolument plus transactionnelle peut constituer une source d'inspiration pour les institutions européennes qui souhaiteraient à plus long terme faire obstacle à l'hégémonie américaine en matière de sanctions des entreprises européennes. On peut dès lors se demander dans quelle mesure la loi « Sapin II » peut avoir une visée européenne (2.).

2. L'extension en Europe de la loi « Sapin II »

614. Contrairement à la législation britannique¹⁶⁵⁵ ou suisse¹⁶⁵⁶, le Parquet français n'a pas prévu pour le moment de prendre en considération le respect des obligations de prévention de la corruption à la charge des entreprises, pour atténuer ou aggraver la responsabilité pénale de la personne morale. La Commission européenne a publié dans ce sens, un document visant à inciter les entreprises à recourir aux programmes de conformité, mais sans pour autant leur permettre d'alléger ou d'aggraver la sanction encourue pour non-respect du droit européen de

¹⁶⁵² v. *supra* n°426.

¹⁶⁵³ MUSCA (X.), *op. cit.*, p.43.

¹⁶⁵⁴ PERRIER (J-B), « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une *compliance* environnementale », *D.*, 2020, p.396.

¹⁶⁵⁵ UK Bribery Act.

¹⁶⁵⁶ Art. 102 du C. pén. de droit suisse.

la concurrence¹⁶⁵⁷. Cette pratique se distingue de celle menée par l'Autorité de la concurrence qui s'attache à alléger le montant de la sanction pécuniaire de 5 à 15 % lorsque l'établissement fautif s'engage, en cours d'instance, à mettre en œuvre un dispositif de conformité ou à améliorer le dispositif existant dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs¹⁶⁵⁸. Sur ce point, l'Autorité de la concurrence précise dans un document-cadre¹⁶⁵⁹ les bonnes pratiques à retranscrire en interne pour assurer le succès des programmes de conformité aux règles de la concurrence. Dès lors, l'entreprise qui a accepté un engagement de mise en place d'un programme de conformité auprès de l'Autorité de la concurrence devra justifier de cet engagement et fournir les diligences nécessaires à sa crédibilité. En outre, les expériences les moins récentes des programmes de conformité en droit de la concurrence se retrouvent aux États-Unis, au Royaume-Uni ou encore au Canada, où il existe également depuis les années 1980 une réelle prise en compte par les autorités des dispositifs de *compliance*, tant au niveau des poursuites que des sanctions¹⁶⁶⁰.

615. De ce fait, il est probable d'envisager que les différentes initiatives déployées en droit français et dans les autres droits nationaux serviront de source d'inspiration pour l'Union européenne, et garantiront aux entreprises européennes une forme de compensation publique lorsque des dispositifs internes seront mis en place. C'est ici tout l'enjeu d'une extension au niveau européen de la loi « Sapin II »¹⁶⁶¹, qui nécessiterait d'accroître la liste des infractions qui relèvent déjà de la juridiction du Parquet européen, à savoir la lutte contre la fraude à la TVA et le budget européen, ainsi que d'autres infractions connexes¹⁶⁶². On peut croire qu'à terme la compétence du Parquet européen et de son collège de procureurs européens évoluera et s'étendra en toute logique aux faits de corruption, de blanchiment et de fraude à dimension transfrontière¹⁶⁶³. Pour contrer l'extraterritorialité du droit américain, l'Union européenne doit donc définir un socle de diligences à mettre en œuvre par les entreprises et banques européennes en matière de *compliance*, pour garantir l'efficacité des programmes de

¹⁶⁵⁷ Comm. (UE), *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules*, Nov. 2011, en ligne : <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-fr>>.

¹⁶⁵⁸ LEDOUX (V.), RODA (J.-C.), « Les "compliance programs" en droit de la concurrence », CCC, n°12, Déc. 2007, Étude 14.

¹⁶⁵⁹ Autorité de la concurrence, *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence*, Autorité de la concurrence, 10 févr. 2012, en ligne : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf>.

¹⁶⁶⁰ KOEHLER DE MONTBLANC (M.), « Exigence de conformité », RLC, n°33, 1^{er} oct. 2012, p.100.

¹⁶⁶¹ TOLLET (N.), « La France, suiveuse ou contributrice à la prévention mondiale de la corruption ? - La loi Sapin 2 a-t-elle une vocation européenne voire internationale ? », CDE, n°5, Oct. 2018, Doss. 36.

¹⁶⁶² Parl. (UE), « Communiqué de presse - Feu vert du PE à la création d'un Parquet européen pour lutter contre la fraude », 5 oct. 2017, en ligne :

<<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20171002IPR85127/feu-vert-du-pe-a-la-creation-d-un-parquet-europeen-pour-lutter-contre-la-fraude>>.

¹⁶⁶³ MARIN (J.-C.), « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? » in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.70.

conformité¹⁶⁶⁴. L'instauration en droit européen de nouvelles obligations juridiques de prévention du risque de crime financier – incluant plus largement la lutte contre la corruption, la LCB-FT, la lutte contre les conflits d'intérêts, le respect des sanctions internationales – à la charge des professionnels, devra ainsi être encadrée au sein des programmes de conformité. En sus, pour mesurer l'efficacité et contrôler ces dispositifs de conformité, la création d'une institution européenne de référence, qui agira sur le modèle de l'Agence française anticorruption, devra être envisagée¹⁶⁶⁵. L'objectif annoncé sera alors de rivaliser avec les autorités de poursuites américaines en donnant les moyens aux institutions européennes de sanctionner à leur tour les grands groupes américains établis sur le sol européen et d'entrer en négociation avec eux sur le fondement d'un « DPA à l'europpéenne »¹⁶⁶⁶. C'est la raison pour laquelle le cadre de l'Europe de la *compliance* doit être posé dès à présent pour espérer d'ici quelques années faire baisser la pression croissante des sanctions américaines.

616. Toutefois, au-delà de la mise en place opérationnelle d'une Europe de la *compliance* en réaction à l'extraterritorialité du droit américain, celle-ci doit au préalable se développer de manière autonome. C'est la raison pour laquelle il convient de s'intéresser à l'identité propre et aux vertus d'un modèle européen de conformité qui restent à définir (B.).

B. Les vertus d'un modèle européen de *compliance*

617. L'Europe de la *compliance* donne lieu à de nombreux échanges entre les acteurs du secteur et se présente aujourd'hui comme un projet en devenir, une réalité à construire. En effet, il n'existe à ce jour pas de réel obstacle institutionnel à la mise en place d'un modèle commun de conformité. Comme certains auteurs le soulignent, il revient aux entreprises, aux autorités de régulation et aux juridictions européennes de nouer un « pacte de confiance » pour mettre en place un cercle vertueux sur lequel peut prospérer la *compliance*¹⁶⁶⁷. Même si la grande difficulté consiste à encadrer des normes qui ne sont autres que diffuses et souples, tout l'enjeu consiste à communiquer et à se rapprocher de la société civile, en articulant des mécanismes déjà existants. Sur ce point et comme évoqué précédemment¹⁶⁶⁸, les institutions européennes font d'ores et déjà la promotion des mécanismes de conformité par le biais de la RSE et encouragent les professionnels à y recourir. Dès lors, les conditions à la mise en œuvre d'une Europe de la *compliance* résident dans l'instauration d'une doctrine et des instruments pour veiller au respect de cette doctrine¹⁶⁶⁹. Pour ce faire, il incombe aux institutions

¹⁶⁶⁴ AYELA (C.), GUINE (J.-P.), *op. cit.*

¹⁶⁶⁵ TOLLET (N.), *op. cit.*

¹⁶⁶⁶ v. *supra* n°424.

¹⁶⁶⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Régulation, Supervision, Compliance*, *op. cit.*, p.14.

¹⁶⁶⁸ v. *supra* n°572.

¹⁶⁶⁹ VIMONT (P.), « La nécessité de respecter et d'utiliser les processus politiques de la construction européenne, même dans les techniques de compliance », Conférence organisée par The Journal of

européennes de promulguer des valeurs et des normes de conduite qui soient communes à tous et transposables au sein des acteurs privés de l'Union européenne. L'instauration d'un socle de valeurs européennes devient d'ailleurs de plus en plus pressante, car on peut observer au fil des années que les valeurs véhiculées dans le cadre des programmes de conformité, constituant de vrais modèles de référence en Europe, proviennent majoritairement de grandes multinationales américaines¹⁶⁷⁰. Dès lors, pour échapper à la diffusion massive d'une culture anglo-saxonne et de principes satisfaisants à la réglementation américaine, les institutions européennes doivent réagir et définir rapidement l'ADN européen de la conformité en concertation avec la société civile. Un dialogue - qui s'est déjà illustré pour spécifier ce qui rentre dans le champ de la supervision, notamment en matière de secret professionnel¹⁶⁷¹ - doit avoir lieu entre les acteurs privés, les superviseurs et le juge européen. Toutefois, il va de soi que la protection des intérêts des entreprises européennes par les autorités publiques ne pourra être assurée que si l'Europe affirme sa « propre puissance », sans pour autant entrer dans un rapport de force avec les autorités américaines¹⁶⁷².

618. Tout l'enjeu de cette réflexion repose sur la construction d'engagements collectifs propres à l'Union européenne et partagés par tous au sein d'un modèle européen de *compliance*. En effet, l'Europe souffre aujourd'hui d'un manque d'identité, matérialisé par l'absence de valeurs et des pratiques communes promulguées au sein des agents et entreprises européennes. La mise en place d'exigences strictes et claires de comportements à adopter au niveau européen en matière de respect des normes viendrait progressivement combler ces lacunes identitaires et permettrait de garantir une unité culturelle par le biais d'une « convergence de comportements »¹⁶⁷³. Cette « diplomatie juridique européenne »¹⁶⁷⁴ pourrait dès lors permettre de contrer l'asymétrie de puissance existante entre les grandes

Regulation & Compliance dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 30 mai 2018 en ligne :

<<http://thejournalofregulation.com/fr/article/pierre-vimont-souligne-la-necessite-de-respecter-l/>>.

¹⁶⁷⁰ DAIGRE (J.-J.), « La compliance comme une opportunité pour les entreprises européennes », Conférence organisée par *The Journal of Regulation & Compliance* dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 30 mai 2018 en ligne : <<http://thejournalofregulation.com/fr/article/jean-jacques-daigre-presente-la-compliance-comme-u/>>.

¹⁶⁷¹ BONNEAU (Th.), « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », *op. cit.*, p.92.

¹⁶⁷² MUSCA (X.), « Ce que l'Europe de la compliance peut faire pour les entreprises et ce que les entreprises par la compliance peuvent faire pour l'Europe », Conférence organisée par *The Journal of Regulation & Compliance* dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 30 mai 2018 en ligne :

<<http://thejournalofregulation.com/fr/article/xavier-musca-expose-ce-que-leurope-de-la-complianc/>>.

¹⁶⁷³ SELLAL (P.), « Le Droit de la Compliance contribue à la construction européenne en palliant les faiblesses de celle-ci », Conférence organisée par *The Journal of Regulation & Compliance* dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 6 sep. 2018 en ligne :

<<http://thejournalofregulation.com/fr/article/dans-la-conference-du-6-septembre-2018-pierre-sell/>>.

¹⁶⁷⁴ VIMONT (P.), « La nécessité de respecter et d'utiliser les processus politiques de la construction européenne, même dans les techniques de compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.49.

multinationales qui ont la force et la richesse de véritables États et les pouvoirs publics, souvent dépassés par les comportements de ces acteurs privés du secteur. À titre d'illustration, la création d'un code de conduite et la conception de « mécanismes propres à se conformer aux règles »¹⁶⁷⁵ au niveau européen, repris par les principales banques et établissements financiers, constitueraient une première avancée au regard de l'idéal d'un projet européen de conformité. Leur déploiement au sein de l'espace européen et en dehors, enverrait alors un message fort d'unité et d'indépendance européenne, ce qui contribuerait grandement à renforcer les initiatives d'Union bancaire et de régulation du secteur bancaire et financier déjà en place.

619. Enfin, il convient de retenir qu'il existe aujourd'hui et depuis la mise en place de la loi « Sapin II » de nombreuses initiatives de conformité au sein des entreprises et des établissements bancaires et financiers qui répondent à la défense d'intérêts généraux divers et variés. Toutefois, l'encadrement progressif de ces initiatives à travers par exemple la répression de la prévention du risque de corruption, manque aujourd'hui fortement de cohérence et aboutit au douloureux constat d'une duplication des mécanismes de conformité existants au sein des banques pour se conformer aux attentes des autorités de régulation nouvellement créées. Pour renforcer durablement le système normatif de régulation du secteur bancaire et financier, il est primordial de définir un socle commun de valeurs nationales et européennes porté par les institutions européennes et les autorités de régulation nationales, que les banques et plus largement les entreprises pourront adapter et intégrer facilement dans leurs systèmes et processus internes. La concertation européenne entre ces différents acteurs est à privilégier pour contrer l'hégémonie américaine en matière de sanctions des entreprises européennes. Il est nécessaire également de donner un ordre de priorité aux enjeux nationaux que ces acteurs souhaitent défendre, pour permettre aux professionnels du secteur de suivre et d'être en mesure de se conformer intelligemment aux exigences des régulateurs.

¹⁶⁷⁵ SELLAL (P.), « Le Droit de la Compliance contribue à la construction européenne en palliant les faiblesses de celle-ci », *op. cit.*

Conclusion du Chapitre I

620. Il faut rappeler que la consécration législative des normes de *soft law a minima* d'origine publique qui réside principalement par l'affirmation du pouvoir réglementaire des autorités de régulation qui en sont aujourd'hui dépourvues, peut constituer un premier élément de réponse pour donner au système normatif plus de crédibilité et de force. Il incombe au législateur et aux autorités de régulation de s'accorder pour lever l'ambiguïté du droit souple et redonner au processus normatif actuel une solidité qui est fondamentale pour limiter la dilution de responsabilités entre les acteurs du secteur.

621. L'encadrement juridique progressif de la *compliance* impose aux autorités publiques de préciser davantage quelles sont les exigences qui pèsent à la charge des banques et plus largement des entreprises dans la prévention de certains comportements portant atteinte à l'intérêt général. Cette mouvance doit s'accompagner nécessairement d'une homogénéisation des pratiques et obligations pour permettre aux professionnels du secteur de disposer d'un référentiel général mais adapté aux risques encourus par leurs différentes activités. Pour ce faire, les institutions européennes doivent se saisir du sujet de la conformité et imposer un cadre commun de valeurs essentielles qui viendra concurrencer le modèle américain. Dans ce sens, le Règlement Général de Protection des Données Personnelles¹⁶⁷⁶ est une belle réussite européenne dans la prise en compte d'un enjeu de taille, la protection des données et doit constituer une source d'inspiration dans la construction d'un modèle européen de *compliance*¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁶ v. *supra* n°297. FAUVARQUE-COSSON, « Protection des données personnelles », *D.*, 2018, p.1033 ; MAXWELL (W.), ZOLYNSKI (C.), « Protection des données personnelles », *D.* 2019, p.1673 : « le RGPD [...] promeut une logique de compliance visant à renforcer la responsabilité de l'ensemble des acteurs de la chaîne de vie de la donnée. ».

¹⁶⁷⁷ Pour plus d'information, v. SELLAL (P.), « Le Droit de la Compliance contribue à la construction européenne en palliant les faiblesses de celle-ci », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2019, p.53.

Chapitre II : L'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier

622. Notre réflexion nous amène à envisager l'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier avec une vision prospective des défis qui l'attendent.

623. Dans une première section, nous dresserons un premier constat quant à la lassitude latente des acteurs du secteur à recourir aux initiatives d'autorégulation et de corégulation (Section I). Nous expliquerons comment la dominance de la défense d'intérêts privés ou encore le manque de représentativité participeront à diminuer à plus long terme, l'attrait de ces modes alternatifs de régulation à la réglementation. En conséquence de cet essoufflement progressif, nous réfléchirons plus largement à l'opportunité de renouveler l'action des pouvoirs publics. A cet effet, nous soulèverons l'hypothèse d'un sursaut autoritaire des autorités de régulation manifesté par leur volonté d'encadrer et de contrôler davantage les initiatives privées de conformité émanant des professionnels du secteur. Puis, nous envisagerons l'horizon du droit de la régulation dont la rénovation a déjà fait l'objet de plusieurs contributions. Nous détaillerons l'enjeu de la création d'une nouvelle branche du droit, le droit de la *compliance* et alimenterons les réflexions quant à son incidence sur le droit de la régulation.

624. Ensuite, nous nous intéresserons davantage à la *compliance* pour tenter de déterminer si celle-ci est capable de représenter ou non, un réel investissement pour le futur des établissements bancaires et financiers (Section II). Pour ce faire, nous analyserons tout d'abord, les effets contre-productifs que peuvent générer les programmes de conformité à travers la pratique du « *de-risking* ». Ce principe d'évitement du risque pratiqué par certains établissements sera ainsi largement étudié tout comme ces répercussions sur le secteur. Puis, nous aborderons les challenges auxquels la fonction de conformité est de plus en plus confrontée dans le déploiement de son activité, à savoir la révolution digitale ou encore l'industrialisation des programmes. Enfin, nous finirons par évoquer l'impact de changements structurels et politiques tels que le « *Brexit* », qui sont à l'origine de nouvelles attributions au sein des équipes de « *compliance officers* ».

Section I : Les perspectives d'évolution de l'autorégulation et de corégulation

Section II : La *compliance*, un investissement pour l'avenir des établissements bancaires et financiers ?

Section I: Les perspectives d'évolution de l'autorégulation et de la corégulation du secteur bancaire et financier

625. Face à la multiplication ces dernières années des codes de conduite, programmes de conformité et autres initiatives de régulation informelle, on peut valablement imaginer que l'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier va reposer davantage sur la capacité des agents et entreprises à s'autoréguler voire à coréguler en accompagnant l'action législative. Pour autant, notre réflexion nous amène à penser que les perspectives d'évolution de ces modes complémentaires de régulation en matière bancaire et financière semblent à plus long terme compromises laissant croire à leur essoufflement progressif (§1). Nous tenterons également de déterminer dans un second temps quel sort est susceptible d'être réservé dans les années à venir, au droit de la régulation face à la soi-disant montée en puissance du « droit de la *compliance* » (§2).

§1 L'essoufflement progressif des initiatives d'autorégulation et de corégulation

626. Les mécanismes de régulation alternatifs à la réglementation dite « classique » ne trouvent un sens et une légitimité que sous réserve de remplir un certain nombre de critères qui participent à leur succès. Ainsi, en l'absence de certains facteurs et prérequis indispensables à la mise en place et à la durabilité de ces initiatives d'autorégulation et de corégulation, celles-ci ont vocation à s'essouffler (A.). En sus, le renforcement de la surveillance des instruments de régulation informelle par les autorités de régulation est annonciateur d'un « sursaut autoritaire » à venir qui pourrait conduire à freiner davantage le déploiement de ces mécanismes (B.).

A. Les facteurs d'échec des mécanismes d'autorégulation et de corégulation

627. La réussite des initiatives d'autorégulation et de corégulation tient en premier lieu à une démarche d'intérêt général et à une forte adhésion des destinataires de la norme. Dès lors, la prise en compte grandissante d'intérêts privés lors de la conception et de la mise en application de ces dispositifs (1.) tout comme l'absence de représentativité des acteurs de l'autorégulation et de la corégulation (2.) vont à l'encontre de l'utilité première pour laquelle ces instruments de régulation informelle ont été conçus et conduisent à diminuer leur attrait au fil du temps.

1. La défense grandissante d'intérêts privés

628. Les mécanismes d'autorégulation et de corégulation ont été présentés il y a quelques années comme des outils novateurs de régulation des comportements, reposant principalement sur la confiance des destinataires de la norme¹⁶⁷⁸. L'utilité revendiquée par ces modes alternatifs de création de la norme trouvait son fondement dans l'instauration d'une approche d'intérêt général, traduite à plusieurs reprises par un besoin concret des organisations professionnelles et des praticiens. En effet, les différentes initiatives déployées dans ce sens avaient pour ambition principale de combler une lacune juridique et de mieux répondre aux attentes des acteurs du secteur bancaire et financier, face à l'inertie de la réglementation traditionnelle. La responsabilisation de la société civile et son inclusion dans l'élaboration de la norme de droit par la voie de la corégulation a donné naissance à une « réglementation concertée »¹⁶⁷⁹, mais aussi à un soutien fort des parties intéressées au respect de la norme. Le succès de ces mécanismes de corégulation et d'autorégulation s'est manifesté par la volonté d'imputer plus de transparence dans la pratique et une cohérence des intérêts afin de dégager des avantages concurrentiels par rapport à ceux découlant de la législation traditionnelle, bien que ceux-ci demeurent tout de même très difficilement mesurables¹⁶⁸⁰. En prime, l'appui des pouvoirs publics et du législateur dans la mise en place de cette action et de ce partage de responsabilités a ouvert de nouveaux horizons dans l'encadrement normatif des pratiques de la profession bancaire et financière. A cet égard, on peut constater au fil des années que les acteurs privés du secteur qui ont fait le choix de développer un code de conduite ou des initiatives d'autorégulation se sont attachés au fait de concevoir par eux-mêmes et de mettre en application leurs propres standards. Leur implication également au sein d'une corégulation législative leur a donné une place privilégiée pour évaluer les incidences ou le rapport coût/avantage de l'action législative, conférant par là même un caractère presque « contractuel »¹⁶⁸¹ au processus législatif moderne.

629. Partant de ce constat, il semble que les établissements bancaires et financiers aient cherché à faire prévaloir avec de plus en plus d'intensité la prise en compte de leurs intérêts privés dans la mise en place de ces démarches d'autorégulation et de corégulation. À titre d'illustration, en matière de rémunérations des dirigeants, la pratique a longtemps relevé uniquement du *soft law* avec pour seul cadre le code AFEP-MEDEF. Pour autant, on assiste

¹⁶⁷⁸ CESE, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne »*, Comité économique et social européen, 22 avr. 2015, p.27, JOUE 2015/C291/05, 4 sept. 2015, en ligne : <<https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/autoregulation-et-coregulation>>.

¹⁶⁷⁹ v. *supra* n°414.

¹⁶⁸⁰ v. *supra* n°441.

¹⁶⁸¹ CESE, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne »*, *op. cit.*, p.28.

depuis quelques années à une vraie consécration législative des principes de gouvernement d'entreprise en matière de rémunérations des dirigeants, marquée par les modifications successives du Code de commerce avec la loi « TEPA » du 21 août 2007 ou encore la dernière en date, la loi « PACTE » du 22 mai 2019¹⁶⁸². À cet effet, il convient d'adopter une approche plus critique pour comprendre les objectifs réels de l'autodiscipline. Au-delà de l'aspect économique visant à promouvoir une gestion éthique de la banque vis-à-vis du client¹⁶⁸³, il faut reconnaître que « les professionnels préfèrent mettre de l'ordre dans leur maison plutôt que de voir l'État le faire plus "lourdement" »¹⁶⁸⁴. Les praticiens se sont donc attribués ces dernières années le monopole de l'autorégulation – plus que de la corégulation – qu'ils ont utilisé à des fins privées pour normaliser des comportements et usages, dans une stratégie d'évitement de la contrainte. Sur ce point, si les codes de conduite ou chartes éthiques énumèrent un certain nombre de principes et de valeurs pour façonner vers l'extérieur « l'image de marque » de la profession, aucun ne prévoit dans son contenu l'intervention des pouvoirs publics¹⁶⁸⁵. Bien loin de l'objectif de transparence, sur lequel repose le succès des mécanismes de régulation informelle, certaines initiatives d'autorégulation ont pu se retrouver discréditées lorsqu'elles constituaient un véritable « cheval de Troie », cachant la triste vérité du non-respect de la réglementation applicable. En témoigne l'afflux constant de sanctions prononcées par les régulateurs à l'encontre des établissements bancaires et financiers, qui démontre la perte de confiance des pouvoirs publics vis-à-vis des promoteurs de ces initiatives d'autorégulation. De surcroît, il va de soi que le recours grandissant par les autorités publiques aux instruments de *reporting*, a pour but de tempérer ce monopole et d'assurer un suivi plus important de ces mécanismes d'autorégulation. De même, le procédé d'homologation des codes de conduite privés par le régulateur bancaire¹⁶⁸⁶ a pour effet de diminuer la marge de manœuvre des professionnels dans l'utilisation de l'autorégulation et a vocation à étendre la voie de la corégulation.

630. En somme, il semble que le soutien et l'engagement des pouvoirs publics ou du législateur se font de plus en plus rares face à la défense par les professionnels de leurs intérêts économiques et financiers. La bataille entre la prise en compte de prérogatives privées et la défense d'intérêts publics est déjà bien engagée, réduisant petit à petit le monopole des professionnels dans l'élaboration des initiatives d'autorégulation. Le glissement vers la corégulation et la mise en place d'un cadre réglementaire classique ne peut donc que

¹⁶⁸² v. *supra* n°334.

¹⁶⁸³ v. *supra* n°126.

¹⁶⁸⁴ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, 1982, p.51.

¹⁶⁸⁵ LAROUER (M.), *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018. [Doctorat : Droit privé : Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 2016], p.323.

¹⁶⁸⁶ v. *supra* n°449.

progresser à l'avenir, face au manque de représentativité des acteurs du secteur bancaire et financier dans l'instauration de ces mécanismes (2.).

2. L'absence de représentativité des acteurs de l'autorégulation et de la corégulation

631. La crédibilité et l'efficacité des dispositifs de régulation informelle repose directement sur la capacité des signataires à se conformer durablement à ce pourquoi ils s'engagent. À cet effet, la réussite d'une action d'autorégulation ou de corégulation tient à l'implication au démarrage des parties intéressées, afin d'organiser les échanges et les débats permettant de mener à bien le processus décisionnel. À travers l'appréhension d'intérêts divergents et la rencontre de différents acteurs privés et publics, la mise en œuvre de ces démarches peut s'avérer plus difficile à mener qu'une action législative classique. Dès lors, il incombe aux acteurs qui participent à l'élaboration de ces dispositifs de disposer de moyens suffisants pour assurer leur légitimité et permettre par la suite la reconnaissance de la norme par ses destinataires¹⁶⁸⁷. La représentativité du ou des signataires doit transparaître indéniablement dans leur capacité à agir, au regard de la défense des intérêts poursuivis. À titre d'exemple, l'adhésion des praticiens aux associations et organisations professionnelles du secteur est primordiale pour faire valoir les intérêts de la profession bancaire et accroître la représentativité de celle-ci lors de la signature d'accords interprofessionnels par exemple¹⁶⁸⁸.

632. En outre, on a pu observer ces dernières années la faible représentativité de certains codes de conduite et autres initiatives d'autorégulation, qui semblent bien éloignés de la réalité des pratiques adoptées en interne. La profusion de normes dans l'entreprise, associée à des responsabilités juridiques diffuses peut conduire à des défaillances et au non-respect des engagements pris par l'entreprise¹⁶⁸⁹. Au-delà de l'action quotidienne du responsable de la conformité, lorsque la motivation intrinsèque des plus hautes instances de direction fait défaut, le déploiement de programmes de conformité a un effet cosmétique et peut même faire empirer la situation, avec une surréaction des marchés. Ainsi, on peut constater que certains établissements bancaires et financiers ont démesurément augmenté voire dopé leurs effectifs au sein de la fonction de conformité pour servir les objectifs affichés des régulateurs¹⁶⁹⁰. Ce phénomène de « ruée vers la conformité », s'il est mal expliqué et mal compris par les équipes opérationnelles, peut constituer un véritable frein à la productivité des établissements qui aboutira à une incompréhension totale de son utilité. Sur ce point, il est fondamental que la

¹⁶⁸⁷ CESE, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne »*, op. cit., p.28.

¹⁶⁸⁸ v. *supra* n°391.

¹⁶⁸⁹ SCHANZE (E.), « Conformité, autorégulation et efficacité économique », *JCP E*, n°30, 26 juill. 2012, 1469, p.23 : À titre d'illustration, on peut penser à l'affaire « Kerviel-Société Générale ».

¹⁶⁹⁰ Les Échos, « La conformité dans les banques passe un cap », 15 mars 2016, en ligne : <https://www.lesechos.fr/15/03/2016/LesEchos/22150-138-ECH_la-conformite-dans-les-banques-passe-un-cap.htm>: Entre 2014 et 2015, les effectifs des banques BNP-Paribas, Société Générale, Groupe Crédit Agricole se sont largement étoffés.

direction en complément de l'action du Responsable de la conformité comprenne les enjeux réglementaires et législatifs associés à la mise en place de ces programmes de conformité pour retranscrire dans son discours l'importance de s'y conformer. Dès lors, pour éviter l'essoufflement de ces mécanismes d'autorégulation et de corégulation, il faut restaurer l'adhésion des parties prenantes aux valeurs communes, et étendre leur représentativité à d'autres acteurs tels que les institutions représentatives du personnel ou encore les organisations non-gouvernementales, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui¹⁶⁹¹.

633. Il résulte de cette réflexion que l'absence de représentativité des acteurs de l'autorégulation et de la corégulation contribue à l'essoufflement progressif de ces initiatives. La crédibilité de ces mécanismes est d'ailleurs fortement remise en cause par l'utilisation de dispositifs de plus en plus standardisés qui cherchent désespérément à combler les attentes du régulateur. En outre, bien que les établissements bancaires et financiers prévoient un cadre de contrôle interne au soutien du respect des initiatives d'autorégulation, la surveillance de ces mécanismes s'est accentuée récemment par davantage de suivi et de contrôles externes. Les pouvoirs publics ont manifesté de manière croissante la volonté de s'immiscer dans le processus d'élaboration et de la mise en application de la norme privée, ce qui manifeste un véritable « sursaut autoritaire » de leur part (B.).

B. Le « sursaut autoritaire » des autorités de régulation

634. En conformité avec l'arrêté du 3 novembre 2014, les établissements bancaires et financiers de la place ont déployé un dispositif de contrôle interne qui permet de détecter des anomalies et de traiter les insuffisances relevées au sein même de leur organisation. Comme évoqué précédemment¹⁶⁹², la structuration du contrôle interne repose dans un premier temps sur un ensemble de contrôles permanents diligentés en premier et en second niveau, mais également sur le contrôle périodique dont la mise en œuvre est assurée par le département d'audit interne. Le cadre de l'« autocontrôle » exercé par l'établissement, permet de tester l'efficacité du programme de conformité et de rendre compte de sa robustesse¹⁶⁹³. Pour autant, confier aux salariés la gestion du contrôle de l'application des normes de conduite et autres standards dégagés par la direction de l'établissement peut soulever des questions quant à l'objectivité de la démarche d'autorégulation¹⁶⁹⁴. En effet, bien que l'indépendance de l'audit interne soit un prérequis indispensable à l'exercice de la fonction, il va de soi que le lien de

¹⁶⁹¹ PEREIRA (B.), « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue Management et Avenir*, n°21, 2009, p.64 : « En effet, on assiste actuellement à une multiplication des accords ONG-Entreprises, face au besoin de légitimation des entreprises confrontées aux pressions de la société civile. ».

¹⁶⁹² v. *supra* n°432.

¹⁶⁹³ v. *supra* n°441.

¹⁶⁹⁴ LAROUER (M.), *op. cit.*, p.337.

subordination entre les salariés et la société contrebalance nécessairement l'objectivité des contrôles. C'est la raison pour laquelle les autorités de régulation du secteur bancaire et financier ont les moyens de contrôler sur pièce ou sur place les professionnels régulés¹⁶⁹⁵. Ce contrôle externe exercé par les régulateurs trouve son appui en sus, sur un ensemble de *reportings* en matière de conformité, imposés aux praticiens sur une fréquence annuelle. Les rapports ainsi produits tels que le rapport de contrôle interne dédié à la LCB-FT¹⁶⁹⁶ ou encore le questionnaire lutte anti-blanchiment¹⁶⁹⁷ rendent compte du dispositif de conformité en place et renforcent la surveillance de celui-ci par l'autorité de tutelle.

635. Dans ce contexte, on peut imaginer que les régulateurs vont chercher à l'avenir à consolider davantage la surveillance et l'autorité qu'ils exercent à l'encontre des professionnels régulés, pour s'immiscer un peu plus dans l'élaboration et la mise en application de la norme privée. Sur ce point, on peut envisager que l'ACPR, sur le modèle de l'AMF en matière de gouvernance d'entreprise¹⁶⁹⁸, va au cours des prochaines années analyser toutes les initiatives d'autorégulation et de corégulation entreprises par les établissements assujettis à son contrôle. Des guides et standards pourront être adoptés par le régulateur pour insuffler auprès de la profession bancaire des valeurs et principes de référence, communs à tous les établissements de la place vers davantage d'uniformisation. Tout l'enjeu sera alors de faire évoluer cette documentation au regard des avancées réglementaires et législatives pour veiller à une adaptation constante des instruments existants. Cette immixtion du régulateur aura également pour objectif de délimiter plus en profondeur les bonnes pratiques de la profession bancaire pour réguler davantage les comportements et pourquoi pas aller jusqu'à délivrer des labels de référence auprès de certains professionnels.

636. On peut envisager que les autorités de régulation françaises vont, à terme, très largement s'inspirer de la base de données du Comité économique et sociale européen (CESE), pour répertorier toutes les initiatives d'autorégulation et de corégulation des acteurs français du secteur bancaire et financier. En effet, le CESE a pris l'initiative de créer un répertoire comportant plus d'une centaine d'actions d'autorégulation et de corégulation de divers secteurs, déployées au niveau européen, « c'est-à-dire impliquant plus d'un État membre

¹⁶⁹⁵ v. *supra* n°137.

¹⁶⁹⁶ ACPR, « Canevas sur le rapport de contrôle interne », Juill. 2018, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180705_article_revue_acpr.pdf>.

¹⁶⁹⁷ ACPR, *Instr. n°2018-I-05 modifiant l'instr. n°2017-I-11 relative aux informations sur le dispositif de prévention du blanchiment de capitaux et de financement des activités terroristes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2018, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/12/14/192._instruction_2018-i-05.pdf>.

¹⁶⁹⁸ v. *supra* n°565 : AMF, *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, Autorité des Marchés Financiers, 30 mars 2016, en ligne : <https://www.amf-france.org/sites/default/files/contenu_simple/rapport_etude_analyse/gouvernement_entreprise/Etude%20comparee%20%20les%20codes%20de%20gouvernement%20d%27entreprise%20dans%2010%20pays%20europeens.pdf>.

de l'Union »¹⁶⁹⁹. L'objectif premier de ce répertoire est de pouvoir assurer un suivi régulier et un contrôle de ces initiatives par la Commission européenne pour garantir leur mise en œuvre et leur tenue à jour. Tout l'intérêt de ce travail réside dans la surveillance constante de l'évolution de ces actions, qui peuvent démarrer d'un instrument juridique contraignant tel qu'une directive européenne et se mouvoir ensuite, par le biais de la transposition étatique, en initiatives privées. À l'inverse, la démarche d'autorégulation peut démarrer d'une création privée comme un code de conduite pour par la suite être intégrée par la Commission européenne dans un « acte de nature non législative (sous forme de recommandation, résolution, livre blanc ou vert, communication, charte, etc.) » ou encore en dernière étape au sein « d'un acte juridique de nature législative (directive, règlement, décision) »¹⁷⁰⁰. Dans ce sens, et au-delà d'une simple homologation des codes de conduite, on peut donc penser que le régulateur bancaire français souhaitera conférer une valeur juridique contraignante à certains instruments d'origine privée pour améliorer leur applicabilité et donner aux destinataires de la norme une raison supplémentaire de s'y conformer.

637. On peut donc croire que les autorités de régulation vont faire preuve d'un vrai « sursaut autoritaire » en encadrant davantage la production et le suivi de ces initiatives d'autorégulation et de corégulation, dans la perspective de limiter leur prolifération et d'accroître leur efficacité. De plus, il est intéressant de se poser la question comme d'autres auteurs l'on fait avant nous, du sort réservé au droit de la régulation face à la progression de la *compliance* (§2).

§2 L'horizon du droit de la régulation

638. Certains auteurs se sont plu à envisager la rénovation du droit de la régulation actuel au profit du « droit de la *compliance* », qui a fait son apparition récemment dans les ouvrages dédiés au droit de la régulation (A.). Pour autant, cette conception spécifique de la *compliance* doit être pondérée au regard de plusieurs facteurs de résistance qui viennent éclaircir au contraire, l'horizon du droit de la régulation (B.).

A. La montée en puissance du « droit de la *compliance* », une nouvelle branche du droit ?

639. Plusieurs auteurs s'accordent à dire que le droit de la régulation a de grandes chances de se transformer dans les années à venir, fortement secoué par la potentielle montée en puissance d'une nouvelle branche du droit, le « droit de la *compliance* » illustrée aujourd'hui par la mise en place d'un véritable Code de la *compliance*¹⁷⁰¹. Avant de se précipiter pour

¹⁶⁹⁹ CESE, « Guide de la base de données », en ligne : <<https://www.eesc.europa.eu/fr/guide-de-la-base-de-donnees#downloads>>.

¹⁷⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁷⁰¹ BOURSIER (M-E), FEUGERE (W.), *Code de la compliance*, 1^{ère} éd., Dalloz, 2021.

intégrer cette notion dans le jargon juridique, il convient d'en déceler les contours (1.) pour mieux comprendre son impact sur le droit de la régulation (2.).

1. Les contours du « droit de la *compliance* »

640. La notion de « droit de la *compliance* » s'est illustrée à maintes reprises dans les travaux du Professeur Marie-Anne Frison-Roche, qui lui donne ses lettres de noblesse. En effet, ce concept de « droit de la *compliance* » se traduit, dans la capacité d'un dispositif normatif à appréhender une situation avant même qu'elle ne se produise. La genèse de cette notion réside alors dans la prise en compte en amont par l'entreprise elle-même de l'intérêt qu'elle a à se conformer aux normes et règles de droit, loin du schéma classique d'édiction de la règle par le législateur et de son respect par l'organisme assujéti¹⁷⁰². Au regard de cette conception, la *compliance* n'est pas seulement réduite à une méthode d'internalisation des règles de droit au sein de l'entreprise, guidée par un principe d'efficacité. Elle dépasse le libre fonctionnement du marché en incarnant des objectifs plus importants que la simple recherche de la performance économique et financière. Elle se conçoit donc comme un droit nouveau qui permet la concrétisation par les banques de missions relevant habituellement du service public. Plus précisément, face au recul d'un véritable ordre international de lutte contre la criminalité financière, les pouvoirs publics ont demandé aux établissements bancaires et financiers de bénéficier de leurs actions pour les aider à limiter davantage ce fléau. Cette « chasse collective »¹⁷⁰³ des acteurs privés et publics qui a été instituée depuis quelques années, va, pour certains, prendre de plus en plus d'ampleur et constituer à l'avenir une branche du droit à part entière¹⁷⁰⁴. Le « droit de la *compliance* » trouverait alors sa justification bien au-delà d'une approche sectorielle de régulation des comportements et de la simple prévention et gestion des risques de systèmes régulés¹⁷⁰⁵.

641. La réflexion sur l'avenir de la *compliance*, nourrie par les travaux du Professeur Marie-Anne Frison-Roche, aboutirait à un droit résolument supranational appliqué par les professionnels régulés et plus globalement les entreprises. En effet, le caractère supranational de ce droit trouverait sa légitimité dans la volonté de répondre à la menace planétaire du crime

¹⁷⁰² FRISON-ROCHE (M.-A.), « Droit de la concurrence et droit de la *compliance* », *Revue Concurrences*, n°4, Nov. 2018, Art. n°88053, p.1.

¹⁷⁰³ DUBOIS (P.-H.), « International Corruption Hunters Alliance: coalitions against corruption », Conférence organisée par la Banque mondiale dans le cadre du cycle *Coalitions Against Corruption: Building Trust, Promoting Integrity, Ending Impunity*, Copenhague, 25 oct. 2018, en ligne : <<https://live.worldbank.org/International-Corruption-Hunters-Alliance-Coalitions-Against-Corruption>>.

¹⁷⁰⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le Droit de la *compliance* », *D.*, Chron., 29 sept. 2016, n°32.

¹⁷⁰⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le Droit de la *compliance* lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières », Working paper, 30 juin 2018, en ligne : <<http://thejournalofregulation.com/fr/article/le-droit-de-la-compliance-lache-les-amarres-du-dro/>>.

financier. En partant du principe que l'espace étatique est trop limité¹⁷⁰⁶ pour sauvegarder l'intégrité du système bancaire et financier, il conviendrait alors d'imaginer une coalition plus forte que celle mise en place actuellement pour promouvoir « un service public mondial »¹⁷⁰⁷. Dès lors, si les professionnels ne subissent pas ces nouvelles attributions mais se saisissent de ce « droit de la *compliance* » pour agir dans un but commun, aux côtés des autorités de régulation et du pouvoir judiciaire, on peut valablement croire à l'efficacité de ce droit¹⁷⁰⁸. En sus, son applicabilité ne pourra qu'être renforcée avec la détermination de sanctions assorties au « droit de la *compliance* », qui semblent incontournables pour achever la défense d'intérêts publics et la protection du système bancaire et financier.

642. Sur ce fondement, le « droit de la *compliance* » responsabiliserait davantage les professionnels du secteur qui se retrouveraient chargés par les pouvoirs publics de partir à la conquête de nouveaux impératifs éthiques, économiques ou encore sanitaires¹⁷⁰⁹ et environnementaux, bien au-delà du cadre étatique. Par conséquent, on peut se poser la question de savoir si ces nouvelles prérogatives auraient une incidence certaine sur le droit la régulation et la distribution des rôles des différents acteurs publics et privés du système bancaire et financier ? (2.)

2. Le « droit de la *compliance* », une internalisation du droit de la régulation ?

643. Pour bien comprendre le schéma emprunté par certains auteurs pour démontrer l'influence du « droit de la *compliance* » sur le droit de la régulation, il faut au préalable revenir sur la notion de « régulation ». Celle-ci est conçue dans les ouvrages de manière relativement large comme l'ensemble des dispositifs et institutions en charge d'exprimer l'action des politiques publiques menées sur un secteur en particulier¹⁷¹⁰. Ce droit de la régulation se caractérise le plus souvent par « l'existence d'une autorité de régulation, dénommée comme

¹⁷⁰⁶ FRISON-ROCHE (M-A), « Compliance et personnalité », *D.* 2019, p.604 : « C'est parce que les États sont trop faibles, n'ayant pas les informations, n'ayant pas les moyens financiers, étant à l'étroit dans le territoire qui leur est consubstantiel, que la concrétisation des buts qu'ils ont fixés (par exemple lutter contre la corruption ou protéger les droits humains ou protéger l'environnement) a été internalisée dans les entreprises globales. ».

¹⁷⁰⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », Working Paper, 14 avr. 2017, en ligne : <<http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la-compliance/>>.

¹⁷⁰⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la Compliance par ces trois personnages », in *Compliance : l'entreprise, le régulateur, le juge*, (dir.) BORGA (N.), MARIN (J.-C.), RODA (J.-C.), Dalloz, 2018, p.1.

¹⁷⁰⁹ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la compliance peut contribuer à prévenir les crises mondiales », *LPA* 12 mai 2020, n°95, p.3 : « En outre, le droit de la compliance est un droit particulièrement ambitieux puisqu'il se fixe comme objectif d'empêcher la survenance des crises systémiques – dont les crises sanitaires font partie, et de protéger les plus faibles, il n'est pas surprenant qu'il n'y réussisse pas toujours. ».

¹⁷¹⁰ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, Chron., 2004, p.129.

telle et expressément en charge de réguler le secteur »¹⁷¹¹. Dès lors, il faut retenir au cœur de ces réflexions que la perte de contrôle observée des États confrontés au contre-pouvoir que représentent les organisations criminelles, aurait une implication forte sur le droit de la régulation. Plus précisément, si l'on part du principe que le régulateur est lui-même mis à distance de son propre pouvoir par « l'asymétrie informationnelle » qu'il subit comme évoqué précédemment¹⁷¹², son action se retrouve restreinte au seul contrôle périphérique du risque. Si l'on ajoute à ce constat un engagement plus important des professionnels dans la régulation des comportements, en lieu et place du régulateur, le « droit de la *compliance* serait une internalisation du droit de la régulation »¹⁷¹³ incarné par les entreprises qui exercent une mission de service public. Tout l'enjeu de ces réflexions réside alors dans le fait que la création de normes privées de régulation des comportements ne s'inscrirait pas, contrairement à ce que l'on pourrait penser, dans une volonté d'autorégulation par les professionnels mais proviendrait des autorités publiques elles-mêmes, qui ont placé au sein des banques la gestion de « buts monumentaux » tels que la lutte contre la criminalité financière¹⁷¹⁴.

644. Les modifications dans la distribution des rôles des acteurs privés et publics de régulation du secteur bancaire et financier conduiraient à la mise en place d'un droit global où « le droit de la régulation va jusqu'à se transformer en droit de la *compliance* »¹⁷¹⁵. Ce glissement progressif d'un droit de la régulation vers un « droit de la *compliance* » aura nécessairement une incidence sur la supervision des professionnels régulés qui se trouveraient positionnés en premier régulateurs et législateurs internes, les pouvoirs publics ne contrôlant et ne délimitant que l'enceinte du risque¹⁷¹⁶. Comme il est précisé dans certains écrits, le droit de la régulation serait « violent et archaïque »¹⁷¹⁷, en ce qu'il soumettrait l'entreprise à des contraintes juridiques sans pour autant lui donner les moyens d'agir efficacement. Dès lors, en traçant les cercles de la *compliance* et en sanctuarisant ces initiatives privées dans une nouvelle branche du droit à part entière, l'objectif tant recherché serait de définir en pratique sur qui doit peser ces obligations de *compliance* afin de mieux accueillir et contrôler cette charge¹⁷¹⁸.

¹⁷¹¹ BONNEAU (Th.), « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière », *JCP*, 2003, éd. E, 1325.

¹⁷¹² v. *supra* n°488.

¹⁷¹³ *Ibid.*, p.3.

¹⁷¹⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Droit de la concurrence et droit de la *compliance* », *op.cit.*, p.1.

¹⁷¹⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p.8 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *D.* 2018 p.1561.

¹⁷¹⁶ v. *supra* n°488.

¹⁷¹⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Le Droit de la *compliance* lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières*, *op. cit.*,

¹⁷¹⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Tracer les cercles du Droit de la Compliance*, Working Paper, 30 juin 2017, en ligne : <<http://mafr.fr/fr/article/le-bon-usage-de-la-compliance/>>.

645. Face à la montée en puissance de l'internalisation des règles et normes de comportements parmi les professionnels, certains auteurs parient sur la création d'un droit nouveau de *compliance*, guidé par un principe d'efficacité. Toutefois, même si les autorités publiques, dans la régulation des comportements, semblent parfois de plus en plus cantonnées à un rôle de supervision que de régulation, notre étude nous amène à penser que l'effacement du droit de la régulation au profit du « droit de la *compliance* » doit être fortement tempéré (B.).

B. Les tempéraments à l'effacement du droit de la régulation

646. Au-delà des tempéraments déjà évoqués dans ce chapitre, qui peuvent illustrer à plus long terme l'essoufflement graduel des initiatives d'autorégulation et de corégulation¹⁷¹⁹, il existe d'autres phénomènes de résistance à la mise en place d'un véritable « droit de la *compliance* ». En effet, la réflexion de certains auteurs met en exergue la nécessité et l'importance de faire évoluer le cadre actuel de la régulation suite à l'émergence de « maux globaux » qui justifient une réponse à la criminalité financière¹⁷²⁰. Mais il faut se rendre à l'évidence : il est aujourd'hui impossible de freiner le potentiel de développement des nouvelles technologies, et encore moins d'en confier la responsabilité aux acteurs privés du secteur, sous prétexte de la défense d'impératifs d'ordre public¹⁷²¹. Il va de soi que le « droit de la *compliance* » ne peut constituer un rempart suffisant à l'action des organisations criminelles qui trouveront toujours des parades pour opacifier les flux financiers. En sus, le grand risque lié à la montée en puissance de ce droit nouveau réside dans la confusion des rôles et responsabilités des acteurs privés et publics du secteur bancaire et financier. Les praticiens ne peuvent jouer le rôle « d'apprentis-régulateurs » sur le fondement qu'ils sont en contact direct et au plus près de l'émetteur du risque de criminalité financière, qui figure au sein de leur portefeuille de clients¹⁷²². Contrairement à ce disent certains auteurs, l'entreprise n'est pas dotée du pouvoir de punir¹⁷²³. Il existe une différence importante entre la sanction prononcée par le régulateur et celle actionnée par l'entreprise dans le cadre du non-respect par un collaborateur du code de conduite édicté. Dans ce sens, les professionnels ne peuvent pas à la fois se positionner en juge et partie dans la régulation des comportements.

647. Malgré ce que l'on peut croire, la *compliance* n'est pas amenée à être la source d'un droit nouveau. Elle constitue le prolongement de l'action de régulation dans l'entreprise et

¹⁷¹⁹ v. *supra* n°626.

¹⁷²⁰ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Le Droit de la compliance lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières*, *op. cit.*

¹⁷²¹ BENICHOU (A.), « Nouvelles technologies : réflexions sur la Compliance et l'Éthique », in *Régulation, Supervision, Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2017, p.81.

¹⁷²² v. *supra* n°488.

¹⁷²³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la *Compliance* par ces trois personnages », *op. cit.*, p.1.

s'apparente à un « phénomène organisationnel qui gagne à être envisagé à la lumière d'autres disciplines que le droit »¹⁷²⁴. A cet effet, certains auteurs la qualifient de « méthode de procéduralisation du droit qui prend appui sur des instruments spécifiques » pour trouver un dénominateur commun à tous les domaines dans lesquels elle s'est développée¹⁷²⁵. La première édition du Code de la *compliance*¹⁷²⁶ qui vient de paraître alimente cette idée trompeuse d'un « droit de la *compliance* ». A la lecture de ce Code de la *compliance* on comprend rapidement qu'il s'apparente à une vulgaire « compilation » de normes qui a pour ambition de rassembler les normes de *soft law* d'origine publique émanant des autorités de régulation ou encore les textes légaux et réglementaires qui figurent déjà dans d'autres codes. Cette compilation peut sembler utile de prime abord aux équipes de *compliance officers* qui n'auront pas à se rendre sur les sites institutionnels pour consulter ces normes mais l'intérêt du *soft law* réside avant tout dans sa réactivité et son adaptation rapide aux évolutions de la réglementation. On peut donc croire que ce Code de la *compliance* deviendra rapidement obsolète, faute de renouvellement fréquent.

648. Comme évoqué précédemment¹⁷²⁷ les intérêts défendus par les acteurs privés et publics du secteur bancaire et financier ne sont pas les mêmes. Les autorités de régulation françaises ne défendent en aucun cas les intérêts particuliers des professionnels qu'elles régulent et laissent aux associations bancaires et financières la charge de porter les intérêts communs de la place. Sur ce fondement, les groupements et associations professionnelles du secteur endossent le rôle « d'avocat » de la profession tandis que les régulateurs français servent l'intérêt général, prenant en considération l'ensemble des parties prenantes et sanctionnant durement les établissements qui ne se conforment pas à la législation bancaire et financière. Dans ce cadre, les autorités de régulation françaises s'inscrivent davantage dans un rapport de contrainte et de contrôle vis-à-vis des professionnels régulés que dans un rapport de coopération et d'échange qui découle d'une conception générale du droit de la régulation, telle que développée par les régulateurs américains et britanniques¹⁷²⁸. En effet, au cours des dernières années, on peut constater que la Federal Reserve aux États-Unis et la Financial Conduct Authority accompagnent beaucoup plus les professionnels régulés, et servent davantage les intérêts nationaux du secteur bancaire et financier, bien au-delà d'un simple rôle de gendarme. La dimension pédagogique des régulateurs américain et britannique a fait son

¹⁷²⁴ GAUDEMET (A.), « Qu'est-ce que la compliance ? », *op.cit.*, p.112.

¹⁷²⁵ BOURSIER (M-E), « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », *D.* n°25 9 juill. 2020, p.1420.

¹⁷²⁶ BOURSIER (M-E), FEUGERE (W.), *Code de la compliance*, 1^{ère} éd., Dalloz, 2021.

¹⁷²⁷ v. *supra* n°628.

¹⁷²⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la *Compliance* par ces trois personnages », *op. cit.*, p.1.

entrée, laissant place au dialogue et au conseil pour guider les acteurs privés dans leur action de régulation des comportements.

649. L'horizon du droit de la régulation ne se trouve pas dans son effacement progressif au profit d'une nouvelle branche du droit, le « droit de la *compliance* », et de davantage de supervision. L'État doit garder le premier rôle dans la régulation des marchés bancaires et financiers, mais il est primordial que les rapports entre les autorités de régulation et les professionnels régulés se transforment à moyen et plus long terme et évoluent vers davantage de coopération. Pour lutter efficacement contre le fléau de la criminalité financière, les acteurs privés doivent poursuivre leurs efforts pour continuer à donner aux autorités publiques et aux cellules de renseignement financier les données et informations de qualité qui conduisent à la levée de soupçons sur leur portefeuille de clients. Les investissements réalisés par les professionnels du secteur pour se structurer davantage et améliorer leur capacité à déceler les grands réseaux de criminalité financière doivent être soutenus et encouragés par les acteurs publics. Il incombe aux pouvoirs publics d'accompagner voire d'assister les professionnels dans cette structuration, pour dépasser ce rapport de contrainte et aller vers plus d'entraide dans un objectif de protection et de stabilité des marchés bancaires et financiers. L'avenir du droit de la régulation doit se construire en partenariat avec les acteurs privés du secteur qui ont aujourd'hui une certaine légitimité à demander davantage de pédagogie et d'entraide de la part des pouvoirs publics.

650. Le renouvellement de l'action des pouvoirs publics est indispensable pour étendre le champ actuel de la régulation des marchés bancaires et financiers et accroître efficacement la prise en compte des intérêts communs de la place. La frénésie ambiante dans le déploiement d'initiatives d'autorégulation et de corégulation ne peut donc à plus long terme que ralentir, au profit d'une consolidation et d'une structuration supplémentaire des programmes de conformité, placées sous l'égide des autorités de régulation. Sous cet angle, il convient d'envisager dans quelle mesure la *compliance* peut constituer un investissement durable et certain pour l'avenir de l'entreprise, et non un centre de coûts qualifié de « contre-productif » et incapable de perdurer dans le temps (Section II).

Section II : La *compliance*, un investissement pour l'avenir des établissements bancaires et financiers ?

651. La question brûlante de l'avenir de la *compliance* au sein des établissements bancaires et financiers ne peut être évoquée sans aborder les contraintes d'aujourd'hui qui font les conjonctures de demain. La fonction de conformité est constamment soumise à de nouveaux challenges qui conduisent à sa métamorphose progressive vers davantage d'industrialisation ou encore de digitalisation. Ces défis amènent les professionnels du secteur à investir dans la fonction de conformité, qui se voit en sus confrontée à des enjeux politiques

majeurs, à l'image du *Brexit* (§2). Pour autant, il ne faut pas perdre de vue l'effet contre-productif que peuvent générer ces programmes de conformité qui sous-tendent en parallèle une forme de déséquilibre du système financier global, par le biais du *de-risking* (§1).

§1 Le phénomène de *de-risking*, l'effet contre-productif des programmes de conformité

652. L'avenir des acteurs privés de la régulation bancaire et financière se mesure à l'aune des nouveaux défis qui les attendent. Nous assistons actuellement à un phénomène particulier de retrait des établissements bancaires et financiers de certaines activités, autrement appelé le *de-risking*¹⁷²⁹. Plusieurs facteurs participent au développement, ces dernières années, de cette pratique parmi des professionnels qui agissent dans une volonté de réduction des coûts de la *compliance* (A.). Cependant, on peut d'ores et déjà observer l'impact grandissant du *de-risking* en matière d'exclusion bancaire, qui renforce les inégalités et oblige les instances intergouvernementales et les autorités de régulation à intervenir (B.).

A. Les facteurs de développement du *de-risking*

653. Plusieurs facteurs-clés du *de-risking* peuvent être cités comme contribuant à renforcer l'intérêt des banques à se séparer d'une partie de leurs portefeuilles de clients. La propagation de cette pratique résulte de la diminution progressive de l'appétence aux risques des établissements bancaires et financiers (1.) et de la volonté de réduire drastiquement l'investissement lié au déploiement de programmes de conformité (2.), ce dernier représentant une dépense importante à la charge des professionnels du secteur.

1. La diminution de l'appétence aux risques des établissements bancaires et financiers

654. Cette tendance au *de-risking* a été portée à l'attention du Comité monétaire et financier international le 16 avril 2016 par le ministre des Finances et des Comptes publics de l'époque, pour rappeler le risque d'insécurité dans lequel les banques se trouvent et mobiliser la communauté internationale face à cette réalité qui prend de plus en plus d'ampleur¹⁷³⁰. En effet, pour se dispenser d'un certain nombre de contraintes afférentes à une surveillance renforcée de leurs clients qualifiés de « à risque », plusieurs établissements ont choisi de rompre la relation d'affaires et de se séparer desdits clients¹⁷³¹. Plus précisément, dans un objectif de

¹⁷²⁹ ACAMS, *AML De-risking : an effective method of plugging AML control failures ?*, Août 2014, p.4, en ligne : <http://www.acams.org/wp-content/uploads/2015/08/AML-De-Risking-An-effective-method-of-plugging-AML-control-failures-B-Adisa.pdf>.

¹⁷³⁰ SAPIN (M.), « Déclaration du Ministre des Finances et des Comptes publics », Discours prononcé durant la trente-troisième réunion du Comité monétaire et financier international, 16 avr. 2016, Paris, en ligne : <https://www.imf.org/external/spring/2016/imfc/statement/fra/fra.pdf>.

¹⁷³¹ Les Échos, « Les banques face au *de-risking*, un exercice de funambule », 7 juill. 2016, en ligne : <https://www.lecho.be/opinions/analyse/les-banques-face-au-de-risking-un-exercice-de-funambule/9786257.html>.

simplification de leurs modèles de risques et de réduction de leurs expositions au BC-FT, de nombreux professionnels du secteur ont effectué une revue complète de leur portefeuille, au regard de leurs produits ou de leurs types de clientèle. Cette revue a conduit inexorablement à l'exclusion définitive de plusieurs profils de clients et à l'arrêt total de la fourniture de certains produits. Cette pratique s'est ensuite intensifiée ces dernières années, après la crise financière de 2008-2009, marquée par le regain de régulation du secteur bancaire et financier. Aujourd'hui, on peut d'ores et déjà observer que la mouvance du *de-risking* renferme un risque évident d'exclusion financière, voire de discrimination financière¹⁷³², qui peut conduire au ralentissement des opérations bancaires internationales et à l'isolement de certaines communautés du système financier global.

655. Bien qu'il soit particulièrement difficile d'évaluer la menace du *de-risking* dans son ensemble, plusieurs études dévoilent de manière récurrente la diminution de l'appétence au risque des établissements à l'encontre d'une clientèle bien précise. Ainsi, les prestataires de services de paiement, offrant des services de transmission de fonds, plus connus sous le nom de « *Money Services Businesses* » ou encore de « *Money Remittance Companies* »¹⁷³³, subissent de plein fouet les foudres du *de-risking* et se voient refuser l'accès à certains établissements bancaires et financiers, au motif qu'ils représentent un risque trop important en matière de BC-FT ou simplement en raison de la complexité de leur structure¹⁷³⁴. À titre d'illustration, on peut citer le cas de Barclays Bank Plc qui a mis fin à 15 années de relation d'affaires avec Dahabshiil Transfer Services, entreprise offrant un service de transmission de fonds, suite à l'extension de ses activités en Somalie¹⁷³⁵. Dans ce sens, plusieurs organisations à but non-lucratif, de bienfaisance ou encore des ambassades étrangères, ont vu leurs comptes bancaires clôturés sur le fondement de leur utilisation à des fins terroristes ou encore de leur présence ou de leur activité au sein de juridictions qualifiées publiquement par le GAFI de « à hauts risques et/ou non-coopératives »¹⁷³⁶. Enfin, de nombreuses banques étrangères ont vu leurs relations de correspondance bancaire¹⁷³⁷ fortement diminuées ces dernières années suite

¹⁷³² L'Orient-Le jour, « Le « de-risking » des banques étrangères, une menace difficile à évaluer au Liban », 12 oct. 2016, en ligne : <<https://www.lorientlejour.com/article/1012246/le-de-risking-des-banques-etrangees-une-menace-difficile-a-evaluer-au-liban.html>>.

¹⁷³³ À l'image de Paypal ou encore de Western Union, à titre d'illustration.

¹⁷³⁴ DURNER (T.), SHETRET (L.), *Understanding Bank De-Risking and its Effects on Financial Inclusion: An exploratory study, Research report for Global Center on Cooperative Security*, Nov. 2015, p.5 en ligne :

<https://d1tn3vj7xz9fdh.cloudfront.net/s3fs-public/file_attachments/rr-bank-de-risking-181115-en_0.pdf>.

¹⁷³⁵ ACAMS, *AML De-risking : an effective method of plugging AML control failures ?*, op. cit, p.14 : La rupture de la relation d'affaires a ensuite été contestée devant la juridiction britannique (« High Court ») qui a contesté le motif de rupture invoqué par Barclays Bank Plc.

¹⁷³⁶ v. *supra* n°542.

¹⁷³⁷ GAFI, « Glossaire du GAFI », en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/glossaire/a-c/>> : La correspondance bancaire désigne la prestation de services bancaires rendue par une banque dite « banque correspondante » à une autre banque, la « banque cliente ». En pratique, la correspondance

à la fermeture de leurs comptes par les banques correspondantes, principalement américaines, empêchant l'accès au dollar et au système financier américain¹⁷³⁸.

656. Cette pratique du *de-risking* s'est intensifiée ces dernières années suite à la mise en place de nouvelles dispositions européennes et internationales en matière de LCB-FT et au regain d'attention des autorités de régulation, qui ont généré à la charge des banques des coûts importants liés à leur mise en conformité (2.).

2. Le coût de la conformité

657. Il existe plusieurs facteurs liés au développement du *de-risking*. Le principal tient essentiellement au coût de la *compliance*, qui pousse les établissements bancaires et financiers à se séparer d'une partie de leur clientèle dite « à risque ». À titre d'illustration, le groupe HSBC a dépensé 800 millions de dollars en 2014 pour investir dans son programme de *compliance* et de gestion des risques, soit 200 millions de dollars de plus que l'année passée¹⁷³⁹. D'autres établissements bancaires à l'image de Standard Chartered ont augmenté fortement leurs budgets liés à la conformité, dépensant entre 100 à 200 millions de dollars chaque année¹⁷⁴⁰. Ces investissements réalisés ont conduit principalement au recrutement de nouveaux effectifs rattachés à la fonction de conformité¹⁷⁴¹ mais aussi à mettre en place des technologies et systèmes performants de détection des opérations suspectes¹⁷⁴². Afin de se prémunir contre des cyber-attaques, des fraudes ou encore tout risque de non-conformité, les fonctions de conformité des banques ont été contraintes de protéger davantage leurs systèmes d'information, leurs clients et de s'engager dans la considération des risques. L'équipe *Regulatory Intelligence* de Thomson Reuters, qui réalise chaque année une étude sur le coût de la *compliance*, dévoile qu'à l'horizon 2020, le marché mondial de la *compliance* représenterait plus de 50 milliards de dollars dans le secteur bancaire et financier¹⁷⁴³. Ainsi,

bancaire recouvre une large gamme de service parmi lesquels on peut recenser les virements internationaux, la gestion de trésorerie, la compensation de chèques., etc. À titre d'illustration, un établissement bancaire français qui souhaite proposer à ses clients la réalisation de paiements en dollars sera contraint d'ouvrir un compte auprès d'une banque américaine correspondante dont il deviendra la banque cliente.

¹⁷³⁸ L'Orient-Le jour, *op. cit.* : « 39 % des 216 banques – de 17 pays de la zone Mena – interrogées ont vu leur "Correspondant Banking Relationships - CBRs" diminuer de manière significative entre 2012 et 2015. De plus, l'étude note une augmentation du nombre de comptes fermés par les banques correspondantes, alors que 63 % des banques arabes ont subi des fermetures de comptes en 2015, contre 33 % en 2012. ».

¹⁷³⁹ DURNER (T.), SHETRET (L.), *op. cit.*, p.10.

¹⁷⁴⁰ Financial Times, *Strategies shift as regulators renew scrutiny of bank compliance*, 21 août 2014, en ligne :

<<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/5279ef02-289d-11e4-8bda00144feabdc0.html#axzz3PQ5wan8B>>.

¹⁷⁴¹ v. *supra* n°631.

¹⁷⁴² v. *supra* n°544.

¹⁷⁴³ Thomson Reuters, *The cost of compliance*, 2016, p.4, en ligne :

<<https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/reports/cost-compliance-2016>> : Ce rapport d'analyse a été réalisé suite à la complétude entre novembre 2015 et janvier 2016 d'un questionnaire renseigné par

pour éviter les sanctions dites « records » des autorités de régulation, les équipes de *compliance officers* consacrent davantage de temps à l'analyse des changements réglementaires et législatifs, à raison de plusieurs jours par semaine¹⁷⁴⁴. Des fonds supplémentaires sont également alloués à des prestataires externes qui aident les établissements à transposer plus rapidement dans leurs systèmes et processus les nouvelles exigences réglementaires et législatives¹⁷⁴⁵.

658. Il va de soi que le coût de cet investissement financier a une forte influence sur les produits et décisions opérationnelles. La transposition dans les établissements des standards internationaux et européens en matière de connaissance du client et de mesures de vigilance à mettre en place, sur le fondement de « l'approche par les risques »¹⁷⁴⁶, a des répercussions significatives sur les entrées en relation et la revue du portefeuille de clients. L'instauration des programmes de conformité a pour objectif très clair de préserver la réputation de l'établissement en évitant tout risque de sanction ou de condamnation judiciaire, administrative, civile ou pénale. En partant de ce principe, les établissements font très attention à leur couverture médiatique et tiennent compte de la rentabilité de leurs clients¹⁷⁴⁷. Dès lors, les clients qui présentent une faible rentabilité et un risque élevé de BC-FT au regard de la classification des risques de l'établissement seront considérés comme moins attractifs, en raison des diligences renforcées à déployer. La revue régulière des profils de clients dits « à risque » et leur soumission à un certain niveau d'approbation mobilisent les équipes opérationnelles et de conformité de la banque, ce qui peut inciter cette dernière à recourir au *de-risking*.

659. Enfin, le phénomène d'évitement du risque a remplacé ces dernières années la véritable gestion du risque de non-conformité par les établissements de crédit et entreprises d'investissement. Face à la pression croissante des autorités de régulation, le développement de la pratique du *de-risking* s'est accéléré, dans un objectif de rentabilité du coût de la conformité. Cependant, cette nouvelle tendance n'est pas sans conséquence sur l'activité des professionnels régulés et son impact sur le marché bancaire et financier doit être mesuré pour limiter à plus long terme l'effet désastreux de l'exclusion financière (B.).

plus de 600 praticiens de la *compliance*. Les entreprises qui ont répondu proviennent majoritairement du secteur bancaire et financier et sont implantées partout dans le monde, la plupart des professionnels audités constituent des « *Systemically Important Financial Institutions* » ou SIFIs.

¹⁷⁴⁴ Thomson Reuters, *op. cit.*, 2016, p.8 : Plus d'un tiers des entreprises auditionnées consacrent à minima une journée par semaine à analyser et à suivre les changements réglementaires pour comprendre et répondre aux exigences des régulateurs.

¹⁷⁴⁵ KPMG International, *The cost of compliance*, 2013, p.9, en ligne :

<<https://www.kpmg.com/dutchcaribbean/en/Documents/Publications/The-cost-of-compliance-v2.pdf>>:

Ce rapport d'analyse a été réalisé suite à la complétude entre mai et juin 2013 d'un questionnaire renseigné par plus de 200 managers de différents fonds d'investissements. 65 % de ces « *hedged funds* » auditionnés expliquent ainsi avoir déjà eu recours à des prestataires extérieurs pour se conformer à la réglementation américaine FATCA.

¹⁷⁴⁶ v. *supra* n°304.

¹⁷⁴⁷ DURNER (T.), SHETRET (L.), *op. cit.*, p.9.

B. L'impact du *de-risking* sur le marché bancaire et financier

660. Le système bancaire et financier souffre indéniablement des retentissements liés au *de-risking*, qui creuse les défaillances du marché. Les banques réduisent le champ de leurs activités, ce qui engendre des conséquences opérationnelles inattendues (1.) et freine l'accès, pour certains, aux services bancaires de base. Dans ce contexte, les instances et autorités de régulation n'ont pas d'autre choix que de concourir à rétablir l'équilibre fragile entre l'objectif d'inclusion bancaire et de lutte contre le crime financier (2.).

1. Les conséquences opérationnelles du *de-risking* sur l'activité des banques

661. Le phénomène du *de-risking* auquel les professionnels ont recours a pour objectif de réduire principalement le risque de BC-FT en excluant du système financier les profils de clients les plus risqués. Pour autant, et contre toute attente, le recours à cette pratique s'éloigne le plus souvent du but recherché et peut même avoir un effet inverse sur la gestion du risque de BC-FT. En effet, les conséquences du *de-risking* peuvent aboutir à plus long terme au « *re-risking* »¹⁷⁴⁸, c'est-à-dire à l'utilisation de méthodes de financements alternatives ou non-régulées par les clients exclus du système bancaire et financier classique. La fermeture des comptes de certains profils dits « risqués » de clients ne constitue pas un frein à la criminalité financière mais alimente bien au contraire le *shadow banking*¹⁷⁴⁹, qui renforce le risque systémique du secteur. Dans ce sens, les établissements bancaires et financiers qui se séparent d'un pan entier de leurs activités, au motif que celui-ci engendre peu de rentabilité et un risque de sanction des autorités de régulation, peuvent fortement déstabiliser l'équilibre financier de certains pays et les couper littéralement de certains marchés. Ainsi, la décision de clôturer des comptes correspondants impacte directement les pays émergents qui n'ont accès à certains marchés étrangers que par le biais de la correspondance bancaire. Pour certains, la fin d'une relation de correspondance bancaire peut constituer une menace réelle pour la finance internationale et avoir des conséquences humaines. La rupture de la relation d'affaires revient en un sens à décréter une forme « d'embargo économique » à l'encontre de l'établissement-client dont les clients souhaiteraient par exemple avoir accès au marché américain, le *US dollar* étant la monnaie la plus utilisée au monde pour réaliser des transactions financières¹⁷⁵⁰.

662. On peut observer que les établissements bancaires et financiers qui cherchent à limiter au maximum leur appétit aux risques sont également les plus réticents à toute forme d'innovation et de renouvellement. Or, il incombe aux professionnels du secteur d'adapter leurs systèmes et processus internes aux nouvelles technologies afin d'être mieux armés face aux

¹⁷⁴⁸ MCKENDRY (I.), *Banks Face No-Win Scenario on AML 'De-Risking'*, American Banker, 17 nov. 2014, en ligne : <<https://www.americanbanker.com/news/banks-face-no-win-scenario-on-aml-de-risking>>.

¹⁷⁴⁹ v. *supra* n°225.

¹⁷⁵⁰ DURNER (T.), SHETRET (L.), *op. cit.*, p.19

nouveaux mécanismes de la criminalité financière, à l'image du *bitcoin*¹⁷⁵¹ ou d'autres crypto-monnaies. La gestion des risques de conformité doit s'accompagner d'une politique d'inclusion bancaire et de standards adaptés à un environnement international plus ou moins risqué. L'avenir des programmes de conformité tient à leur capacité à instaurer des mesures de vigilance et une prise en charge des risques de manière graduelle, en fonction du niveau de risque associé au client. En outre, les grands établissements de crédit et entreprises d'investissement de la place doivent appliquer à l'encontre de leurs clients les plus hauts standards en matière de conformité, afin de maîtriser l'activité ou la part de leur portefeuille dite « à risque » sans pour autant recourir au *de-risking*. Au-delà de ce que prévoit la réglementation française en matière de diligences renforcées et de vigilance constante et actualisée de la relation d'affaires, les directions de la conformité doivent faire preuve de davantage d'audace et d'inventivité pour garantir la gestion de leurs risques. L'exclusion financière et le phénomène de *de-risking* creusent les défaillances du marché et ne représentent en aucun cas une solution à la constitution du risque.

663. Par ailleurs, l'évaluation de l'impact du *de-risking* est particulièrement complexe à appréhender, faute de données statistiques précises sur l'ampleur de l'exclusion bancaire. Dès lors, pour lutter efficacement contre les effets négatifs de ce phénomène, une forte réaction des instances européennes, internationales et nationales s'impose pour éviter que les programmes de conformité et politiques de gestion des risques ne freinent l'accès au système bancaire classique et encouragent indirectement le recours au *shadow banking*. Dans cette configuration, le juste équilibre entre l'objectif d'inclusion bancaire et de lutte contre le crime financier peut s'avérer complexe à appréhender (2.).

2. L'équilibre fragile entre inclusion bancaire et lutte contre le crime financier

664. Face aux ravages causés par le *de-risking* qui impacte massivement le marché bancaire et financier, plusieurs initiatives ont été déployées pour limiter les effets de l'exclusion bancaire. Au niveau international, dans un premier temps, le GAFI est intervenu en publiant un document relatif à la correspondance bancaire à destination des professionnels du secteur qui offrent ce service auprès de leurs banques-clientes¹⁷⁵². Ce document a pour objectif de réduire le recours au *de-risking* en venant encadrer et clarifier l'application des standards définis par le GAFI en matière de relation de correspondance bancaire. À cet effet, le GAFI donne sa propre définition du *de-risking* et précise que cette pratique recouvre tous les cas de figure dans lesquels (i.) il est mis un terme à la relation d'affaires, (ii) des restrictions sont imposées à

¹⁷⁵¹ v. *supra* n°462.

¹⁷⁵² GAFI, *Correspondent banking services guidance*, Groupe d'Action Financière, Oct. 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-Correspondent-Banking-Services.pdf>>.

l'encontre d'un pays entier ou d'une catégorie de clients dans le but d'éviter la survenance des risques de BC-FT, et ce au détriment de l'approche par les risques recommandée par le GAFI¹⁷⁵³. Partant de ce principe, il incombe clairement aux établissements bancaires correspondants de mettre en place des mesures de vigilance à l'encontre des banques clientes qui soient adaptées au risque de BC-FT que représente la relation d'affaires. Toutefois, le GAFI énonce clairement que ces mesures se limitent aux seules banques-clientes et non aux clients des banques-clientes¹⁷⁵⁴. Cet encadrement de la relation de correspondance bancaire vient calmer les incertitudes des professionnels, instaurant un équilibre entre l'objectif d'inclusion bancaire et de lutte contre le crime financier qui pèsent à leur charge. De surcroît, le GAFI est venu rappeler à plusieurs reprises l'importance de mettre fin à la relation d'affaires selon une approche au cas par cas et uniquement lorsque le risque de BC-FT ne peut être mitigé¹⁷⁵⁵. Dans ce sens et toujours dans une logique d'évitement du *de-risking*, le GAFI a établi un document recensant les meilleures pratiques, visant à prévenir l'utilisation abusive des organismes à but non-lucratifs et de bienfaisance pour le financement du terrorisme¹⁷⁵⁶. L'objectif de ce document consiste alors à protéger l'intégrité, la légitimité de l'activité de ces organismes ainsi que leur réputation pour limiter leur exclusion du système financier classique et permettre la fourniture de services de bienfaisance partout dans le monde.

665. D'autres actions ont été mises en place aux niveaux européen et national pour changer la perception des risques de BC-FT associés à certains pays ou à certaines catégories de clients, par les établissements bancaires et financiers. Pour favoriser l'inclusion bancaire, l'Union européenne a adopté la directive n°2015/2366 concernant les services de paiement dans le marché intérieur¹⁷⁵⁷, qui étend le cadre juridique applicable aux opérations de transmission de fonds ou « *money remittance* ». La transposition de cette directive permet l'intégration dans le Code monétaire et financier de nouveaux services de paiements – le service d'initiation de paiement et le service d'informations sur les comptes – délivrés par les établissements de paiement, qui doivent disposer au même titre que les banques de l'agrément

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p.4.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, p.5.

¹⁷⁵⁵ GAFI, *FATF clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking*, Oct. 2014, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/rba-and-de-risking.html>>; GAFI, *FATF takes action to tackle de-risking*, Oct. 2015, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-action-to-tackle-de-risking.html>>.

¹⁷⁵⁶ GAFI, *Best Practices Paper on Combating the Abuse of Non-Profit Organisations (Recommendation 8* Groupe d'Action Financière, Juin 2015, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/BPP-combating-abuse-non-profit-organisations.pdf>>.

¹⁷⁵⁷ Dir. Parl. et Cons. n°2015/2366 (UE), 25 nov.2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n°1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE 23 déc. 2015, n°L337/35 transposée en droit français par l'ord. n°2017-1252, 9 août 2017, JO n°0186, 10 août 2017, texte n°26.

de l'ACPR pour exercer¹⁷⁵⁸. Dès lors, cette avancée réglementaire constitue un frein supplémentaire à la pratique du *de-risking*, ces nouveaux acteurs innovants en matière de service de paiement étant placés sous la tutelle du régulateur bancaire français et assujettis à la LCB-FT¹⁷⁵⁹. Dans le même sens, plusieurs initiatives nationales, comme en Angleterre ou en Australie, ont été lancées pour clarifier les exigences applicables à la fourniture de services financiers auprès de ces prestataires de services de paiement et aider les banques à identifier les indicateurs de risques faibles ou élevés¹⁷⁶⁰.

666. Le déséquilibre latent lié au phénomène de « *de-risking* » témoigne de l'effet contre-productif de certains programmes de conformité et impose une surveillance renforcée des autorités de régulation pour maintenir l'équilibre fragile entre inclusion bancaire et lutte contre le crime financier. De plus, il est nécessaire de s'intéresser aux nouveaux challenges qui attendent la fonction de conformité pour tenter de déterminer quelles voies sont à emprunter pour investir durablement dans l'avenir des établissements bancaires et financiers. (§2).

§2 Les nouveaux défis de la fonction de conformité

667. L'industrialisation et la digitalisation du métier de *compliance officer* semble aujourd'hui inévitable dans un contexte de réduction des coûts de la conformité. Cependant, si la transformation de la fonction de conformité répond à une certaine forme de logique, en ce qu'elle fait partie d'un plan stratégique de gestion du risque de non-conformité, d'autres défis sont moins prévisibles (A.). C'est le cas par exemple du *Brexit*, dont l'impact est retentissant sur le marché bancaire et financier et se répercute dans l'exercice de la fonction de conformité (B.).

A. La transformation de la fonction de conformité

668. Sans surprise, l'expansion de la fonction de conformité accompagne le développement de nouvelles technologies qui participent à la transformation digitale du secteur bancaire et financier (2.). Dans ce sens, l'utilisation d'outils automatisés de filtrage des clients ou encore de surveillance des transactions renforce depuis quelques années l'industrialisation de la

¹⁷⁵⁸ ACPR, « Les principaux apports de la DSP 2 », *Revue ACPR*, n°26, Janv.-févr. 2016, p.9 : « Le service d'initiation de paiement consiste à initier un ordre de paiement à la demande d'un utilisateur à partir d'un compte de paiement détenu auprès d'un autre PSP, tandis que le service d'information sur les comptes consiste à fournir des informations consolidées concernant un ou plusieurs comptes de paiement détenus par l'utilisateur auprès d'un ou de plusieurs autres PSP. ».

¹⁷⁵⁹ ACPR, *Position n°2012-P-01 relative à la mise en œuvre des mesures de vigilance de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme par des prestataires de services de paiement pour le service de transmission de fonds*, Avr. 2012, remplacées par les *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Févr. 2019, en ligne :

<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/12/26/201204-position-2012-p-01-de-l-acp.pdf>>.

¹⁷⁶⁰ DURNER (T.), SHETRET (L.), *op. cit.*, p.16-17.

compliance, qui étend stratégiquement son périmètre à de nouveaux points d'attention et de vigilance du régulateur français (1.).

1. L'industrialisation de la fonction de conformité

669. Dans un contexte réglementaire et économique en perpétuelle évolution, l'avenir de la *compliance* se conçoit à travers un enjeu stratégique, qui relève principalement de l'implication des instances dirigeantes. En effet, de l'engagement des plus hauts responsables découle la crédibilité, le positionnement et les moyens qui sont alloués au programme de conformité. Dès lors, la stratégie adoptée par les organes dirigeants de positionner la *compliance* au cœur des activités a abouti ces dernières années à une véritable transformation de la fonction, qui a pris de plus en plus d'ampleur. Au sein des établissements bancaires et financiers, les outils technologiques de ciblage des risques, d'analyse des données et autres corpus de politiques et procédures se sont développés jusqu'à constater la standardisation des programmes de conformité¹⁷⁶¹. L'utilisation de cartographies de risques, de codes de conduite ou de dispositifs de formation s'est également normalisée, vers la diffusion massive d'une culture de conformité. L'industrialisation inévitable de la fonction est en marche et s'étend d'ores et déjà à d'autres domaines et activités que le secteur bancaire et financier. De nombreux dirigeants font désormais le choix organisationnel et stratégique d'investir dans la *compliance*, au regard des risques et caractéristiques que présentent leurs organisations. Cette mutation s'explique principalement par un vent d'uniformisation des pratiques lié entre autres aux évolutions réglementaires et législatives françaises et européennes¹⁷⁶², mais également à l'influence croissante de grands groupes anglo-saxons qui érigent des standards globaux de conformité et les diffusent dans les pays où ils sont implantés. Aujourd'hui, bon nombre de pratiques de place sont désormais codifiées. En sus, les organes de direction de grands établissements continuent d'appréhender les excès de la réglementation comme une menace grandissante, à laquelle ils doivent constamment faire face. Plusieurs rapports formalisés par des cabinets de conseils, sur la base d'entretiens réalisés auprès de *compliance officers* de grandes banques européennes, révèlent que 80 % sont convaincus que l'interaction qu'ils ont avec les autorités de régulation s'intensifiera au cours des prochaines années, d'où l'importance de mieux comprendre les exigences des régulateurs et la manière d'y répondre¹⁷⁶³.

¹⁷⁶¹ SCHANZE (E.), *op. cit.*

¹⁷⁶² v. *supra* n°591.

¹⁷⁶³ PwC, *The next big leap: Forging a more effective and influential compliance function*, Banking Compliance Survey, Avr. 2016, p.13, en ligne : <<https://www.pwc.com/it/it/.../banking-compliance-survey.pdf>> ; PwC, *State of Compliance Study: Laying a strategic foundation for strong compliance risk management*, Compliance Survey 2016, p.15, en ligne : <<https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2017/01/state-of-compliance-study-2016.pdf>>.

670. Les équipes de conformité voient leurs domaines d'expertise s'élargir significativement¹⁷⁶⁴. Face au défi de la mondialisation et aux évolutions structurelles voire technologiques, les équipes de *compliance officers* doivent s'adapter en permanence aux nouveaux enjeux définis par les autorités de régulation. À cet égard, la lutte contre la corruption et le financement du terrorisme semblent constituer les nouveaux points d'attention et de vigilance des autorités de régulation françaises, qui veillent à ce que les professionnels régulés se structurent davantage pour faire face à ces risques. En effet, l'AFA¹⁷⁶⁵ a publié, à destination des acteurs économiques, un guide pratique relatif à la fonction de conformité anticorruption dans l'entreprise¹⁷⁶⁶. Ce guide énumère un certain nombre de standards à mettre en place pour comprendre et retranscrire les exigences de l'AFA au sein d'un dispositif interne de lutte contre la corruption. En cas de contrôle sur place, l'AFA s'assurera, à titre d'illustration, du respect par les professionnels des principes détaillés en matière de gouvernance de la fonction conformité anticorruption et d'attributions du responsable de la fonction¹⁷⁶⁷. De plus, l'ACPR a annoncé récemment sa volonté de vérifier, auprès des professionnels régulés, la mise en œuvre des dispositions réglementaires relatives à la prise en compte des informations typologiques portant sur le financement du terrorisme¹⁷⁶⁸. Dans ce sens, il incombe aux entreprises de faciliter leurs interactions à venir avec les autorités de régulation, en investissant stratégiquement sur les thématiques de lutte anticorruption ou de lutte contre le financement du terrorisme.

671. L'application de la loi dans l'entreprise n'est plus suffisante, et les équipes *compliance* entrent dans une nouvelle ère dans laquelle il convient de réinventer la matière au jour le jour, par le biais d'un solide programme de conformité. Sur ce fondement, le recours à la technologie devient indispensable pour permettre aux professionnels de s'adapter plus rapidement aux exigences des régulateurs (2.).

¹⁷⁶⁴ KPMG International, *The cost of compliance*, op. cit., p.12.

¹⁷⁶⁵ v. *supra* n°604.

¹⁷⁶⁶ AFA, « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise, guide pratique », Janv. 2019, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf>.

¹⁷⁶⁷ AFA, op. cit., p.9-16.

¹⁷⁶⁸ FBF, *Communication aux adhérents – Réglementation Bancaire – Classification des risques LCB-FT et typologies de financement du terrorisme : courrier de l'ACPR du 16 août 2017*, 22 août 2017. Dans ce courrier, la FBF informe ses adhérents que l'ACPR procédera à des vérifications afin de s'assurer de la bonne mise en œuvre des dispositions réglementaires relatives à la prise en compte par les entreprises soumises au contrôle de l'Autorité, des informations typologiques portant sur le financement du terrorisme.

2. La révolution digitale

672. La transformation digitale constitue un nouveau challenge pour les équipes de conformité¹⁷⁶⁹. Conscient de cet enjeu, le gouverneur de la Banque de France et président de l'ACPR, François Villeroy de Galhau, invite les établissements français à poursuivre leurs efforts pour répondre aux défis de la révolution numérique¹⁷⁷⁰. En effet, le pôle Fintech innovation de l'ACPR créé en juin 2016 a mené une étude sur la transformation numérique dans les secteurs de l'assurance et de la banque en France, dont l'analyse et la synthèse ont été publiés en mars 2018¹⁷⁷¹. Les résultats de cette étude démontrent que de nouveaux risques de conformité apparaissent en matière de protection du consommateur, de LCB-FT ou encore de protection des données personnelles suite à une vague d'innovations technologiques de grande envergure, qui s'est manifestée récemment avec l'essor de la téléphonie mobile et de l'internet haut-débit¹⁷⁷². Ces évolutions ont conduit les établissements bancaires et financiers à collecter des volumes massifs de données et à développer leur intérêt pour l'agilité et l'innovation des technologies informatiques et cryptographiques, à l'image des applications financières d'intelligence artificielle et de *machine learning*¹⁷⁷³ ou encore de la *blockchain*¹⁷⁷⁴. Ces outils de transformation digitale permettent ainsi de créer de nouveaux algorithmes susceptibles d'être utilisés par les fonctions de conformité, pour automatiser par exemple la connaissance du client¹⁷⁷⁵, l'analyse de transactions suspectes et détecter plus efficacement

¹⁷⁶⁹ ACPR, « La transformation digitale, de nouveaux défis pour la conformité », 12 avr. 2018, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/intervention/la-transformation-digitale-de-nouveaux-defis-pour-la-conformite>>.

¹⁷⁷⁰ ACPR, « Communiqué de Presse. Étude inédite de l'ACPR sur la révolution numérique dans le secteur financier », 20 mars 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180320_cp_acpr_etude_revolution_numerique.pdf>.

¹⁷⁷¹ ACPR Pôle Fintech, *Études sur la révolution numérique dans le secteur bancaire français*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Analyses et synthèses n°88, Mars 2018, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/as_88_etude_revolution_numerique_secteur_bancaire_francais.pdf>.

¹⁷⁷² ACPR Pôle Fintech, « La révolution numérique dans les banques et les assurances françaises. État des lieux, stratégies et défis », 20 mars 2018, p.3, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180320_acpr_fintech_revolutionnumerique_banques_assurances_francaises.pdf>.

¹⁷⁷³ RICARD (L.-N.), « Intelligence artificielle et machine learning dans les services financiers », *Lexis Nexis Actualités*, 25 janv. 2018, Doss. 1.

¹⁷⁷⁴ ZOLYNSKI (C.), « Blockchain et smart contracts : premiers regards sur une technologie disruptive », *RDBF*, Janv.-févr. 2017, Doss. 4 : « La blockchain est généralement présentée comme un système de bases de données distribuées qui permet de rendre infalsifiable l'historique de transaction. Plus précisément, il s'agit d'une technologie qui peut permettre le stockage et la transmission d'informations reposant sur des échanges de pair à pair utilisant des clés cryptographiques asymétriques et des algorithmes des hachages ».

¹⁷⁷⁵ DE BONY (C.-E.), « L'intelligence artificielle dans le KYC : quels bénéfices pour les Assets Managers ? », *RB*, n°830, Mars 2019, p.78.

les infractions de BC-FT¹⁷⁷⁶. Afin de bien appréhender ces changements, les équipes de conformité doivent être nécessairement impliquées pour définir le cadre de référence, la traçabilité de ces algorithmes et s'assurer, s'il y a lieu, du respect des règles de l'externalisation¹⁷⁷⁷. Le nouveau référentiel de numérisation des données et des échanges modifie en profondeur les attentes des clients en recherche d'une importante réactivité de la part des professionnels, remettant en cause le schéma classique des agences bancaires physiques¹⁷⁷⁸. L'avènement d'un monde normatif différent se profile face à l'émergence de nouveaux enjeux de conformité, au travers d'outils collaboratifs tels que les *chatbots*¹⁷⁷⁹. Il incombe donc aux *compliance officers* et aux juristes de s'approprier ces supports pour devenir de véritables « acteurs de la stratégie des institutions qu'ils conseillent »¹⁷⁸⁰.

673. La révolution digitale met en scène de nouveaux acteurs qui viennent concurrencer les établissements bancaires et financiers traditionnels¹⁷⁸¹. Les mastodontes américains de l'économie numérique que sont Google, Apple, Facebook ou encore Amazon arrivent avec de nouvelles offres de paiement mobile et de nouveaux segments s'ouvrent aux acteurs financiers avec la seconde directive européenne relative aux services de paiement dite « DSP2 »¹⁷⁸². Le principal défi pour les établissements bancaires et financiers réside donc dans le fait de rester compétitifs pour maintenir les relations d'affaires existantes et démarcher de nouveaux clients, en proposant des gammes de produits et services innovants. À cette fin, les banques doivent saisir l'opportunité d'investir dans des solutions internes et de développer des outils technologique de *big data* qui permettent de traiter des données en masse. Il existe également des solutions alternatives pour permettre aux équipes de conformité des banques de bénéficier de l'expertise de prestataires externes, qui se positionnent sur le marché bancaire et financier depuis quelques mois comme de « véritables accélérateurs de la transformation digitale des

¹⁷⁷⁶ IRRERA (A.), *HSBC partners with AI startup to combat money laundering*, 1^{er} juin 2017, en ligne : <<https://www.reuters.com/article/us-hsbc-ai/hsbc-partners-with-ai-startup-to-combat-money-laundering-idUSKBN18S4M5>> : À titre d'illustration, on peut citer le cas d'HSBC Holding Plc aux États-Unis qui s'est associé à une start-up californienne spécialisée dans l'intelligence artificielle, Ayasdi Incorporation, pour automatiser certains de ses processus de conformité.

¹⁷⁷⁷ ACPR, « La transformation digitale, de nouveaux défis pour la conformité », *op. cit.*, p.4.

¹⁷⁷⁸ ACPR Pôle Fintech, « La révolution numérique dans les banques et les assurances françaises. État des lieux, stratégies et défis », *op. cit.*, p.4.

¹⁷⁷⁹ VIVANT (M.), WARUSFEL (B.), MALLET-POUJOL (N.), COSTES (L.), *Le Lamy droit du numérique*, Lamy, 2018, p.340 : « Les chatbots (de "chat" comme discussion en ligne et "bot" contraction de robot) en sont un bon exemple. Il s'agit, comme on le sait, d'agents conversationnels, c'est-à-dire, lit-on habituellement, de programmes qui simulent une conversation avec une personne et, si l'on veut à tout prix parler d'IA, relèvent à cet égard de l'IA "faible". ».

¹⁷⁸⁰ HOULLE (M.), LAVOREL (L.), BELONDRAL (O.), « Professions du droit - Digitalisation et droit : les juristes au centre du jeu », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Oct. 2018, Doss. 8, p.17.

¹⁷⁸¹ ACPR Pôle Fintech, *Études sur la révolution numérique dans le secteur bancaire français*, *op. cit.*, p.19.

¹⁷⁸² v. *supra* n°665.

banques », et sont appelés les « *Regtechs* »¹⁷⁸³. En effet, ces jeunes pousses travaillent à la digitalisation des activités réglementaires et proposent des services de centralisation, de gestion de volumes importants de données, d'intégration automatisées de changements réglementaires, de veille, etc. Cette offre attractive a déjà rencontré un vif succès auprès de plusieurs établissements à l'image de BNP-Paribas¹⁷⁸⁴ ou encore Westpac¹⁷⁸⁵ qui ont choisi de faire appel à des *Regtechs* pour bénéficier rapidement de certaines avancées technologiques. Cependant, si ces prestataires innovants permettent de faciliter le travail des équipes de conformité des banques, celles-ci ne sont pas pour autant exonérées de la responsabilité qu'elles ont elles-mêmes de s'assurer de la conformité des *Regtechs*¹⁷⁸⁶.

674. Le choc structurel que représente la révolution numérique va s'accompagner d'une transformation progressive de la fonction de conformité, qui aura à terme la charge de définir le cadre de référence de ces nouvelles technologies et innovations. Une gestion de ces nouveaux risques de conformité est donc à anticiper, tout en ne perdant pas de vue les enjeux stratégiques d'une solution interne à définir sur mesure. À côté de la transformation digitale de la fonction de conformité, des enjeux politiques majeurs doivent être pris en compte pour bien comprendre et anticiper le cadre d'évolution à venir de la *compliance*. Le *Brexit* constitue à lui seul un défi de taille pour les équipes de conformité qui doivent construire les opportunités à venir dans une configuration politique encore très incertaine (B.).

B. L'impact du *Brexit* sur la fonction de conformité

675. À l'évidence, le *Brexit* est et restera un tournant indiscutable pour le Royaume-Uni mais aussi pour l'Europe, pour lesquels les implications juridiques sur le marché bancaire et financier sont considérables (1.). Tirant avantage du transfert des activités de marché de nombreuses banques internationales, la place financière parisienne est en passe de devenir un véritable « hub marché » en Europe, qui dynamise le quotidien des équipes de *compliance officers* (2.).

¹⁷⁸³ SAVARY (L.), « Synergie Banques-FinTechs : quand la conformité des unes dépend des autres », *RDBF*, Mars-avr. 2017, Doss. 14 : « Une branche des FinTechs a bien compris ces différents enjeux et propose des technologies innovantes permettant d'externaliser la conformité et de gérer le risque des banques là où l'efficacité de leurs outils historiques s'avère souvent discutable. Ces RegTechs sont ainsi à la conformité, ce que les FinTechs sont aux services bancaires, et viennent opportunément secouer le secteur. »

¹⁷⁸⁴ BNP-Paribas, « Communiqué de Presse. BNP Paribas Securities Services soutient la croissance de la fintech Fortia », 30 janv. 2017, en ligne : <<https://group.bnpparibas/communiquede-presse/bnp-paribas-securities-services-soutient-croissance-fintech-fortia>>.

¹⁷⁸⁵ PIRONNET (L.), « Les regtechs au service des banques », *Fintech mag*, 11 mai 2018, en ligne : <<https://fintech-mag.com/les-regtechs-au-service-des-banques/>>.

¹⁷⁸⁶ SAVARY (L.), *op. cit.*

1. Les implications juridiques du *Brexit* sur le marché bancaire et financier en Europe

676. Depuis plusieurs mois, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne – plus communément appelée le *Brexit*¹⁷⁸⁷ – est au cœur des débats politiques et attire l'attention des commentateurs, face à l'accélération du calendrier britannique. En effet, le déclenchement le 29 mars 2017 de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne (TUE)¹⁷⁸⁸, a officialisé le retrait définitif du Royaume-Uni de l'UE qui devait initialement prendre effet au 29 mars 2019 et sera finalement appliqué de façon ordonnée le 31 décembre 2020. Après le refus à plusieurs reprises du Parlement britannique de ratifier le projet d'accord négocié entre la précédente cheffe du gouvernement Theresa May et les négociateurs européens le 14 novembre 2018¹⁷⁸⁹, le report du divorce était inévitable¹⁷⁹⁰, se soldant une fois pour toutes après trois ans de négociation avec l'approbation par les députés britanniques le 22 janvier 2020 de l'accord de retrait, ordonné le 31 janvier 2020¹⁷⁹¹. La période de transition a démarré le 1^{er} février 2020 et se poursuit jusqu'au 31 décembre 2020. À compter de cette date, le Royaume-Uni passera du jour au lendemain du statut d'État membre de l'UE à celui de pays tiers. En attendant cette date fatidique, le droit de l'UE continue à s'appliquer et les négociations européennes et britanniques se poursuivent afin de définir le cadre juridique des relations futures¹⁷⁹².

677. Dans ce contexte, on comprend très rapidement qu'outre les enjeux politiques de participation du Royaume-Uni aux élections européennes, d'importantes implications juridiques liées au *Brexit* impactent manifestement le marché bancaire et financier. Sur le plan institutionnel dans un premier temps, l'ABE¹⁷⁹³ a vu son siège social être transféré de Londres à Paris, avec une date d'installation effective le 3 juin 2019¹⁷⁹⁴. Ce transfert met fin aux débats concernant l'éventualité d'une fusion entre les deux autorités de surveillance européenne¹⁷⁹⁵ et

¹⁷⁸⁷ Le terme « Brexit » est expression créée au XXI^{ème} siècle, qui vient de la contraction de deux mots anglais, « *British* » qui signifie « britannique » et « *Exit* » qui signifie « sortie ».

¹⁷⁸⁸ Parl. (UE), « Déclenchement par le Royaume-Uni de l'article 50 : et maintenant ? », 29 mars 2017, en ligne :

<<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/priorities/brexit/20170324STO68408/declenchement-par-le-royaume-uni-de-l-article-50-et-maintenant>>.

¹⁷⁸⁹ Le Monde, « Brexit : Britanniques et Européens sont parvenus à un accord », 14 nov. 2018, en ligne : <https://www.lemonde.fr/referendum-sur-le-brexit/article/2018/11/13/brexit-un-projet-d-accord-conclu-entre-londres-et-bruxelles_5383053_4872498.html>.

¹⁷⁹⁰ Le Monde, « Le Brexit n'aura pas lieu le 29 mars », 22 mars 2019, en ligne :

<https://www.lemonde.fr/international/article/2019/03/22/les-vingt-sept-proposent-un-report-du-brexit-au-12-avril_5439497_3210.html>.

¹⁷⁹¹ Ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, « Brexit : comment se préparer à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne ? », 4 déc. 2019, en ligne :

<<https://www.economie.gouv.fr/brexit#>>.

¹⁷⁹² GOURIO (A.), GILLOUARD (M.), « Le journal du Brexit », *RDBF*, n°2, Janv.-févr. 2019, Comm. 52.

¹⁷⁹³ v. *supra* n°147.

¹⁷⁹⁴ ABE, *EBA will sign today its new headquarters agreement with the French authorities*, 6 mars 2019, en ligne : <<https://eba.europa.eu/-leba-will-sign-today-its-new-headquarters-agreement-with-the-french-authorities>>.

¹⁷⁹⁵ BONNEAU (Th.), « Brexit – mars 2017 », *RDBF*, Juill.-août 2017, Repère 4.

s'accompagne d'une extension des pouvoirs de l'ABE en matière de LCB-FT¹⁷⁹⁶. De plus, le passage au régime de droit commun des pays tiers à l'Union européenne aboutit inévitablement à la perte du passeport européen¹⁷⁹⁷ des banques britanniques, qui devront solliciter auprès de chaque autorité nationale compétente une autorisation pour pouvoir exercer leurs activités en Europe¹⁷⁹⁸. À cet effet, et pour faciliter l'accueil des établissements britanniques désireux de vouloir s'établir sur le territoire français, l'ACPR et l'AMF ont annoncé la simplification et l'accélération des procédures d'agrément pour les activités actuellement réalisées en France sous forme de succursale ou directement depuis le pays d'origine en libre prestation de services¹⁷⁹⁹. Les conséquences juridiques sont moins importantes pour les succursales européennes implantées au Royaume-Uni, qui seront, quant à elles, soumises à la supervision de l'autorité qui a agréé la banque initialement, comme la BCE à titre d'exemple¹⁸⁰⁰. Enfin, la problématique du *Brexit* se pose également pour les infrastructures de marché et plus précisément les chambres de compensation londoniennes qui compensent 99 % du marché des dérivés de taux d'intérêts dans l'Union européenne¹⁸⁰¹. L'hypothèse d'une relocalisation en zone euro de ses infrastructures semble inévitable, pour permettre aux autorités de régulation européennes d'assurer leur supervision et d'accéder à l'information relative aux flux systémiques qu'elles compensent¹⁸⁰².

678. Très impacté par la sortie du Royaume-Uni de l'UE, le marché bancaire et financier a observé avec intérêt les allers-retours du Parlement britannique, qui a peiné à décider de son propre sort. De leur côté, les grands établissements bancaires et financiers n'ont pas attendu que le Parlement britannique se décide pour prendre les dispositions nécessaires en procédant au « détricotage » de leurs activités. Ces avancées ont eu des répercussions opérationnelles évidentes sur la fonction de conformité et les équipes de *compliance officers* qui développent, dans le contexte du *Brexit*, de nouvelles attributions (2.).

¹⁷⁹⁶ Comm. (UE), « Communiqué de presse. État de l'Union 2018 – Renforcement de la surveillance anti-blanchiment de capitaux, pour un secteur bancaire et financier stable », 12 sept. 2018, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5724_fr.htm>.

¹⁷⁹⁷ v. supra n°264.

¹⁷⁹⁸ SOTIROPOULOU (A.), « L'accès au marché européen des établissements financiers britanniques », *BJB*, n°1, 2019, p.43.

¹⁷⁹⁹ ACPR & AMF, « Communiqué de presse », 28 sept. 2016, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20160928-cp-acpr-amf-agrements-brexit.pdf>>.

¹⁸⁰⁰ GOURIO (A.), GILLOUARD (M.), *op. cit.*

¹⁸⁰¹ CAILLEMER DU FERRAGE (A.), « L'impact du Brexit sur les infrastructures de marché », *RDBF*, Nov.-déc 2017, Doss. 37, Repère 6 : « Concernant les dérivés de taux d'intérêt OTC "over-the-counter", la quasi-totalité des opérations de compensation sont aujourd'hui effectuées par SwapClear à Londres qui compense près de 99 % des swaps de taux dans l'Union ».

¹⁸⁰² BOMPOINT (D.), « Quelles conséquences du Brexit sur les marchés financiers français ? », *BJS*, 1^{er} juill. 2017, p. 501.

2. Les nouvelles attributions des *compliance officers*

679. Face à la situation sans précédent que constitue le *Brexit*, l'ABE a publié en juin 2018 une position qui incite les établissements bancaires et financiers à anticiper les conséquences de la sortie sans accord du Royaume-Uni de l'UE, et ce sans attendre l'issue d'un vote au Parlement britannique¹⁸⁰³. Ce document a pour objectif de contribuer à garantir la stabilité financière en Europe. Dans ce sens, il impose aux banques d'évaluer, dans le cadre de plans de contingence, le risque sous-jacent lié à la perte du passeport européen afin de préparer efficacement le transfert de leurs activités et d'assurer la continuité de leurs obligations contractuelles¹⁸⁰⁴. À cet effet, l'ACPR a accompagné en 2018 près d'une cinquantaine d'institutions financières de divers secteurs dans leurs démarches de relocalisation et se tient prête à gérer en 2019 des situations où des entreprises britanniques n'auraient pas préalablement transféré leurs activités¹⁸⁰⁵. Ainsi, certaines entités couvertes par le passeport européen ont fait le choix stratégique de créer en France des filiales qui reprennent les activités réalisées dans le cadre du libre établissement et de la libre prestation de services. C'est le cas par exemple de la Bank of America Merrill Lynch qui a engagé son repli stratégique en Europe et a pris la décision de transférer au sein de sa filiale française son activité de courtage¹⁸⁰⁶. Le transfert des premiers effectifs est en cours, avec près de 400 banquiers attendus à terme à Paris et s'accompagne par conséquent de la mise en place d'une équipe de conformité sur place¹⁸⁰⁷.

680. Plusieurs grands groupes bancaires ayant leurs sièges sociaux à Londres ont pris la décision, à l'image du groupe HSBC, de réorganiser leurs activités en Europe en poursuivant leur développement stratégique sur le modèle de la banque universelle¹⁸⁰⁸. Ainsi, à titre d'illustration, différentes entités européennes – filiales et succursales – rattachées juridiquement à HSBC Bank plc à Londres ont été transférées au premier trimestre 2019 sous

¹⁸⁰³ ABE, *Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union*, Autorité Bancaire Européenne, 25 juin 2018, en ligne : <<https://eba.europa.eu/documents/10180/2137845/EBA+Opinion+on+Brexit+preparations+%28EBA-Op-2018-05%29.pdf>>.

¹⁸⁰⁴ GOURIO (A.), GILLOUARD (M.), *op. cit.*

¹⁸⁰⁵ VILLEROY DE GALHAU (F.), « Les conséquences du Brexit pour le secteur financier français et européen », Discours prononcé à Paris le 23 nov. 2018 lors de la conférence de l'ACPR, en ligne : <https://www.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/discours-fvg-acpr-brexit_2018-11-23_vf.pdf>.

¹⁸⁰⁶ AGEFI, « BofA Merrill étoffe sa direction à Paris en vue du Brexit », 8 févr. 2019, en ligne : <<https://www.agefi.fr/banque-assurance/actualites/quotidien/20190208/bofa-merrill-etoffe-direction-a-paris-en-vue-267627>>.

¹⁸⁰⁷ Les Échos, « Brexit : Bank of America enclenche ses premiers transferts à Paris », 28 janv. 2019, en ligne : <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/0600595586878-brexit-bank-of-america-enclenche-ses-premiers-transferts-a-paris-2240032.php>>.

¹⁸⁰⁸ HSBC France, « Communiqué de presse relatif aux résultats annuels et du second semestre 2018 », 19 févr. 2019, en ligne : <[file:///C:/Users/Agathe/Downloads/190219-communique-de-presse-resultats-annuels-et-du-second-semestre-2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Agathe/Downloads/190219-communique-de-presse-resultats-annuels-et-du-second-semestre-2018%20(1).pdf)>.

la forme de succursales à HSBC France, qui conforte sa proposition paneuropéenne pour ses clients¹⁸⁰⁹. Cette évolution politique et réglementaire en Europe a eu un impact significatif sur la fonction de conformité au sein d'HSBC France qui intègre désormais, dans son périmètre de suivi et de contrôle, l'activité de plusieurs entités européennes en matière de banque de financement, d'investissement, de marché et de banque d'entreprises. Dès lors, les équipes de conformité basées en France et en charge de la lutte contre le crime financier travaillent activement à la reprise par les succursales européennes d'HSBC France des exigences réglementaires françaises et européennes applicables en matière de LCB-FT ou encore de respect des sanctions. Cette nouvelle configuration s'accompagne de la mise en place d'une gouvernance appropriée afin que soient appliquées des mesures au moins équivalentes à celles en vigueur en France, en matière de vigilance à l'égard du client, de partage et de conservation des informations et de protection des données au sein des succursales européennes¹⁸¹⁰.

681. Les attributions des *compliance officers* continuent sensiblement de s'élargir dans le contexte du *Brexit* et de se transformer suite à l'arrivée de nouveaux clients, produits et activités qui doivent se conformer dorénavant au droit français et aux exigences des autorités de régulation en France. Nul doute que la conformité en France a encore de beaux jours devant elle à court terme, face aux nouveaux défis qui l'attendent dans cette nouvelle constellation européenne. Au-delà et à plus long terme, comme le souligne le gouverneur de la Banque de France et président de l'ACPR, François Villeroy de Galhau : « Au Brexit doit correspondre le renforcement économique et financier de la zone euro (...) [qui] doit se prolonger dans une ambition "constructrice", pour bâtir une Europe plus efficace »¹⁸¹¹.

682. Il y a lieu de retenir que l'objectif de rentabilité du coût de la conformité a conduit plusieurs établissements à prendre des mesures d'évitement du risque en lieu et place d'une véritable gestion du risque de non-conformité. Cette réalité a des répercussions sur l'ensemble du système bancaire et financier et est génératrice d'exclusion financière, creusant par là même les défaillances du marché. Les autorités publiques doivent donc intervenir davantage pour lutter contre les effets contre-productifs des programmes de conformité et sanctionner les établissements qui participent au déséquilibre lié au phénomène de *de-risking*, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

¹⁸⁰⁹ HSBC France, « Communiqué de presse relatif aux résultats semestriels 2018 et changement de rattachement juridique de filiales et succursales européennes de HSBC Bank plc », 6 août 2018, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/180806-hbfr-1h-2018-results-fr-final.pdf>.

¹⁸¹⁰ C.monét.fin.art.L.561-33 II 1°.

¹⁸¹¹ VILLEROY DE GALHAU (F.), *op. cit.*

En outre, pour constituer un réel investissement pour l'avenir des établissements bancaires et financiers, la *compliance* doit emprunter la voie de l'innovation et trouver des solutions d'optimisation si elle ne veut pas constituer un simple centre de coûts pour les professionnels. La fonction de conformité doit se renouveler pour être en mesure d'accompagner au plus tôt le changement de modèle des grands groupes bancaires, qui s'éloigne par la force des choses du schéma classique des agences bancaires physiques. Le changement insufflé par le *Brexit* et les nombreux avantages qui en découlent pour la place financière parisienne ne seront pas suffisants pour absorber le choc, face à la baisse des taux d'intérêts et au manque de compétitivité des grands groupes bancaires. On peut valablement penser que la vague de restructuration qui se prépare va toucher tous les métiers de la banque, et n'épargnera certainement pas la fonction de conformité.

Conclusion du Chapitre II

683. Plusieurs hypothèses ont été soulevées quant à l'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier. La transformation de la fonction de conformité a tout d'abord, été rappelée pour mettre en exergue son industrialisation progressive ainsi que sa nécessaire digitalisation pour accompagner les changements qui traversent le secteur bancaire et financier dans son ensemble. L'avènement d'un monde normatif nouveau a également été soulignée avec l'émergence de nouveaux enjeux structurels et politiques qui participent tantôt, à l'expansion de la conformité comme c'est le cas à titre d'illustration du « *Brexit* », tantôt à son affaiblissement, concurrencée par de nouveaux acteurs de la révolution digitale. Les ravages de l'exclusion financière, conséquence directe du coût de la conformité ont aussi été évoqués à travers la tentation du « *de-risking* », qui guette de plus en plus d'établissements.

684. Notre réflexion nous a mené à envisager l'essoufflement progressif des initiatives d'autorégulation et de corégulation, qui doit présager un soutien et un engagement plus important des autorités publiques dans la régulation des comportements. En ce sens, et contrairement à certains courants de pensées, l'avenir du système normatif de régulation du secteur ne réside pas dans la construction d'un véritable « droit de la *compliance* » incarné par un Code de la *compliance* et des professionnels régulés qui exercent à leurs dépens une mission de service publique. Au contraire, celui-ci repose davantage dans le renouvellement du « droit de la régulation » qui impose un sursaut autoritaire des régulateurs et donne une place de premier ordre à l'Etat dans la régulation des marchés bancaires et financiers vers un certain renouveau du droit dur.

Conclusion du Titre II

685. Notre réflexion nous a poussés à envisager la finalité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier. La *compliance* tout autant que le *soft law*, sont au service de la société et doivent contribuer à son développement harmonieux et équilibré. Dès lors, la construction d'un cadre juridique lisible et intelligible pour les professionnels du secteur, nous paraît être le remède efficace aux insuffisances relevées au sein du système normatif actuel. Pour éviter la paralysie menant à l'inaction des établissements bancaires face à l'afflux constant de normes, il est indispensable de remédier au déficit d'intelligibilité et aux difficultés d'appréhension du *soft law*. La consécration législative du droit souple émanant des autorités de régulation est un premier pas à franchir et doit s'accompagner d'un encadrement juridique fort de la *compliance* pour accroître efficacement la prise en compte des intérêts communs de la place. L'impulsion doit être donnée par les institutions européennes qui doivent agir de concert avec les autorités nationales de régulation pour créer un modèle européen de référence.

686. De plus, le renouvellement de l'action des pouvoirs publics est indispensable pour étendre le champ actuel de la régulation et aider davantage les professionnels à se structurer dans la lutte contre le crime financier. L'avenir du droit de la régulation ne se situe pas au cœur de davantage de supervision des autorités de régulation mais au contraire en partenariat avec les acteurs privés du secteur qui sont chaque jour confrontés à de nouveaux défis qui les dépassent.

Conclusion de la Partie II

687. Il est nécessaire de retenir que ce « nouveau » système normatif de régulation qui met en scène *compliance* et *soft law* pose indéniablement la question de sa légitimité. Que penser d'une action normative sans habilitation ? Si l'efficacité du système normatif dans la défense d'intérêts privés, mais aussi dans la prise en charge d'impératifs d'ordre nationaux a été rappelée à plusieurs reprises dans cette réflexion, le constat est sans appel, des progrès restent à parcourir pour renforcer la crédibilité et la force de l'action normative. C'est sans doute la confusion des différents buts poursuivis qui accentue le manque de clarté soulevé. En effet, ces modes complémentaires à la régulation dite « classique » aident aujourd'hui les professionnels du secteur à prendre conscience de leur raison d'être et des obligations qui pèsent sur eux. La mise en place d'un programme de conformité est devenue au fil du temps, une solution alternative pour éviter tout risque de sanction des autorités de régulation et absorber la superposition de normes qui constituent un véritable « millefeuille » réglementaire et législatif. Toutefois, à côté de cet enjeu d'ordre privé, il existe désormais, à la charge des professionnels régulés, un but plus ambitieux qui relève de prérogatives d'ordre public, à savoir la lutte contre le crime financier et la protection de la personne. En faisant entrer l'intérêt général dans l'entreprise, on assiste à un changement de paradigme qui doit être accompagné et encadré par les pouvoirs publics pour éviter tout risque d'asphyxie du système bancaire et financier actuel.

688. Pour éviter toutes formes de dérives et lutter contre les insuffisances du système normatif de régulation, l'action législative se présente comme le remède efficace pour conférer à l'action normative toute sa légitimité et permettre une homogénéisation des pratiques de *compliance* à l'échelon européen, sous l'égide des autorités publiques. Dans cette configuration, il paraît peu judicieux à l'avenir de recourir davantage aux initiatives d'autorégulation et de corégulation. Malgré les nouveaux challenges et obstacles qui entourent chaque jour la fonction de conformité, on peut raisonnablement penser que la *compliance* dans le secteur bancaire et financier a d'ores et déjà atteint son point d'inflexion. L'industrialisation des programmes de conformité et leur automatisation semblent dans ce sens la voie empruntée par les professionnels du secteur pour réduire drastiquement leurs coûts, surtout si les autorités de régulation ne les accompagnent pas plus dans la prise en charge des impératifs d'ordre public.

Conclusion générale

689. Les normes de *soft law*, principes ou règles entendus comme les actes non-contraignants pouvant émaner des autorités publiques comme des acteurs privés, sont un instrument supplémentaire dans la panoplie des outils disponibles pour encadrer l'activité bancaire et financière. Cela participe à un renouveau progressif de la doctrine juridique majoritaire des sources formelles.

690. Si, traditionnellement, les sources du droit sont présentées autour de la *summa divisio* entre les sources formelles, la loi et les sources informelles, la doctrine et la coutume, il n'est pas surprenant que le *soft law* avec son absence de caractère obligatoire et répressif, soit cantonné à un rôle mineur dans la dogmatique juridique majoritaire. Écarté du catalogue des sources formelles du droit, le *soft law* est classé parmi les sources nées de la pratique, issues de la profession lorsqu'il n'est pas totalement absent des ouvrages d'introduction au droit. Pour en finir avec le refus de l'attribution du statut de source du droit des normes de *soft law*, nous avons prouvé qu'elles devaient recevoir le statut de norme juridique.

Pour ce faire, nous avons dépassé la pensée traditionnelle des critères de normativité du droit et adopté une conception graduelle de la force juridique selon une échelle de juridicité. En faisant tomber les concepts classiques du critère formel, du caractère contraignant et de la réception de la norme par le juge, nous avons pu démontrer la juridicité atténuée du *soft law*, la nature juridique d'un acte pouvant être caractérisée par sa capacité à produire un effet de droit. Dès lors, l'effectivité des actes de *soft law* se mesure dans la faculté des destinataires à percevoir la norme comme obligatoire, ou encore à l'assimiler à la loi. Cette adhésion pleine et entière à la norme témoigne de l'effet juridique du *soft law* et révèle l'inefficacité de la loi face à l'efficacité du *soft law*.

691. En adoptant une approche fonctionnelle du droit qui consiste à analyser un phénomène en raison de la fonction qu'il assure dans le système juridique, nous avons établi un premier classement des différentes manifestations du *soft law* à partir duquel la *compliance* prend sa source. L'effet juridique produit par le *soft law* est induit de sa fonction de réglementation qui permet d'associer les acteurs privés au processus d'élaboration de la norme. Il assure également une fonction d'interprétation à la disposition du juge et des autorités de régulation ainsi qu'une fonction de régulation dans le système juridique. Par le biais de l'interprétation, le *soft law* constitue une aide à la lecture du droit applicable et au travers de la régulation, il participe au processus de régulation privée. Pour ces raisons, le droit souple joue un rôle certain dans la fabrication du droit bancaire et financier et doit à ce titre revendiquer le statut de source du droit.

De plus, pour ordonner la matière, nous avons procédé à un recensement des actes de *soft law* en matière bancaire et financière en distinguant selon l'origine du *soft law* et la qualité de son auteur. Cet ordonnancement a permis de mettre en exergue la part importante que constitue le *soft law* émis par les professionnels régulés et les organisations/associations professionnelles. Il révèle une volonté des praticiens de prolonger l'action de régulation jusque dans l'entreprise pour permettre une meilleure internalisation de la règle de droit par le biais de la *compliance* et des programmes de conformité. Le *soft law* d'origine publique témoigne quant à lui d'une certaine bureaucratisation du droit qui se manifeste au travers de l'afflux de normes créées par les institutions et autorités de régulation nationales, européennes et internationales. A la manière des médecines douces, les normes de *soft law* constituent une catégorie à part entière qui vient en complément de la loi, de la jurisprudence, et de la coutume.

692. La diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières étant démontrée, il était nécessaire ensuite de s'interroger sur l'intégration des normes de *soft law* dans l'ordre juridique interne.

693. L'analyse du passé de la régulation en matière bancaire et financière est une première étape pour comprendre les évolutions structurelles du secteur qui sont apparues ces dernières années. A ce titre, nous avons relevé que l'exposition des établissements bancaires au risque de marché, marquée par l'essor de la titrisation, a participé à un véritable changement de modèle économique de référence des banques. Cette transformation a atteint son point d'inflexion en 2008 avec la crise des *subprimes* et le phénomène de « capture du régulateur » qui ont révélé des failles importantes dans le cadre de régulation existant.

De ce constat est née une réflexion quant aux leçons à tirer de cette crise ainsi qu'à la voie et aux moyens à utiliser pour réguler davantage les activités bancaires et financières. Nous avons rappelé que pour suivre les évolutions récurrentes du secteur, la voie de la contrainte réglementaire - qui est celle empruntée par l'Union européenne « post-crise » - reste la plus efficace et a permis une réforme indispensable en Europe, reposant aujourd'hui sur les trois piliers de l'Union bancaire. Nous avons également soulevé que pour renforcer l'efficacité de la régulation par voie réglementaire, il faut également envisager de recourir de manière pragmatique et raisonnée au *soft law* et à l'autorégulation du secteur privé pour des sujets bien définis. Dans ce sens, il convient de trouver le bon dosage entre autorégulation et réglementation dans la prévention du risque systémique.

694. Sous cet aspect, nous avons plus précisément analysé la place laissée aux normes de *soft law*, dans la nouvelle architecture de supervision bancaire et financière qui s'est construite après la crise financière mondiale. La création de trois nouvelles autorités européennes, les AES, est venue bouleverser le cadre de coopération horizontal existant. En poussant les ANR à mettre en œuvre les orientations, les recommandations que les AES

produisent, un nouveau rapport d'autorité s'est créé entre les autorités nationales et européennes qui favorisent le recours au *soft law* comme outil de régulation des comportements. L'extension des pouvoirs de la BCE, qui s'est vue confier des missions de surveillance prudentielle ainsi que la supervision directe de grands groupes bancaires, participe également à l'affirmation d'une logique d'intégration verticale. Celle-ci conduit à une vraie intensification des relations entre les autorités nationales et européennes, et une uniformisation des pratiques en Europe.

Du côté des professionnels régulés, nous avons expliqué que ceux-ci ont aussi trouvé une manière d'intégrer le *soft law* au sein de leurs établissements, par le biais de la fonction de conformité. En effet, la pratique du métier de banquier a été bouleversée par les nouvelles obligations de vigilance notamment en matière de LCB-FT. Ce sont ces nouvelles prérogatives accompagnées de récents changements structurels et technologiques qui ont poussé les établissements à mettre en place une fonction *compliance*, qui s'est transformée au fil du temps et est devenue un véritable outil de gestion du risque de non-conformité à la disposition des banques.

Pour attester plus largement de la reconnaissance des normes de *soft law* dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières, nous avons analysé la réception juridique du *soft law* par le législateur et par le juge. Cette réflexion nous a permis de constater un phénomène de durcissement du droit souple, tour à tour saisi par le législateur ou la voie contractuelle. Ce glissement progressif vers le droit dur ou « *hard law* » traduit l'importance de la soumission du droit aux besoins de la pratique, qui passe par une phase d'expérimentation puis de maturation du droit souple. Dès lors, même si le *soft law* peut être source de conflits juridiques et constituer par là-même une menace pour la sécurité juridique, il paraît aujourd'hui impensable d'imaginer un environnement juridique sans actes de droit non-contraignant. Il faut donc comprendre que malgré bon nombre de ses détracteurs, la puissance de fait du *soft law* est une réalité et se dévoile à l'aune de son pragmatisme dans l'ordre juridique interne.

695. Puis, après avoir statué sur la pertinence de recourir au *soft law* comme outil de conception de la *compliance* et de régulation du secteur bancaire et financier, nos recherches nous ont menés à nous questionner sur la *compliance*, comme expression de la densification normative du *soft law* en matière bancaire et financière. Il nous est paru intéressant de mesurer en premier lieu son efficacité dans la défense d'intérêts privés mais également dans la prise en charge d'impératifs nationaux, d'ordre public.

696. Le système normatif de régulation du secteur bancaire et financier repose en partie sur des modes complémentaires du cadre législatif classique que sont : l'autorégulation et la corégulation. Ces mécanismes de régulation qui découlent tout droit d'une culture utilitariste anglo-saxonne s'inscrivent dans une logique de dépassement du droit et se traduisent par le recours à de nombreux instruments de *soft law*. Dans ce cadre, nous avons cherché à

déterminer quels ont été au cours des dernières années, les facteurs de développement de ces initiatives d'autorégulation et de corégulation. Il nous est apparu que c'est en raison du renforcement du dispositif de sanctions des autorités de régulation bancaire et financière et du prononcé de certaines amendes dites « records », que les professionnels ont été poussés à s'autoréguler ou à être davantage associés à la norme. Nous avons relevé également que la construction européenne est un terrain de jeu idéal au déploiement de ce système normatif. La Commission européenne fait depuis de nombreuses années, la promotion d'une réglementation dite « intelligente » dans un objectif de simplification et de réduction de la charge réglementaire.

Inspirée par ces modes alternatifs de régulation, la « *compliance* à la française » est le résultat de la volonté des professionnels du secteur d'appréhender différemment la gestion de leur risque de non-conformité pour se prémunir de toute sanction. A ce titre, nous avons démontré que son introduction au sein des banques françaises est le fruit d'un lent processus d'acculturation dont le point d'ancrage se trouve dans l'appropriation des concepts anglo-saxons et le déploiement de nouveaux engagements éthiques. Ainsi, certains établissements bancaires français ont mis en place à titre d'illustration, une démarche de crédit dit « responsable », ancrée sur des valeurs de protection du consommateur, qui a pour objectif de limiter le surendettement.

Pour pousser notre réflexion un peu plus loin, nous nous sommes demandé si ces initiatives de conformité peuvent représenter un véritable moteur de performance pour l'établissement qui les instaure. Sur ce point, s'il existe plusieurs indicateurs permettant de mesurer la solidité d'un programme de conformité, nous avons constaté qu'il est très difficile d'établir un lien de cause à effet entre *compliance* et performance. Sources d'avantages concurrentiels durables, les programmes de conformité semblent constituer un facteur de différenciation plus qu'un réel vecteur de performance. Dans le prolongement de la loi « PACTE », la « *compliance* à la française » participe à ce que chaque entreprise prenne conscience de sa raison d'être et de l'impact de ses activités.

697. Outre la défense d'intérêts privés, la *compliance* se singularise sous un autre aspect, dans le cadre juridiquement défini de la lutte contre le crime financier. L'introduction grandissante dans l'économie légale et les circuits financiers de fonds d'origine délictueuse ou criminelle a conduit à la mise en place d'un dispositif juridique de LCB-FT, dans lequel la fonction de conformité dite « anti-blanchiment » a fait son entrée. A ce titre, nous avons démontré que la coopération internationale et européenne s'est accélérée ces dernières années afin que les Etats prennent conscience des liens étroits existants entre le crime financier et l'économie légale. Plusieurs normes de droit souple et de droit dur ont été émises dans ce sens et ont abouti à la répression en France de l'infraction de blanchiment de capitaux et quinze ans plus tard à l'introduction dans le Code pénal du délit de financement du terrorisme. Bien

qu'aujourd'hui la répression du BC-FT fasse l'objet d'une préoccupation constante des pouvoirs publics, des scénarii toujours plus élaborés de BC-FT continuent de se développer et d'échapper à la surveillance des autorités. La menace terroriste dispose toujours d'un temps d'avance, la mondialisation du crime financier faisant échec à toute forme de contrôle et de réglementation stricte des activités bancaires et financières par les pouvoirs publics. Dans cette configuration, nous avons prouvé comment la *compliance* constitue un palliatif important aux défaillances des pouvoirs publics dans la prise en charge d'enjeux nationaux comme la LCB-FT. De l'aveu de faiblesse des pouvoirs publics dans la répression à grande échelle du crime financier, sont nées de nouvelles prérogatives confiées aux professionnels du secteur pour freiner en première ligne la criminalité financière. Positionnés au plus près de l'émetteur du risque de criminalité financière, les professionnels régulés se sont vus attribuer par les pouvoirs publics, la charge de déployer des dispositifs de contrôles et des programmes de conformité pour prévenir et détecter d'éventuelles opérations de BC-FT, aux côtés de Tracfin.

Pour répondre à ces obligations, les établissements bancaires et financiers n'ont pas eu d'autre choix que de se doter en pratique de moyens humains et matériels que nous avons détaillés. A ce titre, la fonction de conformité anti-blanchiment participe à la mise en place d'une approche consolidée des risques LCB-FT pour une uniformisation des pratiques au sein de filiales et succursales de grands groupes bancaires. Dès lors, pour comprendre le caractère indispensable de la *compliance* anti-blanchiment sous l'angle de la prévention et de la détection du crime financier, nous avons expliqué en quoi consistent les différentes mesures de vigilance et systèmes de détection mis en place par les banques. Cette réflexion nous a mené à considérer que l'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier, repose en grande partie sur l'action menée par les professionnels régulés par le biais de la fonction de conformité.

698. Après avoir évoqué la capacité de ce système normatif de régulation à produire des résultats dans la défense d'intérêts privés mais également nationaux, nous avons envisagé les progrès restant à parcourir pour lutter contre ses insuffisances.

699. Malgré les nombreux avantages que présentent les initiatives d'autorégulation et de corégulation, ces dernières connaissent leurs propres limites, et peuvent témoigner dans certains cas d'un manque de fermeté des pouvoirs politiques. L'absence de contrôle manifeste dans le suivi et l'application de ces mécanismes contribue parfois à accentuer le mirage d'une action législative à venir, créant l'amalgame entre autorégulation et dérégulation. Le choix des pouvoirs publics de recourir à des modes de régulation complémentaires du cadre législatif classique a souvent fait l'objet de nombreuses critiques. Les institutions européennes elles-mêmes sont divisées à ce sujet. Tandis que le Parlement européen se positionne en censeur des instruments juridiques non-contraignants craignant une atteinte à la sécurité juridique des citoyens européens, la Commission européenne à la différence, encourage les tentatives

d'amélioration des processus d'autorégulation et de corégulation. Elle promeut l'utilisation des normes de *soft law* qui en découlent.

Tout l'enjeu de notre travail a été ici de démontrer dans quelle mesure l'action législative peut constituer un remède efficace aux insuffisances du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier. Pour ce faire, nous avons imaginé l'encadrement juridique du *soft law* d'origine publique pour lever toute ambiguïté sur son applicabilité. Cette projection a mis en exergue des changements institutionnels à prévoir à travers l'octroi d'un véritable pouvoir réglementaire à l'ACPR ainsi que des implications juridiques de taille à l'encontre des professionnels du secteur. Le durcissement du *soft law* d'origine privée a lui aussi été envisagé afin de balayer les effets pervers des engagements illusoires pris par certains établissements bancaires.

Pour donner davantage de crédibilité et de force au système normatif de régulation du secteur, nous avons étudié les conséquences d'un encadrement juridique progressif de la *compliance* et de son extension en Europe. Notre réflexion nous a conduit à évoquer la prévention du risque de corruption à la charge des banques et des entreprises françaises qui résulte de la loi Sapin II et marque le passage d'une approche de bonne gouvernance à une obligation légale de lutte contre la corruption. De ce point de départ est née l'idée du déploiement en Europe d'un socle de conformité commun à toutes les sociétés européennes, suffisamment robuste pour contrer l'extraterritorialité du droit américain. En dépit de la difficulté d'instaurer une véritable doctrine de la *compliance* et des instruments nécessaires à sa mise en œuvre, il ressort de notre analyse que ce modèle européen de *compliance* permettrait de combler les lacunes identitaires de l'Union européenne et pourrait être utilisé comme une arme diplomatique.

700. Enfin, dans une démarche plus prospective, nous avons envisagé l'avenir de ce système normatif de régulation du secteur bancaire et financier. Notre analyse nous a conduit à aborder l'essoufflement progressif des initiatives d'autorégulation et de corégulation tenant à l'identification de plusieurs facteurs d'échec. Le premier réside dans la prise en compte grandissante d'intérêts privés dans le déploiement de ces mécanismes qui peut se traduire par une stratégie d'évitement de la contrainte et la triste vérité du non-respect par les professionnels de la réglementation applicable. L'absence de représentativité des acteurs de l'autorégulation et de la corégulation constitue également un frein à leur développement à plus long terme. Pour faire perdurer l'adhésion des parties prenantes à ces modes de régulation privés, nous avons relevé qu'il convient d'élargir la représentativité à d'autres acteurs privés du secteur tels que les institutions représentatives du personnel ou encore les organisations non-gouvernementales, ce qui n'est pas le cas à ce jour.

Nous avons supposé à l'avenir que les autorités de régulation chercheront à davantage contrôler et suivre la production de ces initiatives de régulation privée avec pour objectif de réguler les comportements et pourquoi pas de délivrer des labels de référence auprès de

certains professionnels. Ce sursaut autoritaire des autorités publiques contribuerait par conséquent à diminuer l'attrait de l'autorégulation et de la corégulation.

Nos recherches nous ont poussés à réfléchir au sort à réserver au droit de la régulation. En réponse aux réflexions menées par plusieurs auteurs sur ce sujet, nous avons souligné qu'il nous paraît peu probable que le droit de la régulation actuel se mue en un droit nouveau : le droit de la *compliance*, prenant vie suite au retrait des autorités publiques dans la régulation des comportements. Bien au contraire, l'horizon du droit de la régulation se trouve au cœur de notre raisonnement, dans le renouvellement de l'action des pouvoirs publics qui doivent entrer dans un rapport de coopération et d'entraide avec les professionnels régulés pour servir les intérêts nationaux qu'ils défendent.

Puis, nous nous sommes interrogés sur le devenir de la fonction *compliance* et sur sa capacité de résistance face aux enjeux d'aujourd'hui mais aussi aux défis de demain. Nous avons rappelé à cet effet que la lutte contre l'exclusion bancaire doit être au centre des préoccupations des autorités de régulation du secteur face à l'effet désastreux que représente le phénomène d'évitement du risque ou « *de-risking* » pratiqué par certains établissements bancaires et financiers. Ce procédé qui est la conséquence directe du coût trop élevé de la *compliance* et des programmes de conformité, pousse les professionnels à se séparer d'un pan de leur activité dit « à risque » et doit être à ce titre réellement sanctionné, au profit d'une vraie gestion du risque de non-conformité.

Nous avons également relevé que la fonction *compliance* doit se préparer à de nouveaux affrontements face à la digitalisation croissante du métier de *compliance officer* ainsi qu'à l'industrialisation de la fonction. Les professionnels du secteur lassés d'investir massivement dans la conformité, vont chercher à réduire drastiquement leurs charges. Le recours à la technologie et à l'intelligence artificielle est déjà une option privilégiée par certains établissements, et va s'accompagner d'une transformation progressive de la fonction de conformité qui devra définir le cadre de référence de ces innovations. Pour assurer leur longévité, les programmes de conformité doivent être adaptés et adaptables aux changements structurels mais aussi politiques qui les entourent, à l'image du « *Brexit* » dont nous avons analysé les impacts directs sur la fonction de conformité. Il revient ensuite aux autorités de régulation d'accompagner les professionnels dans cette transition afin de leur permettre de relever ses défis sans mettre de côté les impératifs nationaux qui sont en jeu.

701. Le sens de notre démarche a été d'analyser et de rapprocher les deux notions que sont la *compliance* et le *soft law* avec objectivité sans chercher à les magnifier. Après avoir démontré en quoi il est pertinent de recourir au *soft law* comme outil de conception de la *compliance* pour réguler le secteur bancaire et financier, nous nous sommes intéressés plus précisément à la *compliance* en tant qu'expression de la densification normative du *soft law*.

De là naît une interrogation quant au regard à porter à leurs développements. L'utilisation massive du *soft law* et sa reconnaissance dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financière témoigne du besoin de renouvellement des sources du droit dans la société actuelle. Nous en tirons un enseignement : les normes de *soft law* répondent de manière pragmatique à la nécessité de rapprocher le droit de la pratique. C'est la raison pour laquelle elles occupent un espace déserté par les sources traditionnelles du droit.

La fonction *compliance* déployée par les établissements bancaires et financiers compense quant à elle, l'effacement progressif des pouvoirs publics dans la prise en charge d'enjeux nationaux, au point de devenir aujourd'hui un instrument indispensable à l'efficacité de la régulation du secteur bancaire et financier. Sur cette voie, quelle finalité peut-on envisager pour ces dispositifs de *compliance* ? La mécanisation croissante de la fonction *compliance* conduit-elle à sa disparition ou au contraire à son européanisation ?

Sans tomber dans l'excès, il faut tirer des enseignements des crises financières précédentes qui nous rappellent profondément que notre modèle de régulation doit être agile et réactif pour s'adapter à un secteur en perpétuelle mutation. Sur ce point, on pourra reconnaître que les normes de *soft law* ainsi que les dispositifs de *compliance* permettent un renouvellement permanent du droit et une forte réactivité dans son application.

Annexe I



COUR D'APPEL DE PARIS

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE
PARIS

PARQUET NATIONAL FINANCIER

N/Réf: PNF 11024092018

JIRSIF 14/9

Convention judiciaire d'intérêt public

entre

Le PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE FINANCIER

près le tribunal de grande instance de Paris

et

HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA, ci-après« PBRs »

Numéro fédéral: CH-660.0.074.001-4

Représentée par Monsieur Francesco MORRA, directeur général,
et par Madame Rachel MATTATIA, responsable du service juridique

9-17 Quai de Bergues, 1201 Genève, Suisse

Vu l'article 180-2 du code de procédure pénale;

Vu le décret n°2017-660 du 27 avril 2017 relatif à la convention judiciaire d'intérêt public et au cautionnement judiciaire;

Vu l'ordonnance de soit-communié de Madame Charlotte BILGER et Monsieur Clément HERBO, vice-présidents chargés de l'instruction, en date du 09 octobre 2017 et les réquisitions du procureur de la République financier en date du 09 octobre 2017 aux fins de mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale;

Vu l'ordonnance de transmission du dossier d'information judiciaire au procureur de la République financier en date du 12 octobre 2017 prise en application de l'article 180-2 du code de procédure pénale en vue de la mise en œuvre des dispositions de l'article 180-2 du même code ;

PBRS et le groupe HSBC

A-PBRS

1. PBRS est une société anonyme de droit suisse dont le siège social est situé 9-17 Quai de Bergues, à Genève (Suisse).
2. PBRS a été constituée en janvier 2001 dans le cadre de la restructuration des activités de banque privée du groupe HSBC. Elle résulte principalement de l'acquisition par le groupe HSBC, en 1999, de Republic New York Corporation et Safra Republic Holdings, qui détenaient la RNB Republic National Bank de New York (Suisse) SA.

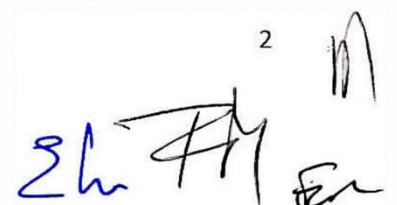
En 2009, PBRS a fusionné avec HSBC Guyerzeller Bank Ltd (« HSBC GUYERZELLER »), autre filiale suisse du groupe HSBC qui opérait également sur la ligne de métier « banque privée ».

3. En 2006, PBRS employait 2.180 salariés et jusqu'à 2 469 salariés en 2007. A cette date, outre son siège à Genève, elle disposait aussi de succursales à Zürich et Lugano, Guernesey, Hong Kong, Singapour et Nassau (Bahamas).
4. PBRS effectue toutes les opérations ordinaires bancaires et de courtage en valeurs mobilières pour le compte de ses clients et pour son propre compte. Ses principales activités sont la gestion d'actifs pour des clients particuliers ou institutionnels, auxquels elle offre des services personnalisés en vue de développer leurs avoirs, et la fourniture de crédit.
5. En 2006, le montant des avoirs sous gestion de PBRS était de 104,79 milliards d'euros¹. Son bénéfice avant impôts et résultats extraordinaires s'élevait à 352,73 millions d'euros².

¹ 168,6 milliards de francs suisses au 31 décembre 2006

² 567,5 millions de francs suisses au 31 décembre 2006

2



En 2007, le montant des avoirs sous gestion de PBRS était de 112 milliards d'euros, • Son bénéfice après impôt était de 401.9 millions d'euros⁴.

En 2006 et 2007, PBRS disposait de son propre conseil d'administration et de son propre directeur général, ainsi que de services juridiques, conformité, et anti-blanchiment propres. A cette époque, les salariés en charge des activités bancaires et des fonctions support au sein de PBRS étaient sous l'autorité de la direction générale de PBRS. Il existait également, pour les responsables des départements supports de PBRS (juridique, conformité, informatique, finance, audit, marketing, ressources humaines) des lignes de *reporting* au niveau régional ou au niveau du groupe.

B – Le groupe HSBC

6. PBRS fait partie du groupe HSBC, l'une des plus grandes organisations bancaires et financières du monde.

En 2007, le réseau international du groupe HSBC comportait environ 10 000 implantations, réparties dans 83 pays en Europe, en Asie-Pacifique, en Amérique du Nord et du Sud, ainsi qu'au Moyen-Orient et en Afrique.

En 2006, le groupe HSBC comptait 312 000 salariés dans le monde et jusqu'à 330 000 en 2007. Il en compte actuellement 235 000.

En 2007, le bénéfice consolidé du groupe avant impôts était de plus de 24 milliards de dollars US.

7. La société holding de tête du groupe est HSBC Holdings PLC («HOLDINGS»). HOLDINGS est une société de droit britannique, dont le siège social est situé à Londres (Royaume-Uni), qui employait environ 505 personnes en 2006.
8. HOLDINGS détient des participations directes ou indirectes dans les filiales du groupe HSBC à travers le monde.
9. En 2006 et 2007, HOLDINGS détenait indirectement le capital de PBRS par l'intermédiaire de sa filiale anglaise «HSBC BANK PLC » et via la holding suisse HSBC PRIVATE BANKING HOLDINGS SA SUISSE qui elle-même détenait alors 94.56 % de PBRS.
10. HOLDINGS n'est pas un établissement bancaire et n'effectue pas d'opération bancaire. Son rôle est de définir les objectifs stratégiques qui doivent être atteints par les entités du groupe. En 2006 et 2007, le groupe HSBC opérait au moyen de deux groupes clients, Services personnels et financiers et Banque commerciale, et de deux lignes de métier globales, la Banque de financement, d'investissement et de marchés et la Banque privée, dont faisait partie PBRS.

HOLDINGS a également pour fonction primordiale de fournir à ses filiales du financement, en capital ou par endettement.

³ 186,5 milliards de francs suisses au 31 décembre 2007

⁴ 665.143.000 de francs suisses au 31 décembre 2007

11. Entre 2006 et 2008, la ligne de métier « Banque privée» (dénommée *Global Private Banking* « GPB») a employé jusqu'à 6 800 collaborateurs dans le monde, dont environ 2 500 au sein de PBRS.
12. En 2006, la ligne de métier GPB a généré un profit avant impôts d'1.2 milliards de dollars US (pour 333 milliards de dollars US d'actifs sous gestion). Le groupe HSBC était l'un des cinq acteurs les plus importants du secteur de la banque privée au niveau mondial.

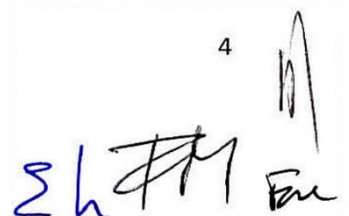
II - EXPOSE DES FAITS

13. Le 23 avril 2013, une information judiciaire a été ouverte par le procureur de la République de Paris, qui s'est ensuite dessaisi au profit du procureur de la République financier, relative à des faits commis en 2006 et 2007 qualifiés de :

- démarchage bancaire ou financier illicite de prospects français ou résidant sur le territoire national (commis par des personnes non habilitées) et complicité du même délit;
- blanchiment en bande organisée de fonds obtenus à l'aide de démarchages bancaires ou financiers illicites;
- blanchiment en bande organisée de fraude fiscale.

La présente Convention concerne les activités des établissements suisses de PBRS.

14. Suite à la saisie, le 20 janvier 2009, de documents informatiques trouvés au domicile en France d'un ancien salarié du département informatique de PBRS, les investigations ont révélé que de nombreux contribuables français n'avaient pas déclaré à l'administration fiscale les avoirs qu'ils détenaient sur des comptes bancaires ouverts dans les livres de PBRS.
15. Ces investigations ont également révélé que PBRS avait sciemment apporté son concours, pendant plusieurs années et en tout cas en 2006 et 2007, à ces contribuables français qui souhaitaient se soustraire totalement ou partiellement à l'établissement de l'impôt (impôt sur le revenu et impôt sur la fortune), notamment en tenant dans ses livres des comptes dont ils étaient les bénéficiaires ultimes et au moyen desquels ces contribuables français ont été en mesure de placer et dissimuler au fisc français leurs avoirs.
16. PBRS a mis à disposition de ses clients français des services standards, communs au sein de l'industrie bancaire suisse à cette époque, qui pouvaient être utilisés par ces clients aux fins de dissimulation de leurs avoirs. Ces services incluaient :
- l'ouverture de comptes non nominatifs, codés par une suite alphanumérique permettant de conserver la confidentialité de l'identité de leur titulaire,
 - un service de « banque restante » permettant de conserver le courrier au sein de la banque, afin d'éviter que les clients concernés ne reçoivent à leur domicile des correspondances à en-tête de la banque PBRS concernant les comptes bancaires dont ils étaient les bénéficiaires effectifs, ainsi que des services permettant à ces clients de faire déposer des fonds en Suisse ou de disposer de ces fonds.
17. PBRS, par l'intermédiaire de certains de ses chargés de clientèle, a fourni ces services alors qu'elle disposait d'éléments lui permettant de savoir ou de soupçonner que certains clients français les utilisaient pour dissimuler leurs avoirs à l'administration fiscale française.



18. Plus particulièrement, certains employés de PBRS ont aidé en toute connaissance de cause des clients, contribuables français, à dissimuler leurs avoirs et/ou leurs revenus aux autorités fiscales françaises en leur offrant un service de banque restante, la création et l'utilisation de comptes bancaires non nominatifs ainsi que la possibilité de gérer ces comptes lors de visites personnelles en Suisse ou lors de déplacements de leur chargé de clientèle en France, ou encore en leur conseillant d'avoir recours à un ou plusieurs des services décrits ci-dessus. Plusieurs clients contribuables français ont également déclaré que des salariés de PBRS (dans le contexte de la directive sur les revenus de l'épargne décrit ci-dessous) les ont par ailleurs dissuadés de régulariser leur situation fiscale, leur proposant de renforcer l'opacité de leurs avoirs pour réduire le risque d'être découverts.
19. PBRS, par l'intermédiaire de plusieurs de ses employés, chargés de clientèle et de sociétés gestionnaires de patrimoine, a également conseillé à de nombreux clients contribuables français de transférer leurs avoirs vers des comptes de sociétés offshore, dont beaucoup avaient leur siège social aux îles Vierges Britanniques ou au Panama, et a commercialisé auprès de ces clients la création de telles sociétés ainsi que des comptes bancaires et des services de gestion associés. Ce service avait plus particulièrement pour objet de permettre aux clients concernés d'échapper, à compter du 1^{er} juillet 2005, aux effets d'un accord conclu entre la Suisse et l'Union européenne sur l'application de la directive sur les revenus de l'épargne qui prévoyait de soumettre ces derniers à un prélèvement à la source.
20. En outre, plusieurs chargés de clientèle de PBRS se sont rendus de Suisse en France afin de prospecter de nouveaux clients ou pour proposer de nouveaux produits financiers aux clients de PBRS, ou encore pour inciter ceux qui étaient titulaires de comptes dans plusieurs banques concurrentes à regrouper leurs avoirs auprès de PBRS. Cette stratégie de démarchage avait pour objectif d'augmenter le montant des avoirs de clients français sous gestion de PBRS.
21. Sur la base de l'analyse réalisée par les enquêteurs, le ministère public considère que la liste des comptes découverts à partir des fichiers informatiques saisis au domicile de l'ex-salarié de PBRS comportait plus de 8 900 noms de contribuables français. Le montant des avoirs détenus par les contribuables français sur la seule période 2006 et 2007 auprès des établissements de PBRS à Genève, Lugano et Zürich, a été évalué à au moins 1.638.723.980 euros.
22. Bien qu'il ne puisse être totalement exclu qu'une faible partie de ces avoirs a été hébergée sur des comptes déclarés à l'administration fiscale avant l'ouverture de l'enquête, il est avéré que la plupart des clients français concernés n'a pas déclaré aux autorités françaises les comptes dont ils étaient les détenteurs ou les bénéficiaires effectifs auprès de PBRS.
23. Il ressort également des investigations que dans le même temps, HSBC GUYERZELLER aurait également apporté son concours à la dissimulation à l'administration fiscale française des avoirs de nombreux contribuables français.
24. Après la fusion de PBRS et HSBC GUYERZELLER intervenue en avril 2009, l'ensemble des avoirs détenus par les contribuables français dans ces deux entités a été regroupé sous la seule entité PBRS.
25. A partir des éléments recueillis au cours de l'enquête, le ministère public évalue le montant des avoirs français qui étaient sous gestion des établissements suisses de PBRS (Genève, Zürich et Lugano) et d'HSBC GUYERZELLER à au moins 6 milliards d'euros.

2L FH En

26. PBRS a été mise en examen des chefs de:

- démarchage bancaire et financier illicite de prospects français ou résidant sur le territoire national commis par des personnes non habilitées, faits prévus et réprimés par les articles L. 353-2, L 353-3, L 341-3, L341-4, L 341-1, L341-2 du code monétaire et financier et 121-2 du code pénal;
- blanchiment aggravé de fraude fiscale, faits prévus et réprimés par les articles 121-2, 324-1, 324-2 (1°) du code pénal.

27. En application de l'article 180-2 du code de procédure pénale, PBRS reconnaît ces faits et accepte ces qualifications pénales.

28. En tant que holding de tête du groupe HSBC, HOLDINGS avait établi des règles et des principes généraux, ainsi que des lignes directrices obligatoires applicables dans toutes les filiales et activités du groupe.

29. Ces règles interdisaient en particulier de fournir une quelconque assistance active aux clients en matière de fraude fiscale, prévoyaient des règles anti-blanchiment ainsi que des normes encadrant les activités transfrontalières. A l'époque, dans le groupe HSBC, ces règles générales prévoyaient qu'il incombait aux groupes clients, aux lignes métier et aux filiales opérationnelles de mettre en œuvre les principes établis par HOLDINGS et de s'assurer que les standards établis au niveau du groupe étaient respectés.

30. Le groupe HSBC a fait valoir qu'il fonctionnait à la manière d'une fédération et que de nombreuses décisions relevaient de chaque entité. En outre, HOLDINGS a indiqué qu'historiquement et jusqu'en 2010, la culture de la conformité et les standards de due diligence étaient moins développés chez PBRS qu'ils ne le sont aujourd'hui.

31. Comme d'autres activités du groupe HSBC, celle de la ligne de métier GPB était coordonnée au niveau mondial par un comité exécutif qui réunissait les directeurs généraux et certains responsables de fonctions exerçant au sein de la ligne de métier banque privée. En 2006 et 2007, le directeur général de PBRS siégeait au sein de ce comité exécutif, qui était dirigé par un Président, désigné par un comité interne de HOLDINGS.

32. Le comité exécutif de GPB (« GPB exco ») avait pour mission de suivre globalement les activités stratégiques des banques privées du groupe HSBC, et d'évoquer et coordonner les grands axes de leur stratégie opérationnelle ainsi que les principes qu'elles devaient mettre en œuvre, y compris au plan des règles juridiques et de conformité applicables.

33. Le groupe HSBC a reconnu des défauts de contrôle passés vis-à-vis de ses filiales suisses.

34. Il a indiqué avoir initié, depuis 2011, une refonte complète de sa structure, de ses contrôles et de ses procédures, visant à adapter son profil de risque. Dans ce cadre, le groupe HSBC déclare:

- avoir accru son contrôle sur les activités de ses filiales opérationnelles, en particulier par le biais du renforcement des lignes de *reporting* opérationnelles et fonctionnelles vers HOLDINGS, avoir établi un contrôle centralisé plus étroit s'agissant de ses clients,
- s'être retiré d'un certain nombre de marchés, et
- avoir mis en place des standards robustes relatifs à la criminalité financière, et à la transparence fiscale, et avoir renforcé la mise en œuvre de ces règles grâce à des équipes conformité dans le monde entier.

35. PBRS annonce également avoir mis en œuvre, à partir de la fin des années 2000, des réformes visant à assurer une plus grande transparence qui ont abouti à une refonte complète de son activité et de sa gestion. Ainsi, elle fait valoir que :
- son *management* senior a substantiellement été modifié avec, par exemple, la désignation de nouveaux directeurs généraux, d'un nouveau directeur de la conformité réglementaire et d'un nouveau directeur de la lutte contre la criminalité financière,
 - elle a mis fin à certains services, comme le service de banque restante,
 - elle s'est séparée de nombreux clients et qu'une politique de transparence fiscale a été établie et mise en œuvre s'agissant des clients existants, au terme de laquelle PBRS a revu le dossier de chacun des comptes bancaires ouverts, à la recherche d'éléments susceptibles d'indiquer un potentiel défaut de conformité avec les obligations fiscales.
36. En outre, PBRS indique qu'en 2014, le nombre total de comptes auxquels elle fournissait des services avait été réduit de 70 % par rapport à 2007.

III - AMENDE D'INTERET PUBLIC

37. Au terme de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, le montant de l'amende d'intérêt public est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel de la société calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements.
38. Les montants des chiffres d'affaires bruts – hors résultats exceptionnels – communiqués par PBRS pour les exercices 2014, 2015 et 2016 s'élèvent à :

Année	Chiffre d'affaire brut (CHF) - hors résultat exceptionnel -	Parité CHF/EUR au 31/12	Chiffre d'affaire brut (EUR) - hors résultat exceptionnel -
2014	720 304 000	1 CHF= 0.83174	599 105 649
2015	582 028 000	1 CHF= 0.91954	535 198 027
2016	477 613 000	1 CHF= 0.93266	445 450 541

Soit un **chiffre d'affaire brut moyen de 526 584 739 euros** sur la période 2014-2016.

Le montant maximal de l'amende d'intérêt public encourue, sans préjudice des dommages- intérêts à verser à la victime, est donc de 157 975 422 euros.

39. D'après les éléments recueillis, le montant total des avoirs sous gestion de PBRS en 2007 était de 112 milliards d'euros. La même année, PBRS a dégagé un bénéfice de 401.9 millions d'euros.
40. Les investigations ont permis d'évaluer à environ 1.638.723.980 euros le montant des avoirs dissimulés par des contribuables français par l'intermédiaire de comptes bancaires ouverts dans les livres de PBRS, dont ils étaient les bénéficiaires personnels ou effectifs.

3h JM En

41. Au total, le ministère public évalue le montant des avoirs français sous gestion avant 2009 dans les livres des établissements suisses de PBRS et d'HSBC Guyerzeller à au moins 6 milliards d'euros.

42. Compte tenu des éléments qui précèdent, le profit résultant de la gestion de l'ensemble des avoirs des contribuables français est estimé dans le cadre de la présente convention à la somme totale de **86 400 000 euros** pour les années 2006 à 2009.

Ce montant correspond à celui qui sera mis à la charge de PBRS au titre de la restitution des profits tirés des manquements constatés.

43. La gravité exceptionnelle des faits reprochés à PBRS et leur caractère habituel, puisqu'ils ont été commis pendant plusieurs années, justifient l'ajout d'une pénalité complémentaire.

44. PBRS, qui n'a pas révélé les faits aux autorités judiciaires françaises ni reconnu sa responsabilité pénale durant l'information judiciaire, a apporté une coopération minimale aux investigations. Toutefois, il convient de retenir qu'à la date d'ouverture de l'enquête et jusqu'en décembre 2016, il n'existait pas en France de dispositif légal encourageant une pleine coopération.

Par conséquent, il est justifié de fixer à **71575 422 euros** le montant de la pénalité complémentaire, de sorte que le montant total de l'amende mise à la charge de PBRS soit égal au maximum du montant de l'amende tel qu'encouru au regard de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale.

IV- REPARATION DU PREJUDICE DE LA VICTIME

45. L'Etat français s'est constitué partie civile dans le cadre de l'information judiciaire le 02 mai 2013 s'agissant des faits de blanchiment aggravé de fraude fiscale.

46. Par lettre de son conseil Me NORMAND-BODARD, l'Etat a évalué le montant de son préjudice à partir du montant des actifs sous gestion concernés, en appliquant à ce montant un taux de fiscalisation forfaitaire résultant des constats faits par le service des traitements des déclarations rectificatives (STDR).

47. Compte tenu du montant des avoirs ayant déjà fait l'objet d'une régularisation auprès des services de l'administration fiscale et des régularisations à intervenir, le cas échéant par le biais des procédures pénales et administratives en cours, le montant du préjudice de l'Etat mis à la charge de PBRS est fixé dans le cadre de la présente convention à **142 024 578 euros**.

V- ACCEPTATION DE LA PRESENTE CONVENTION

48. PBRS fera part au procureur de la République financier de son acceptation de la présente convention, par lettre recommandée avec accusé de réception ou déclaration expresse au greffe du parquet national financier, dans le délai de **QUINZE JOURS** à compter de la réception de la présente.



VI- MODALITES D'EXECUTION DE LA PRESENTE CONVENTION

49. Au terme de la présente convention, PBRS accepte de payer les sommes suivantes :

	Amende d'intérêt public (€)	Domages-intérêts (€)	TOTAL (€)
Restitution des profits	86 400 000	142 024 578	300 000 000
Pénalité	71 575 422		
TOTAL	157 975 422		

50. PBRS accepte de procéder au paiement de l'amende d'intérêt public fixée ci-dessus par remise d'un chèque certifié dans les conditions prévues par l'article R.15-33-60-6 du code de procédure pénale et des dommages-intérêts dus à l'Etat **sous DIX JOURS** à compter de la date à laquelle la présente convention sera devenue définitive en application du dixième alinéa de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale.

51. En tant que société holding du groupe HSBC, HOLDINGS s'engage à ce que PBRS dispose d'un capital suffisant pour assurer le paiement de l'amende d'intérêt public au Trésor public et les dommages et intérêts dus en application de la présente convention à l'Etat français.

52. Conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 180-2 du code de procédure pénale, les mesures prononcées au titre du contrôle judiciaire sont maintenues à l'égard de PBRS jusqu'à la validation de la convention.

A Genève, le 18 octobre 2017



Francesco MORRA
Directeur général



Rachel MATTATIA
Responsable du service juridique

A Paris, le 30 octobre 2017



Eliane HOULETTE
Procureur de la République financier



Eric RUSSO
Premier vice-procureur financier

PARQUET NATIONAL FINANCIER

Tel : 01 44 32 99 85
Fax : 01 44 32 99 90

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 16^e éd., Dalloz, 2016.

BARRAUD (B.), *Théories du droit et pluralisme juridique. La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, T.2, PUAM, 2017.

BATTIFOL (H.), *La Philosophie du droit*, PUF, 1960.

BENTHAM (J.), *Déontologie ou Science de la morale*, 22^e éd., Encre Marine, 2006.

BISMURTH (R.), *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, 2011.

BLACHE (D.),

- *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, Revue Banque, 2009.
- *Le droit bancaire des États-Unis, le modèle pour l'Europe Bancaire ?*, Revue Banque, 2006.

BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, LGDJ-Bruylant, 1998.

BOFFA (R.), *Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille*, 2^e éd., LGDJ, 2019.

BONNEAU (Th.),

- *Droit Bancaire*, 11^e éd., LGDJ, 2015.
- *Droit Bancaire*, 12^e éd., LGDJ, 2017.
- *Droit Bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019.
- *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 3^e éd., Bruylant, 2016.
- *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 4^e éd., Bruylant, 2018.
- *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^e éd., Bruylant, 2020.

CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, 13^e éd, Dalloz, 2019.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.1, Recueil Sirey, 1920.

COURET (A.), LE NABASQUE (H.), COQUELET (M.-L.), GRANIER (Th.), PORACCHIA (D.), RAYNOUARD (A.), REYGROBELLET (A.), ROBINE (D.),

- *Précis de droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012.
- *Précis de droit financier*, 3^e éd., Dalloz, 2019.

CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), *Finance et éthique*, Lamy, 2013.

DECOCQ (G.), GERARD (Y.), MOREL-MAROGER (J.), *Droit bancaire*, 2^e éd., Revue Banque, 2014.

DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.

DEUMIER (P.),

- *Introduction générale au droit*, 4^e éd., LGDJ, 2017.
- *Introduction générale au droit*, 5^e éd., LGDJ, 2019.

DIDEROT (D.), LE ROND D'ALEMBERT (J.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, T.9, Briasson, 1751-1765.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995.

FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1985.

GENY (F.),

- *Droit privé positif*, T.1, Recueil Sirey, 1913.
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., LGDJ, 1919.

GOUBEAUX (G.), GHESTIN (J.),

- *Traité de droit civil. Introduction générale*, 1^{ère} éd., LGDJ, 1977.
- *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5^e éd., LGDJ, 2018.

HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner. L'analyse économique du droit*, Michalon, 2003.

HARRIBEY (J.-M.), HUSSON (M.), JEFFERS (E.), LEMAIRE (F.), PLIHON (D.), *Cette crise qui n'en finit pas : par ici la sortie*, Les liens qui libèrent, 2017.

JHERING (R.), *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq, 1901.

KELSEN (H.),

- *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962.
- *Théorie générale du droit et de l'État. La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ-Bruylant, 1997.

KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981.

KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, 2006.

KOVAR (J.-P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, 2012.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017.

MALAURIE (Ph.), MORVAN (P.), *Introduction au droit*, 4^e éd., Lextenso, 2012.

MATTOUT (J.-P.), *Droit bancaire international*, 4^e éd., Revue Banque, 2009.

MERVILLE (A.-D.), *Droit financier*, 2^e éd., Lextenso, 2015.

MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (T.), BOITEAU (C.), *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, Bruylant, 2015.

OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.

PARRAT (F.), *Le gouvernement d'entreprise*, Dunod, 2003.

PARTSCH (Ph.-E.), *Droit bancaire et financier européen*, Larcier, 2009.

PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979.

POULLE (J.-B.), *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise. Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, L'Harmattan, 2011.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

ROSS (A.), *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, 1968.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Recueil Sirey, 1951.

ROUSSEAU (J.-J.),

- *Discours sur L'Économie politique*, T.3, La Pléiade, Gallimard, 1765.
- *Du contrat social*, L.II, Chap. VII., La Pléiade, Gallimard, 1766.

SENDEN (L.),

- *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004.
- *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, Vol. 9, EJCL, 2005.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil les obligations. T.1, La responsabilité délictuelle*, 6^e éd., Litec, 1998.

STOUFFLET (J.), GAVALDA (C.), *Droit de la banque*, PUF, 1974.

TERRE (F.),

- *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012.
- *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Dalloz, 2019.

THIBIERGE (C.),

- *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2014.
- *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

VABRES (R.), *Comitologie et services financiers. Réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier*, Dalloz, 2009.

VIANDIER (A.), CHARVERIAT (A.), *Sociétés et loi NRE*, 2^e éd., Francis Lefebvre, 2002.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, 1960.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, RAPPORT DE RECHERCHE ET MEMOIRES

AUDOUIN (O.), *Guide opérationnel de la lutte anti-blanchiment dans la banque*, AFGES, 2007.

BEAUSSIER (M.), QUINTARD (H.), *Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme*, Revue Banque, 2010.

BONNECASE (J.), *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, E. de Boccard, 1924.

BORGA (N.), MARIN (J.-C.), RODA (J.-C.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, LGDJ, 2018.

BOURNINAUD (V.), *Droit privé et déontologie*, S.I., 1996. [Doctorat : Droit Privé : Université de droit de Nantes, 1996].

BOURSIER (M.-E.), FEUGERE (W.), *Code de la compliance*, 1^{ère} éd., Dalloz, 2021.

BRAYER (G.), *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, Société de législation comparée, 2007.

BRUGUIERE (J.-L.), *Les voies de la terreur*, Fayard, 2016.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil. Introduction*, Vol. 1, PUF, 2004.
- *Essai sur les lois*, Defrénois, 1995.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ-Lextenso, 2014.
- *Sociologie juridique*, PUF, 1994.

CAUSSAIN (J.-J.), *Le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir rendu aux actionnaires*, Litec, 2005.

CHAPOTEL (A.), *La compliance : un moyen de prévention et de gestion du risque juridique*, Mémoire Master II Compétences complémentaires en Management des Organisations, Université Jean Monnet - Paris Sud 11, 2013. En ligne : <<http://master2edue.com/memoires/>>.

CHARREAUX (G.), *Le gouvernement d'entreprise. Corporate governance, théories et faits*, Economica, 1997.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne. Droit et société*, Vol. 35, 4^e éd., LGDJ, 2014.

COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H.-B.), ROQUILLY (C.), *Risque juridique et Conformité. Manager la compliance*, Lamy Conformité, 2011.

CUTAJAR (C.), *Blanchiment d'argent, prévention et répression*, Francis Lefebvre, 2018.

DAOUD-RUMEAU MAILLOT (H.), *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier, vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen ?* [Doctorat : Droit des affaires : Université Jean Moulin Lyon 3, 2008]. En ligne : <https://scd-resnum.univ-lyon3.fr/out/theses/2008_out_daoud_rumeau-maillot_h.pdf>.

DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Economica, 2002. [Doctorat : Droit privé : Toulouse 1 Capitole, 2000].

FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.),

- *Blanchiment et financement du terrorisme*, Ellipses, 2004.
- *Criminalité financière. Comment blanchir de l'argent sale et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers*, Éditions d'Organisation, 2002.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- *Les 100 mots de la régulation*, PUF, 2011.
- *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019.

- Régulation, supervision, compliance, Dalloz, 2017.
- GAUDEMET (A.),** *La Compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon-Assas, 2016.
- GERRY-VERNIERES (S.),** *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non-contraignantes*, Economica, 2012. [Doctorat : Droit privé : Paris II, 2010].
- GRANIER (Th.), JAFFEUX (C.),** *Titrisation, aspects juridique et financier*, 2^e éd., Economica, 2004.
- HART (H.L.A.),** *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HERAIL (J.-L.), RAMAEL (P.),** *Blanchiment d'argent et crime organisé. La dimension juridique*, PUF, 1996.
- JEAMMAUD (A.), AUVERGNON (Ph.),** *Le concept d'effectivité du droit*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008.
- KOPP (P.),** *L'Économie du blanchiment*, Association d'économie financière, 1995.
- LACOUÉ-LABARTHE (D.),** *Les banques en France. Privatisation, restructuration, consolidation*, Economica, 2001.
- LADREIT DE LACHARRIERE (M.),** *Le droit de noter. Les agences de notation face à la crise*, Grasset, 2012.
- LAROUER (M.),** *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018. [Doctorat : Droit privé : Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 2016].
- LAVERGNE (B.),** *Recherche sur la soft law en droit public français*, IFR, 2013. [Doctorat : Droit public : Université Toulouse 1 Capitole, 2011].
- LEFEBVRE (F.),** *Paradis fiscaux et opérations internationales*, 4^e éd., Francis Lefebvre, 2005.
- LEFEBVRE-DUTILLEUL (V.),** *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques. Outils de gestion des risques*, Lamy Conformité, 2012.
- LOUISE (J.-P.), RIBAY (F.),** *La conformité bancaire en pratique*, Demos, 2012.
- MAILLARD DE (J.),** *Un monde sans loi. La criminalité financière en images*, Stock, 1998.
- MAJONE (G.),** *La Communauté européenne. Un État régulateur*, Montchrestien, 1996.
- MANOKU (M.),** Compliance et corporate governance en droit des sociétés et dans le domaine bancaire, Mémoire MBL/DESS en droit des affaires, Universités de Genève et Lausanne, 2004. En ligne : <www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/MEMOIRE_Manjolia_Manoku.pdf>.
- MARTINEAU-BOURNINAUD (V.),** *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*, LGDJ, 2018.
- MARTUCCI (F.),** *L'Union Bancaire*, Bruylant, 2016.
- MAZUYER (E.), ASSOUMOU (K.-M.), BEN ABDALLAH (E.), BERTHILLON (F.), BORGA (N.), et al.,** « Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ? », Mission de recherche Droit et Justice, 2017, en ligne : <halshs-01524510>.
- MELTZER (A.-H.),** *A History of the Federal Reserve*. Vol. 2, L.II: 1970-1986, The University of Chicago Press, 2009.
- MERIEUX (A.),** *La banque américaine*, Banque, 1998.
- NICOLAS (E.),** *Penser les flux normatifs, Essai sur le droit fluide*, Mare & Martin, 2018.
- PARIS-FICARELLI (N.),** *Magistrats en réseaux contre « la criminalité organisée »*, Presses universitaires de Strasbourg, 2008.
- ROQUILLY (C.), COLLARD (C.),** *La performance juridique. Pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ-Lextenso, 2010.
- SANCEY (Y.),** *Quand les banquiers font la loi. Aux sources de l'autorégulation bancaire en Suisse et en Angleterre, de 1914 aux années 1950*, Antipodes, 2015.
- SIMON (Y.),** *Notation et agences de rating*, Economica, 2017.
- SOREL (J.-M.),** *La lutte contre le financement du terrorisme. Perspective transatlantique*, A. Pedone, 2009.
- VAN GREUNING (H.), BRAJOVIC-BRATANOVIC (S.),** *Analyse et gestion du risque bancaire. Un cadre de référence pour l'évaluation de la gouvernance d'entreprise et du risque financier*, ESKA, 2004.
- VIVANT (M.), WARUSFEL (B.), MALLET-POUJOL (N.), COSTES (L.),** *Le Lamy droit du numérique*, Lamy, 2018.

III. RAPPORTS

ABA,

- *A new Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act / Anti-Money laundering Reform*, American Bankers Association, 2008, en ligne : <http://www.aba.com/Compliance/Documents/39225789ccea407ab9e298aa35984b6fABABSAReport2008.pdf>.
- *Discussion Paper on Definitions of Private Company and Public Business Entity*, American Bankers Association, 2016, en ligne : <http://www.aba.com/Tools/Function/Acct/Documents/DiscussionPaperDefinitionsPrivateCompanyPublicBusinessEntityMay2016.pdf>.
- *Dodd-Frank and Community Banks: Your Guide to 12 Critical Issues*, American Bankers Association, 2012, en ligne : <http://www.aba.com/aba/documents/DFA/DFGuide.pdf>.
- *The Role and composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation*, American Bankers Association, 1978, en ligne : https://www.jstor.org/stable/40685901?seq=1#page_scan_tab_contents.

ABE,

- *2016 Annual Report*, Autorité Bancaire Européenne 2016, en ligne : <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1879387/EBA+Annual+Report+2016.pdf>.
- *Additional background and guidance for asking questions*, Autorité Bancaire Européenne, Juill. 2016, en ligne : <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/210008/Additional+background+and+guidance+for+asking+questions+July+2016/b799cf23-4d88-4816-a937-5a09243263d6>.
- *Discussion Paper on Electronic Invoicing and the Banking Industry*, Autorité Bancaire Européenne, 2014, en ligne : <https://www.abe-eba.eu/media/azure/production/1545/electronic-invoicing-and-the-banking-industry.pdf>.
- *Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU*, Autorité Bancaire Européenne, 2017, en ligne : [file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Rapports/EBA/Orientations%20sur%20la%20gouvernance%20interne/Final%20Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20\(EBA-GL-2017-11\).pdf](file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Rapports/EBA/Orientations%20sur%20la%20gouvernance%20interne/Final%20Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20(EBA-GL-2017-11).pdf).
- *Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union*, Autorité Bancaire Européenne, 25 juin 2018, en ligne : <https://eba.europa.eu/documents/10180/2137845/EBA+Opinion+on+Brexit+preparations+%28EBA-Op-2018-05%29.pdf>.
- *Opinion on AML/CTF and customers who are asylum seekers*, Autorité Bancaire Européenne, Avr. 2016, en ligne : <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1359456/EBA-Op-2016-07+%28Opinion+on+Customer+Due+Diligence+on+Asylum+Seekers%29.pdf>.
- *Opinion Paper on Exploring the Digital Customer Services Interface*, Autorité Bancaire Européenne, 2015, en ligne : <https://www.abe-eba.eu/media/azure/production/1363/opinion-paper-on-exploring-the-digital-customer-services-interface.pdf>.
- *Orientations de l'Autorité Bancaire Européenne sur la gouvernance interne (GL44)*, Autorité Bancaire Européenne, Sept. 2011, en ligne : <https://www.eba.europa.eu>.
- *Questions & Answers on the recapitalisation exercise*, Autorité Bancaire Européenne, Juill. 2012, en ligne : http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15956/Q-As---FINAL_1.pdf.
- *Risk Assessment of the European Banking System*, Autorité Bancaire Européenne, Déc. 2015, en ligne : <https://www.eba.europa.eu>.

ABE, AEMF & AEAPP, *Joint guidelines on the characteristics of a risk-based approach to anti-money laundering and terrorist financing supervision*, Autorité Bancaire Européenne, Autorité Européenne des Marchés Financiers, Autorité Européenne des Assurances et des Pensions Professionnelles, Nov. 2016, en ligne : <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1663861/Joint+Guidelines+on+Risk-Based+Supervision+%28ESAS+2016+72%29.pdf/7159758d-8337-499e-8b12-e34911f9b4b6>.

ACP, *Rapport annuel 2012 de l'ACP*, Autorité de Contrôle Prudentiel, Mai 2013, en ligne : <http://www.fbf.fr/fr/secteur-bancaire-francais/actualites/rapport-annuel-d'activite-de-l'acp-2012>.

ACPR & TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution & Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins, 15 févr. 2018, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/24/022018_Id_ds_tracfin_0.pdf.

ACPR Pôle Assurance Banque Épargne,

- *Rapport d'activité 2016*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juill. 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20170601-rapport-activite-abeis-2016.pdf>.
- *Rapport d'activité 2018*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/rapport-dactivite-2018-du-pole-assurance-banque-epargne>.

ACPR Pôle Fintech, Études sur la révolution numérique dans le secteur bancaire français, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Analyses et synthèses n°88, Mars 2018, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/as_88_etude_revolution_numerique_secteur_bancaire_francais.pdf.

ACPR,

- *Charte de conduite d'une mission de contrôle sur place*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2014, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/2014-charte-de-conduite-mission-contrôle-sur-place-acpr.pdf>.
- *Décision n°2016-P-41 modifiant la décision n° 2011-C-13 du 23 mars 2011 instituant la Commission consultative Lutte contre le blanchiment*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 1^{er} sept. 2016, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/11/decision-2016-p-41-de-l-acpr.pdf>.
- *Document d'analyse transversale sur le pilotage consolidé du dispositif de LCB-FT des groupes bancaires et assurantiels*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Sept. 2019, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/190924_bilan_controls_acpr_pilotage_lcb-ft_groupes_vf.pdf.
- *Instr. n°2011-I-19 relative à la procédure d'approbation d'un code de conduite*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 23 nov. 2011, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/instruction-2011-i-19-de-l-acp.pdf>.
- *Instr. n°2015-I-22 relative au questionnaire sur les pratiques commerciales et la protection de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 2 oct. 2015, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/12/14/127_instruction_2015-i-22.pdf.
- *Instr. n°2017-I-11 relative aux informations sur le dispositif de prévention du blanchiment de capitaux et du financement des activités terroristes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 26 juin 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/instruction-2017-i-11.pdf>.
- *Instr. n°2018-I-05 modifiant l'instr. n°2017-I-11 relative aux informations sur le dispositif de prévention du blanchiment de capitaux et de financement des activités terroristes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2018, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/12/14/192_instruction_2018-i-05.pdf.
- *La situation des grands groupes bancaires français à fin 2014*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Analyses et synthèses n°46, Mai 2015, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/201505-as46-situation-grands-groupes-bancaires-francais-fin-2014.pdf>.
- *Lignes directrices relatives à la relation d'affaires et au client occasionnel*, Avr. 2012, remplacées par les *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Févr. 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/contenu-de-tableau/lignes-directrices-relatives-la-relation-daffaires-et-au-client-occasionnel-document-de-nature>.
- *Lignes directrices relatives au pilotage consolidé du dispositif de LCB-FT des groupes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 2 mars 2020, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2020/03/16/20200316_ld_pilotage_groupe_lcb-ft_vf.pdf.
- *Lignes directrices relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe*, Mars 2011, remplacées par *Lignes directrices relatives au pilotage consolidé du dispositif de LCB-FT des groupes*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 2 mars 2020, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/21/2011-lignes-directrices-acp-pour-echanges-d-infos.pdf>.
- *Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE)*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 2 mai 2018, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/05/02/20180410_ld_ppe_college.revu_.asb_.post_decretdgvt2presidents.pdf.
- *Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs*, Sept. 2011, remplacées par les *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Févr. 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/contenu-de-tableau/lignes-directrices-sur-les-beneficiaires-effectifs>.
- *Notice « Solvabilité II » Système de gouvernance*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 17 déc. 2015, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20151218-notice-solvabilite2-systeme-gouvernance.pdf>.

- *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juill. 2011, modifiée en Juin 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/09/13/2017-politique-de-transparence-de-l-acpr.pdf>.
- *Position 2014-P-07 relative à la désignation des « dirigeants effectifs » au sens de l'article L. 511-13 et du 4 de l'article L. 532-2 du Code monétaire et financier*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 20 juin 2014, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20140620-position-2014-p-07-de-l-acpr_0.pdf.
- *Position 2014-P-08 relative au placement non garanti et au financement participatif*, 30 sept. 2014, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/201409-position-2014-p-08-de-l-acpr_1.pdf.
- *Position n°2012-P-01 relative à la mise en œuvre des mesures de vigilance de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme par des prestataires de services de paiement pour le service de transmission de fonds*, Avr. 2012, remplacées par les *Lignes directrices relatives à l'identification, vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Févr. 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/12/26/201204-position-2012-p-01-de-l-acpr.pdf>.
- *Principes d'application sectoriels de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution relatifs aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le cadre du droit au compte*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Juin 2016, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/11/20161209-principes-application-sectoriels-lcbft.pdf>.
- *Rapport annuel 2013 de l'ACPR*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Mai 2014, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/201405-rapport-annuel-de-l-acpr-2013.pdf>.
- *Rapport annuel 2014 de l'ACPR*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Mai 2015, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/201505-rapport-annuel-acpr-2014.pdf>.
- *Rapport annuel 2018 de l'ACPR*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, Mai 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/liste-chronologique/rapport-annuel-de-lacpr?year=2019>.
- *Recommandation 2016-R-02 sur le traitement des réclamations*, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, 14 nov. 2016, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20161116-reco_2016-r-02_traitement_reclamations.pdf.

AFA, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, Agence Française Anticorruption, Déc. 2017, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2017_-_Recommandations_AFA.pdf.

AFECEI, *Position de l'AFECEI sur le « financement par la foule »*, Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissements, 2014, en ligne : [http://www.afecei.asso.fr/web/AFECEI/content.nsf/DocumentsByIDWeb/9J2DAN/\\$File/PositionAFECEI_FinanctPaLaFoule%20\(2\).pdf](http://www.afecei.asso.fr/web/AFECEI/content.nsf/DocumentsByIDWeb/9J2DAN/$File/PositionAFECEI_FinanctPaLaFoule%20(2).pdf).

AFEP-MEDEF,

- *4ème rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF – Exercice 2011*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, Déc. 2012, en ligne : <http://publications.medef.com/guide/CodeAFEP-MEDEF/Rapport2012-AFEP-MEDEF.pdf>.
- *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, 2008, en ligne : http://www.ecgi.org/codes/documents/afep_medef_code_dec2008_fr.pdf.
- *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, Nov. 2016, en ligne : <https://www.afep.com/uploads/medias/documents/Code%20de%20gouvernement%20d'entreprise%20de%20s%20soci%C3%A9t%C3%A9s%20cot%C3%A9es%20novembre%202016.pdf>.
- *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, 21 juin 2018, en ligne : https://www.afep.com/wp-content/uploads/2018/06/Code-Afep_Medef-r%C3%A9vision-du-20-juin_VF.pdf.
- *Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton. Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, Oct. 2003, en ligne : http://www.paris-europlace.net/files/a_09-23-02_rapport-bouton.pdf.
- *Rapport du groupe de travail présidé par Marc Vienot sur le gouvernement d'entreprise*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, 1999, en ligne : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf.

- *Rapport du groupe de travail présidé par Marc Vienot. Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Association Française des Entreprises Privées, Mouvement des Entreprises de France, 1995, en ligne : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1_fr.pdf.

AMAFI, *Code AMAFI de bonnes pratiques des arrangeurs d'opérations d'euro PP*, Association Française des Marchés Financiers, 2016, en ligne : <http://www.amafi.fr/images/16-02%20-%20code%20amafi%20de%20bonnes%20pratiques.pdf>.

AMF,

- *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, Autorité des Marchés Financiers, 30 mars 2016, en ligne : https://www.amf-france.org/sites/default/files/contenu_simple/rapport_etude_analyse/gouvernement_entreprise/Etude%20comparée%20des%20codes%20de%20gouvernement%20d'entreprise%20dans%2010%20pays%20européens.pdf.
- *Instr. AMF relative aux organismes de titrisation*, Autorité des Marchés Financiers, 2015, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Organismes%20de%20titrisation.pdf>.
- *Instr. AMF-DOC-2012-07 Traitement des réclamations*, Autorité des Marchés Financiers, 2012, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Traitement%20des%20r%C3%A9clamations.pdf>.
- *Position AMF n°2010-05 Commercialisation des instruments financiers complexes*, Autorité des Marchés Financiers, 15 oct 2010, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/07/24/2010-05-position-commercialisation-instrument-complexe.pdf>.
- *Position AMF n°2012-17, Exigences relatives à la fonction de conformité*, Autorité des Marchés Financiers, 26 nov. 2012, modifié le 1^{er} août 2014, en ligne : http://www.afg.asso.fr/wp-content/uploads/2014/08/2014_08_01_Position%20AMF%20n%C2%B02012-07%20-%20conformite.pdf.
- *Position AMF-DOC-2014-10 Placement non garanti et le financement participatif*, Autorité des Marchés Financiers, 30 sept. 2014, en ligne : [file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Placement%20non%20garanti%20et%20financement%20participatif%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Placement%20non%20garanti%20et%20financement%20participatif%20(1).pdf). AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers*, Autorité des Marchés Financiers, 17 juill. 2014, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Principes%20de%20doctrine.pdf>.
- *Rapport 2017 sur le gouvernement d'entreprise, la rémunération des dirigeants, le contrôle interne et la gestion des risques*, Autorité des Marchés Financiers, Nov. 2017, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Rapport%202017%20sur%20le%20gouvernement%20d'entreprise%200%20la%20r%C3%A9mun%C3%A9ration%20des%20dirigeants%20%20le%20contr%C3%B4le%20interne%20et%20la%20gestion%20des%20risques.pdf>.
- *Rapport sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne*, Autorité des Marchés Financiers, 8 déc. 2009, en ligne : <https://www.essere-associes.com/media/09-12-09-Rapport-AMF-gouvernance.pdf>.
- *Recommandation AMF n° 2012-02 Gouvernement d'entreprise et rémunération des dirigeants des sociétés se référant au code AFEP-MEDEF*, Autorité des Marchés Financiers, 9 févr. 2012 modifié le 22 déc. 2015, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/Gouvernement%20d'entreprise%20et%20la%20r%C3%A9mun%C3%A9ration%20des%20soci%C3%A9t%C3%A9s%20se%20r%C3%A9f%C3%A9rant%20au%20code%20AFEP-MEDEF%20-%20Pr%C3%A9sentation%20consolid%C3%A9e%20des%20recommandations%20contenues%20dans%20les%20rapports%20annuels%20de%20l'AMF.pdf>.

AMF-ACPR,

- *Rappel de la réglementation susceptible de s'appliquer aux plateformes Internet d'aide à la décision d'investissement*, Autorité des Marchés Financiers, Autorité de Contrôle Prudentiel, 2013, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/07/25/20130221-annexe-rappel-de-la-reglementation.pdf>.
- *Rapport d'activité 2014 du Pôle Assurance Banque Épargne*, Autorité des Marchés Financiers, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, 5 juin 2015, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/rapport-activite-abeis-2014.pdf>.
- *Rapport d'activité 2018 du Pôle Assurance Banque Épargne*, Autorité des Marchés Financiers, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, 18 juin 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/liste-chronologique/rapport-annuel-du-pole-commun-amf-acpr>.

Autorité de la concurrence, *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence*, Autorité de la concurrence, 10 févr. 2012, en ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf.

BaFin,

- *Circular 02/2013 (GW)*, German Federal Financial Supervisory Authority, 2013, en ligne : https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Rundschreiben/rs_1302_gw_fatf_erklaerung_en.html.
- *Guidance Notes on BaFin Circular 4/2011 (VA) Part B.4.3 d) with regard to Investments in Corporate Loans*, German Federal Financial Supervisory Authority, 2013, en ligne : https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Auslegungsentscheidung/VA/ae_130610_rs_1104_hinweise_ratings_va_en.html.
- *Guidelines on Supervisory assessment of bank-internal capital adequacy concepts*, German Federal Financial Supervisory Authority, 2013, en ligne : https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Leitfaden/BA/lf_111212_risikotragfaehigkeit_en.html.
- *Interpretation Guide to the Ordinance on the Supervisory Requirements for Institutions' Remuneration Systems*, German Federal Financial Supervisory Authority, 2014, en ligne : https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Auslegungsentscheidung/BA/ae_140101_institutsvergv_en.html.

BCE,

- *Guide relatif à la surveillance bancaire*, Banque Centrale Européenne, Nov. 2014, en ligne : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/home/html/index.en.html>.
- *Opinion at the request of the Council of the European Union on a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards banks affiliated to central institutions, certain own funds items, large exposures, supervisory arrangements, and crisis management*, Banque Centrale Européenne, 2009, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009AB0017&qid=1478110796835&from=FR>.
- *Rapport annuel de la BCE sur ses activités de surveillance prudentielle en 2014 – Avant-propos de Mario Draghi, président de la BCE*, Banque Centrale Européenne, Mars 2015, en ligne : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmar2014.fr.pdf?b9286ed5d10575fa1d3ae6d826a9cfe8>.
- *Recommandation BCE/2014/14 concernant les règles communes et les normes minimales pour la protection de la confidentialité des informations statistiques collectées par la Banque centrale européenne assistée par les banques centrales nationales*, Banque Centrale Européenne, Mars 2014, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014HB0014&qid=1478110796835&from=FR>.
- *Recommendation concerning the common rules and minimum standards to protect the confidentiality of the statistical information collected by the European Central Bank assisted by the national central banks*, Banque Centrale Européenne, 2014, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014HB0014&qid=1478110796835&from=FR>.

BDF,

- *De la crise financière à la crise économique*, Banque de France, Documents et Débats n°3, Janv. 2010, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Document%20Web/Banque%20de%20France/documents-et-debats-numero-3-integral%20de%20la%20crise%20financière%20à%20la%20crise%20économique.pdf>.
- *Décision n° 2015-01 du 22 avril 2015 relative à la mise en œuvre de la politique monétaire et du crédit intrajournalier de la Banque de France*, Banque de France, 30 avr. 2015, en ligne : https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/decisions-gouverneur-sebc_2015-01_2015-04-30.pdf.
- *La crise de la dette souveraine*, Banque de France, Documents et Débats n°4, Mai 2012, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Document%20Web/Banque%20de%20France/documents-et-debats-numero-4-integral%20crise%20des%20dettes%20souveraines.pdf>.
- *La crise financière*, Banque de France, Documents et Débats n°2, Févr. 2009, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Document%20Web/Banque%20de%20France/documents-et-debats-numero-2-integral%20la%20crise%20financière.pdf>.

CBCB & OICV, *Criteria for identifying simple, transparent and comparable securitisations*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire & Organisation internationale des commissions de valeurs, Juill. 2015, en ligne : <https://www.bis.org/bcbs/publ/d332.pdf>.

CBCB,

- *Amendement à l'accord sur les fonds propres pour son extension aux risques de marché*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Janv. 1996, en ligne : <https://www.bis.org/publ/bcbs24afr.pdf>.

- *Bâle II : Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Juill. 1988, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbsc111fr.pdf>>.
- *Bâle II : Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres, dispositif révisé*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Juin 2004, en ligne : <<http://www.bis.org/publ/bcbs107fre.pdf>>.
- *Bâle III : dispositif international de mesure, normalisation et surveillance du risque de liquidité*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Déc. 2010, en ligne : <http://www.bis.org/publ/bcbs188_fr.pdf>.
- *Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Janv. 2013, en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/charter_fr.pdf>.
- *Compliance and the compliance function in banks*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Avr. 2005, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>>.
- *Consolidated KYC risk management*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Oct. 2004, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs110.pdf>>.
- *Consultative Document: Corporate Governance Principles for Banks*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Oct. 2014, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs294.pdf>>.
- *Enhancing corporate governance for banking organisations*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Sept. 1999, modifié en 2006, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs122.pdf>>.
- *Joint Forum. Principles for the Supervision of Financial Conglomerate*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Sept. 2012, en ligne : <<http://www.bis.org/publ/joint29.pdf>>.
- *Orientations - Principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Juill. 2015, en ligne : <<file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Rapports/Basel%20committee/orientations%20-%20ppes%20de%20gouvernance%20d'entreprise%20à%20l'intention%20des%20banques.pdf>>.
- *Principles for enhancing corporate governance*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Oct. 2010, en ligne : <<https://www.bis.org>>.
- *Recommandations relatives au risque de crédit et à la comptabilisation des pertes de crédit attendues*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Déc. 2015, en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/publ/d350_fr.pdf>.
- *Saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Févr. 2003 : <<http://www.bis.org/publ/bcbs96fre.pdf>>.
- *The compliance function in banks*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Oct. 2003, en ligne : <<https://www.bis.org/publ/bcbs103.pdf>>.

CCSF,

- *Avis du Comité consultatif du secteur financier sur la Charte AFECEI d'inclusion bancaire et de prévention du surendettement*, Comité consultatif du secteur financier, 30 sept. 2014, en ligne : <https://www.ccsfin.fr/sites/default/files/medias/documents/ccsf-avis-charte-afecei.pdf>.
- *Recommandation relative aux comptes joints*, Comité consultatif du secteur financier, 26 janv. 2010, en ligne : https://www.ccsfin.fr/sites/default/files/medias/documents/recommandation_comptes_joints.pdf.

CEP,

- *SEPA Cards Standardisation Volume, Books 1 to 7*, Conseil Européen des Paiements, 26 mai 2016, en ligne :
<<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/sites/default/files/KB/files/EPC020-08%20Book%207%20-%20Cards%20Processing%20Framework%20-%20SCS%20Volume%20v7.5.pdf>>.
- *SEPA Core Direct Debit Scheme Rulebook*, Conseil Européen des Paiements, 4 mars 2015, en ligne :
<<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/sites/default/files/KB/files/item%202%20EPC016-06%20Core%20SDD%20RB%20v7.2%20Approved.pdf>>.
- *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook*, Conseil Européen des Paiements, 3 mars 2016, en ligne :
<<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/sites/default/files/KB/files/EPC125-05%20SCT%20RB%20v8.2%20Approved.pdf>>.
- *SEPA Testing Framework*, Conseil Européen des Paiements, 26 oct. 2013, en ligne :
<<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/news-insights/news/sepa-testing-framework-now-available>>.

CERS,

- *Rapport du groupe de travail présidé par Jacques de Larosière sur la surveillance financière en Europe*, Conseil européen du risque systémique, Févr. 2009, en ligne : http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf.
- *Recommandation CERS/2012/2 sur le financement des établissements de crédit*, Comité Économique et Social Européen, Déc. 2012, en ligne : https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/recommendations/2012/ESRB_2012_2.fr.pdf?97f8e2796f6d094f489e1b892e898ced.

CESE,

- *Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne, Avis du Comité économique et social européen*, Comité économique et social européen, Avr. 2015, JOUE 2015/C291/05, 4 sept. 2015, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE4850&from=EN>.

- *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne »*, Comité économique et social européen, 22 avr. 2015, JOUE 2015/C291/05, 4 sept. 2015, en ligne : <<https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/autoregulation-et-coregulation>>.
- *Avis sur « L'approche proactive de la pratique du droit : un pas en avant vers une meilleure réglementation au niveau de l'UE »*, Comité Économique et Social Européen, 17 janv. 2008, JOUE 2009/C175/05, 28 juill. 2009, en ligne : <<https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/91043bfc-960f-4f70-811a-4d11b02e4bbc>>.

CNIL, *Document d'orientation adopté par la Commission pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Commission nationale de l'informatique et des libertés, 10 nov. 2005, en ligne : <<http://www.cnt-nar.be/DOSSIERS/Vie-privee/2005-11-10-doc-orientation-CNIL.pdf>>.

COLB, *Analyse nationale des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme en France*, Conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, sep. 2019, en ligne : <<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/f9887677-51fc-4dd7-9f85-6aef74a0af67/files/e4ff08b4-82d3-4fa0-9969-c985547b555d#page=38&zoom=100,90,133>>.

Comité d'examen de la réglementation de l'UE, *Opinion on Proposal for a Regulation amending Regulation (EU) 345/2013 on European Venture Capital Funds (EuVECA) and Regulation (EU) 346 on European Social Entrepreneurship Funds (EuSEF)*, 2016, en ligne : <http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2016/sec_2016_0326_en.pdf>.

Comité mixte des AES,

- *Consultation Paper on Revised Draft ITS Mapping Solvency II*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance, 18 juill. 2017, en ligne : <[https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Consultations/Consultation%20Paper%20on%20Revised%20Draft%20ITS%20Mapping%20Solvency%20II%20\(JC%202017%2037\).pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Consultations/Consultation%20Paper%20on%20Revised%20Draft%20ITS%20Mapping%20Solvency%20II%20(JC%202017%2037).pdf)>.
- *Joint Guidelines to prevent terrorist financing and money laundering in electronic fund transfers*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance, 22 sept. 2017, en ligne : <[https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Joint%20Guidelines%20to%20prevent%20terrorist%20financing%20and%20money%20laundering%20in%20electronic%20fund%20transfers%20\(JC-GL-2017-16\).pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Joint%20Guidelines%20to%20prevent%20terrorist%20financing%20and%20money%20laundering%20in%20electronic%20fund%20transfers%20(JC-GL-2017-16).pdf)>.
- *Questions and answers (Q&A) on the PRIIPs KID*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance, juill. 2017, en ligne : <<https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Consultations/Questions%20and%20answers%20on%20the%20PRIIPs%20KID.pdf>>.
- *Towards European Supervisory Convergence*, Comité mixte des autorités européennes de surveillance 2016, en ligne : <https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/EI0116679ENN_proof_updated_2_FINAL%20FINAL%20FINAL.pdf>.

Comm. (EU),

- *Staff Working Paper: Compliance with the anti-money laundering directive by cross-border banking groups at group level*, Commission Européenne, SEC(2009) 939 final, Juin 2009, en ligne : <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2009/EN/2-2009-939-EN-F-0.Pdf>>.
- *Green paper on retail financial services. Better products, more choice, and greater opportunities for consumers and businesses*, Commission Européenne, COM(2015) 630 final, 10 déc. 2015, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0630&qid=1478108370041&from=FR>>.
- *Green paper on the EU Corporate governance framework*, Commission Européenne, COM(2011) 164 final, Avr. 2011, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0164&qid=1478108370041&from=FR>>.
- *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23-2 du Règlement CE n°1/2003*, Commission Européenne, JOUE 2006/C 210/02, 1^{er} sept. 2006, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52006XC0901%2801%29>>.
- *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, Commission Européenne, COM(2001), 0428 final, JOUE n°287, 12 oct. 2001, p.1-29, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52001DC0428>>.
- *Livre vert sur le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE*, Commission Européenne, COM(2011) 164 final, Mars 2011, en ligne :

- <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:FR:PDF>>.
- *Livre vert sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération*, Commission Européenne, COM(2010) 284 final, Juin 2010, en ligne : <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1788e830-b050-447c-8214-77ed51b13241/language-fr/format-PDF>>.
- *Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Commission Européenne, COM(2001) 366 final, 18 juill. 2001, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366>>.
- *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, Commission Européenne, COM(2006) 136 final, 22 mars 2006, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0136&from=FR>>.
- *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Commission Européenne, COM(2011) 681 final/2, 7 nov. 2012, en ligne : <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/FR/1-2011-681-FR-F2-1.Pdf>>.
- *Staff working document - Better Regulation Guidelines*, Commission Européenne, COM(2015) 215 final, Mai 2015, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/OneDrive/Documents/Rapports/Commission%20Européenne/staff-working-document-better-regulation-guidelines_may2015_en.pdf>.
- *Staff working document Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU Final Report*, Commission Européenne, COM(2012) 746 final, Déc. 2012, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/action-programme-for-reducing-administrative-burdens-in-the-eu-final-report_dec2012_en.pdf>.
- *White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, Commission Européenne, COM(2007) 807 final, Déc. 2007, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0807&qid=1478109825225&from=FR>>.

Commission Bancaire, *La fonction de conformité au sein des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Étude du Rapport annuel de la Commission bancaire*, 2003, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/11/06/cb_ra_2003_02.pdf>.

Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information n°737 déposé en application de l'article 145 du Règlement en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, 20 févr. 2013, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0737.pdf>>.

Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, *Rapport quadrienal 2003-2007*, 15 nov. 2007, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_rapp_terminologie.pdf>

Cons. (UE), *Résolution relative à une régulation plus efficace des marchés des valeurs mobilières dans l'Union européenne*, Conseil européen, 23 mars 2001, JOUE C 138, 11 mai 2001, en ligne : <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1481896837347&uri=CELEX:52001XG0511\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1481896837347&uri=CELEX:52001XG0511(01))>.

Conseil économique, social et environnemental, *La crise bancaire et la régulation financière*, Avis du Conseil économique, social et environnemental, Févr. 2009, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000123.pdf>>.

Conseil de sécurité de l'ONU,

- *Résolution 1373 (2001) sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations-Unies, 28 sept. 2001, en ligne : <[https://undocs.org/fr/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/fr/S/RES/1373(2001))>.
- *Résolution 1373 (2001) sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, 28 sept. 2001, en ligne : <[https://undocs.org/fr/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/fr/S/RES/1373(2001))>.
- *Résolution S/RES/2253(2015) sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations-Unies, 17 déc. 2015, en ligne : <[http://undocs.org/fr/S/RES/2253\(2015\)](http://undocs.org/fr/S/RES/2253(2015))>.

Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, EDCE, 2013, en ligne : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>>.

DELETRE (B.), *Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, Inspection générale des Finances, Janv. 2009, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000030.pdf>>.

EBA, *Banks preparing for SEPA Migration: A guide to the SEPA Migration End-date Regulation*, Euro Banking Association, 2012, en ligne : <<https://www.abe-eba.eu/media/azure/production/1632/eba120514-banks-preparing-for-sepa-migration.pdf>>.

FBE,

- *EBF response to the European Commission consultation on the possible impact of CRR and CRD IV on bank financing of the economy*, Fédération Bancaire Européenne, 7 oct. 2015, en ligne : <http://www.ebf-fbe.eu/wp-content/uploads/2015/10/EBF_017354-EBF-response-to-the-EC-consultation-on-CRR-CRD-IV_1.pdf>.
- *Guidance for implementation of the revised Payment Services Directive*, Fédération Bancaire Européenne, Sept. 2016, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/EBF_PSD2_guidance_September_2016.pdf>.

FBF,

- *Bon usage : Dispositif de mobilité bancaire*, Fédération Bancaire Française, 2015, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/files/ACHARS/Bon-usage-mobilite-bancaire-03082016.pdf>>.
- *Le secteur bancaire en 2014*, Fédération Bancaire Française, 15 avr. 2015, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/la-federation-bancaire-francaise/publications/rapports-d'activite/rapport-sur-le-secteur-bancaire-en-2014>>
- *Norme professionnelle : Convention AREAS*, Fédération Bancaire Française, Févr. 2016, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/files/A6SLQA/Norme-professionnelle-affichette-info-AERAS-fevrier2016.pdf>>.
- *Normes et préconisations professionnelles*, Fédération Bancaire Française, 1^{er} juill. 2015, en ligne : <<http://www.fbf.fr/fr/la-federation-bancaire-francaise/normes-et-preconisations-professionnelles/normes-et-preconisations-professionnelles>>.
- *Préconisation : Lisibilité des tarifs des produits de financement bancaire court terme destinés aux professionnels et TPE*, Fédération Bancaire Française, Juill. 2016, en ligne : <http://www.fbf.fr/fr/files/ABKBE6/preconisation%20_FBF_OFE_Lisibilit%C3%A9_des_tarifs-internet.pdf>.

FCA,

- *Consultation Papers on Markets in Financial Instruments Directive II Implementation*, Financial Conduct Authority, Jull. 2016, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp16-19.pdf>>.
- *Discussion Papers on Our Approach to SMEs as Users of Financial Services*, Financial Conduct Authority, Nov. 2015, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/discussion/dp15-07.pdf>>.
- *FCA Handbook Notice 36*, Financial Conduct Authority, Août 2016, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/handbook/fca-handbook-notice-36.pdf>>.
- *FCA Service Standards*, Financial Conduct Authority, Juin 2016, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/corporate/service-standards-june-2016.pdf>>.
- *Finalized Guidance on Payment Accounts Regulations 2015 Definition of a 'Payment Account'*, Financial Conduct Authority, Août 2016, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg16-6.pdf>>.
- *Policy Statement on Financial Crime Reporting: Feedback on Chapter 6 of CP15/42 and Final Rules*, Financial Conduct Authority, July 2016, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps16-19.pdf>>.
- *Reader's Guide: An Introduction to the Handbook*, Financial Conduct Authority, Nov. 2015, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/handbook/readers-guide.pdf>>.
- *Senior Managers Regime*, Financial Conduct Authority, Mars 2020, en ligne : <<https://www.fca.org.uk/publication/corporate/applying-smr-to-fca.pdf>>.

FRBG,

- *Bank Holding Company Supervision Manual*, Federal Reserve Board of Governors, Juill. 2015, en ligne : <<http://www.federalreserve.gov/bankinfo/reg/topics/compliance.htm>>.
- *SR 08-8 / CA 08-11 - Compliance Risk Management Programs and Oversight at Large Banking Organizations with Complex Compliance Profiles*, Federal Reserve Board of Governors, Oct. 2008, en ligne : <<http://www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/2008/SR0808.htm>>.
- *SR 12-17 / CA 12-14 Consolidated Supervision Framework for Large Financial Institutions*, Federal Reserve Board of Governors, 17 déc. 2012, en ligne : <<http://www.federalreserve.gov/bankinfo/reg/srletters/sr1217.pdf>>.
- *SR 13-22 / CA 13-15 Framework for Assessing Consumer Compliance Risk at Bank Holding Companies*, Federal Reserve Board of Governors, 23 déc. 2013, en ligne : <<http://www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/2013/sr0322.htm>>.

GAFI,

- *Best Practices Paper on Combating the Abuse of Non-Profit Organisations (Recommendation 8)*, Groupe d'Action Financière, Juin 2015, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/BPP-combating-abuse-non-profit-organisations.pdf>>.
- *Correspondent banking services guidance*, Groupe d'Action Financière, Oct. 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-Correspondent-Banking-Services.pdf>>.
- *Financing of the Terrorist Organization Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)*, Groupe d'Action Financière, Févr. 2015, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-of-the-terrorist-organisation-ISIL.pdf>>.

- *Les IX recommandations spéciales du GAFI*, Groupe d'Action Financière, 22 oct. 2004, en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/IX%20Recommandations%20Sp%C3%A9ciales%20and%20IN%20FRENCH%20rc.pdf>.
- *Les quarante recommandations du GAFI*, Groupe d'Action Financière, Oct. 2003, en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%20quarante%20recommandations%20rc.pdf>.
- *Les quarante recommandations du Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux*, Groupe d'Action Financière, Mai 1990, en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/Recommandations%20GAFI%201990.pdf>.
- *Les recommandations du GAFI : Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, Groupe d'Action Financière, Févr. 2012, en ligne : [http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/normesinternationalesurluttecontreleblanchimentdecapitauxetlefinancementduterroismeetdelaproliferation.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)>](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/normesinternationalesurluttecontreleblanchimentdecapitauxetlefinancementduterroismeetdelaproliferation.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)>).

INSEE, *La crise des « subprimes » de la crise financière à la crise économique : entre 3 et 7 points de croissance en moins pour les économies avancées en 2009*, Institut national de la statistique et des études économiques, Mars 2009, en ligne : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1407817?sommaire=1407821>.

ISO, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, Organisation internationale de normalisation, 2010, en ligne : <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:fr>.

OCDE,

- *Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité*, Organisation de coopération et de développement économiques, 18 févr. 2010, en ligne : <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/44884414.pdf>.
- *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Organisation de coopération et de développement économiques, 4 avr. 2017, en ligne : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264269514-fr>.

OCDE, UNODC and World Bank, *Anti-corruption, Ethics and Compliance handbook for business*, Organisation de coopération et de développement économiques, l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime, la Banque Mondiale, 28 nov. 2013, en ligne : <http://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption-ethics-and-compliance-handbook-for-business.htm>.

Parl. (UE), Cons. (UE), Comm. (UE), *Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer »*, Parlement Européen, Conseil Européen et Commission Européenne, 13 avr. 2016, JOUE L123/1, 12 mai 2016, se substitue à l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 déc. 2003, en ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016Q0512%2801%29#ntr8-L_2016123FR.01000101-E0008.

Parl. (UE),

- *Déclaration sur l'approvisionnement des associations caritatives agréées pour la mise en œuvre du programme européen d'aide alimentaire aux plus démunis*, Parlement Européen, 4 avr. 2006, JOUE C 293, 2 déc. 2006 en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006IP0125&qid=1481895099502&from=FR>.
- *Rapport sur « Mieux légiférer 2006 » conformément à l'article 9 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (2008/2045(INI))*, 17 sept. 2008, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0355+0+DOC+PDF+V0//FR>.
- *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law) (2007/2028(INI))*, Parlement Européen, 28 juin 2007, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>.
- *Résolution sur « Mieux légiférer » – 15e rapport annuel de la Commission conformément à l'article 9 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, Parlement Européen, 9 sept. 2010, JOUE C308 E/66, 20 oct. 2011, en ligne : file:///C:/Users/Agathe/Downloads/DOC_1.fr.pdf.
- *Résolution sur le rapport annuel 2011 de la Banque centrale européenne (2012/2304(INI))*, Parlement Européen, 17 avr. 2013, JOUE C 45, 5 févr. 2016, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1481895099502&uri=CELEX:52013IP0176>.

PRA, *The Prudential Regulation Authority's approach to banking supervision*, Prudential Regulation Authority, Oct. 2018, en ligne : <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/approach/banking-approach-2018.pdf?la=en&hash=3445FD6B39A2576ACCE8B4F9692B05EE04D0CFE3>.

RAN, *Responses to returnees: Foreign terrorist fighters and their families*, Radicalisation Awareness Network, Juill. 2017, en ligne : <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/ran_br_a4_m10_en.pdf>.

Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, 9 mars 2018, en ligne : <https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=FAA5CFBA-6EF5-4FDF-82D8-B46443BDB61B&filename=entreprise_objet_interet_collectif.pdf>.

Service des Études économiques et de la prospective du Sénat, Étude relative à la régulation bancaire à l'épreuve de la crise financière, Document de travail, Série Études économique n°5, 10 déc. 2009, en ligne : <<https://www.senat.fr/eco/ec09-005/ec09-0050.html>>.

The Cadbury Report, *The Financial Aspects of Corporate Governance*, the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1992, en ligne : <<http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>>.

The Group of Thirty,

- *Banking Conduct Culture Ceport: A Call for Sustained and Comprehensive Reform*, Consultative Group on International Economic and Monetary Affairs Inc, Juill. 2015, en ligne : <<https://group30.org/publications/detail/166>>.
- *Managing the Next Financial Crisis: an Assessment of Emergency Arrangements in the Major Economies*, Consultative Group on International Economic and Monetary Affairs Inc, 2018, en ligne : <http://group30.org/images/uploads/publications/G30_Managing_the_Next_Financial_Crisis.pdf>.

TRACFIN,

- *Rapport d'activité en 2015*, Juill. 2016, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/rapport-activite-2015-tracfin>>.
- *Rapport d'activité en 2016*, Juill. 2017, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin/rapport-dactivite-2016-tracfin>>.
- *Rapport d'activité en 2017*, Juin 2018, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin-rapport-activite-2017>>.
- *Rapport d'activité en 2018*, Juin 2019, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin/rapport-dactivite-2018-tracfin>>.
- *Rapport d'activité en 2007*, Mai 2009, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/tracfin/Publications/rapports_activite/2008_rapport_FR.pdf>.
- *Rapport d'activité en 2008*, Mai 2009, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/tracfin/Publications/rapports_activite/2008_rapport_FR.pdf>.
- *Rapport tendance et analyse des risques de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme en 2015*, Ministère de l'Action et des Comptes publics, Déc. 2016, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/tracfin/tendances-et-analyse-des-risques-en-2016>>.

U.S Sentencing Commission,

- *Federal Sentencing Guidelines Manual*, United States Sentencing Commission, 1er nov. 1991, p.346, en ligne : <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/1991_Guidelines_Manual_Full.pdf>.
- *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*, Nov. 2015, en ligne : <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2015/GLMFull.pdf>>.

U.S. SEC, *Credit Rating Agency Reform Act of 2006 (109th Congress S. 3850)*, United States Securities & Exchange Commission, 29 sept. 2006, en ligne : <<https://www.sec.gov/ocr/cra-reform-act-2006.pdf>>.

IV. ENCYCLOPEDIES, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2004.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2006.

REY (A.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2008.

SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

V. ARTICLES & CHRONIQUES

ABADIE (P.), « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.* 2018, p.302.

ACPR, « Les principaux apports de la DSP 2 », *Revue ACPR*, n°26, Janv.-févr. 2016, p.9.

AGBAYISSAH (S.), « Loi Sapin II, Programme de conformité et code de conduite - Application en matière bancaire et financière », *Banque & Droit*, n°HS-2017-2, Déc. 2017.

AMSELEK (P.),

- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *RRJ*, n°4, 2008, p.1847.
- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.275.
- « La phénoménologie et le droit », *APD*, T.XVII, 1972, p.243.
- « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJDP*, n°5, 2007, p.557.

AUBERGER (Ph.), « La Banque centrale européenne face à la crise des dettes souveraines », *Revue française de Finances Publiques*, n°125, Févr. 2014, p.45.

AUBRY (H.),

- « Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires », *D.*, 2009, p.2504.
- « Règles déontologiques et loi », *RRJ*, n°3, 2011, p.1105.

AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p.673.

AYELA (C.), GUINE (J.-P.), « Les effets de la Convention judiciaire d'intérêt public sur la responsabilité pénale des entreprises et des dirigeants », *RLDA*, n°132, 1^{er} déc. 2017.

BANQUE DE FRANCE,

- « La liquidité en période de turbulences financières », *Revue de la stabilité financière*, n°11, Févr. 2008, p.1.
- « Vue d'ensemble », *Revue de Stabilité Financière*, Numéro Spécial Liquidité, Févr. 2008, n°11, p.I.

BARRAUD (B.), « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *APD*, 2013, p.365.

BATTIFOL (H.), « La loi et la liberté », *APD*, T.25, 1980, p.79.

BEAU (D.), CHABASSOL (G.), COLLES (B.), « La marche vers l'Europe de moyens de paiement scripturaux : le projet SEPA », *Bull. Banque de France*, n°147, Mars 2006, p.27.

BEGLE (V.), « UK Bribery Act - l'ambition mondiale de la loi anti-corruption la plus sévère », *JCP E*, n°16-17, 21 avr. 2011, act. 219, p.2.

BERLIN (D.), « La France se prépare à une sortie du Royaume-Uni sans accord », *JCP G*, n°6, Févr. 2019, 128, p.240.

BISMUTH (R.), DUNIN-WASOWICZ (J.), GLUCKSMANN (E.), « La transnationalisation du droit de l'anti-corruption », *JCP E*, n°42, 2019, spéc. n°11, p.1470.

BISSARA (Ph.), « Les véritables enjeux sur le débat sur "le gouvernement d'entreprise" », *Rev. soc.*, Janv.-mars, 1998, p.5.

BOMPOINT (D.), « Quelles conséquences du Brexit sur les marchés financiers français ? », *BJS*, 1^{er} juill. 2017, p.501.

BONNEAU (Th.),

- « Banque et développement durable », *CDE*, n°3, mai-juin 2010, n°14, p.35.
- « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chr. p.24.
- « Brexit – mars 2017 », *RDBF*, juill.-août 2017, Repère 4.
- « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière », *JCP*, 2003, éd. E, 1325.
- « L'ACP, un législateur occulte ? », *RDBF*, janv.-févr. 2013, Repère 1.
- « Régulation bancaire et financière et État de droit », *RDBF*, janv.-févr. 2014, Repère 1.

BONNEAU (Th.), CAPELLE-BLANCARD (G.), DIMITRIJEVIC (M.) « Éclairage. Origines et solution à la crise financière », *BJB*, n°6, 2008, p.446.

BOUCARD (F.), « Les devoirs généraux du banquier », *JCl. Com*, 25 oct. 2002, Fasc. 343.

BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.), « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, p.1619.

BOUJEKA (A.),

- « Esprit et méthode des réformes de la régulation financière dans l'Union européenne après la crise », *BJB*, n°7-8, 2015, p.338.
- « Le crédit responsable en droit communautaire », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 22, p.76.

BOURDIEU (P.), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, 1986, p.3.

BOURSIER (M.-E.), « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* n°25, 9 juill. 2020, p.1420.

BOUZID (B.), « Titrisation des emprunts hypothécaires et bulle immobilière aux États-Unis : les origines d'une débâcle », *Revue d'Économie Financière*, n°97, Févr. 2010, p.101.

BREDART (X.), « Codes et lois de gouvernance : diversité et "Compliance" », *La Revue des Sciences de Gestion*, n°263-264, Sept. 2013, p.67.

BRUNESSEN (B.), « Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne », *RMCE*, n°575, 2014, p.73.

CAILLEMER DU FERRAGE (A.), « L'impact du Brexit sur les infrastructures de marché », *RDBF*, Nov.-déc. 2017, Doss. 37, Repère 6.

CAPLAIN (Y.), « Les déontologues, boucliers de l'éthique », *Banque magazine*, Févr. 2002, p.70.

CARADEC (E.), « 3 QUESTIONS UK Bribery Act : les sociétés françaises sont-elles aussi concernées ? », *JCP E*, n°15, 14 avr. 2016, 318, p.4.

CARBONNIER (J.), « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n°11-12, 1990, p.5.

CAUSSAIN (J.-J.), « Corporate governance : l'approche française », *RD aff. int.* 1995, p. 903.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, Janv. 2007.

CHARDON (C.), DURAND (Q.), « La révision du Code AFEP-MEDEF du 21 juin 2018 », *BJB*, n°5, 2018, p.314.

CHARREIRE-PETIT (S.), SURPLY (J.), « Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise », *Management*, n°2, vol.11, 2008, p.113.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p.675.

CHISS (R.), « L'articulation de la norme nationale française avec la norme internationale - Point de vue », *JCP S* n°17-18, 3 mai 2016, p.1158.

CLARET (V.-H.), « Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation », *CCC*, n°11, Nov. 2011, Études 14.

CLAROTTI (P.), « Le rôle du processus d'intégration communautaire dans la dérégulation en matière bancaire », *RDAL*, n°7, 1986, p.625.

COHEN (E.-C.), « Les principes d'un crédit responsable : la vision d'un prêteur GE Money Bank », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 21, p.73.

COLLET (M.), « Panama papers : quelles conséquences un an après ? », *D.* 2017, p.1184.

CORDIER (B.), « La Compliance, une fonction en pleine évolution », *Analyse financière* n°58, *Le Cercle de la Compliance*, Janv.-Févr.-Mars 2016, p.80.

COURET (A.),

- « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *BJS*, n°3, Mars 2017, p.202.
- « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », *D.*, 2017, p.222.
- « Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance », *D.* 1995, chron. p. 163.
- « L'ordonnance n°2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'informations à la charge des sociétés », *Rev. soc.*, n°10, Oct. 2017, p.535.

- « Orientations de l'AMF sur le contrôle interne et le gouvernement d'entreprise », *RDBF* n°2, Mars 2004, p.94.

CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, n°4, Janv. 2011, 69, p.149.

CURTET (A.), « LCB/FT : Panorama des sanctions prononcées par la Commission nationale des sanctions entre 2014 et avril 2017 », *LPA*, n°136, 10 juill. 2017, p.18.

CUTAJAR (C.),

- « L'extension du champ de la déclaration de soupçons et ses conséquences », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 18, p.107.
- « La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 14, p.84.

CUZACQ (N.), « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p.473.

DABIN (L.), « Commentaire », *RIDE*, 2002/2 (t.XVI), p.561.

DAIGRE (J.-J.), « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Dr. et patrimoine* 1996, n° 40, p. 21.

DE BONY (C.-E.), « L'intelligence artificielle dans le KYC : quels bénéfices pour les Assets Managers ? », *RB*, n°830, Mars 2019, p.78.

DE LAUZUN (P.), « Affirmer la responsabilité de chacun », *RB*, n°802 bis, Déc. 2016, p.6.

DE MONTALIVET (P.), « La « markétisation » du droit - Réflexions sur la concurrence des droits », *D.*, 2013, p.2923.

DE POUZILHAC (C.), **CARREGA (M.)**, « L'obligation de mise en place d'un programme de conformité anticorruption dans la loi Sapin II », *JCP E*, n°26, 29 juin 2017, act. 486, p.3.

DE RAVEL D'ESCLAPON (Th.), « Le Haut conseil de stabilité financière : un nouvel acteur de la surveillance macroprudentielle », *LPA*, n°194, 27 sept. 2013, p.44.

DE VAUPLANE (H.), « Les entreprises européennes face à l'extraterritorialité du droit américain », *RB*, n°724, Mai 2010, p.78.

DECKERT (K.), **SWEENEY (M.)**, « Alerte professionnelle », *RIDC*, n°2, vol. 66, 2014, p.495.

DELHAYE (C.), « La compliance, plus d'une défense de l'éthique à la compliance », *le journal du manangement juridique et réglementaire*, n°69, mars-avr. 2019, p.63.

DELION (A.-G.), « ...la crise financière et le retour des États », *RFAP*, n°4, vol. 128, 2008, p.799.

DELORME (M.), « La troisième directive anti-blanchiment et l'obligation de vigilance », *LPA*, n°143, 17 juill. 2008, p.4.

DELPECH (X.), « Banque et finance : adoption d'une nouvelle ordonnance de transposition de directives », *Dalloz Actualité*, 27 févr. 2014.

DELVOIE (A.), « Le whistleblowing de la SOX (ou quand la dénonciation s'infiltre dans le monde de l'entreprise) », *Gaz. Pal.* n°110, 20 avr. 2006, p.17.

DOUVRELEUR (O.), « Le "soft law" en matière financière : le point de vue de l'Autorité des Marchés Financiers », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 5, p.63.

DUBOIS (E.), **CHACORNAC (J.)**, « Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés », *BJS*, n°11, Nov. 2013, p.758.

DURAND-BARTHEZ (P.), « Le principe « appliquer ou expliquer ». Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *CDE* n°2, Mars-Avr. 2016, p.27.

EPELBAUM (M.), « Le "soft law" en matière bancaire et financière. Introduction », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 1.

FASTERLING (B.), **DUHAMEL (J.-C.)**, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique*, n°2, T.xxiii, 2, 2009, p.129.

FAUVARQUE-COSSON, « Protection des données personnelles », *D.*, 2018, p.1033.

FERNANDEZ BOLLO (E.), **MOULIN (A.)**, « L'approche fondée sur le risque : le point de vue du contrôleur bancaire », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 15, p.86.

FISHER (I.), « Culture et conduite : entre régulation, gouvernance et responsabilité individuelle », *RB*, n°802 bis, Déc. 2016, p.34.

FORGERON (J.-F.), FIEVEE (A.), « Le "whistleblowing" : l'institutionnalisation encadrée de la dénonciation dans l'entreprise », *Gaz. Pal.* n°201, 20 juill. 2006, p.8.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RDBF*, Nov.-déc. 2010, Étude 34, p.59.
- « Compliance et personnalité », *D.* 2019, p.604
- « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, Chron., 2004, p.126.
- « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *Revue Concurrences*, n°4, Nov. 2018, Art. n°88053, p.1.
- « Le Droit de la compliance », *D.*, Chron., 29 sept. 2016, n°32.
- « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *D.* 2018 p.1561.
- « Le droit de la compliance peut contribuer à prévenir les crises mondiales », *LPA* 12 mai 2020, n°95, p.3.
- « Le Droit de la régulation », *D.*, Chron., 2001, p.610.
- « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *D.*, 2019, p.2432.

GAILLY (P.-A.), « Propos Liminaires », *LPA*, n°130, 29 juin 2012, p.5.

GAUDEMET (A.),

- « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *JCP G*, n° 51, 2017, 1331.
- « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire*, vol. numéro 165, no.I, 2019, p.110-114.

GODON (L.), « La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ? », *D.* 2015, p.2580.

GOURIO (A.), GILLOUARD (M.), « Le journal du Brexit », *RDBF*, n°2, Janv.-févr. 2019, Comm. 52.

GRANIER (Th.), ALAMOWITCH (S.), « Éclairage. Titrisation et crise financière », *BJB*, Janv. 2008, p.10.

GREGOIRE (M.), « Libres marchés et droit masqué », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 2, p.53.

GRUNER (E.), « Les principaux aspects de droit bancaire et du contrôle prudentiel de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires », *RLDA*, n°85, 2013, p.86.

HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°2, vol. 65, 2010, p.1.

HAERI (K.), MUNOZ-PONS (V.), « La création d'un référentiel anticorruption à la française », *Dalloz Actualités*, 19 janv. 2018.

HANNOUN (CH.), « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néocorporatisme », *RTD Com.*, 1989, p.442.

HAUSER (V.), « Lutte contre la corruption : quelles avancées attendre de la loi Sapin 2 ? », *RB*, n°806, Mars 2017, p.52.

HOULLE (M.), LAVOREL (L.), BELONDRAL (O.), « Professions du droit - Digitalisation et droit : les juristes au centre du jeu », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Oct. 2018, Doss. 8, p.17.

IDOUX (P.), « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », *RDP*, 2014, p.290.

ISSOR (Z.), « La performance de l'entreprise : un concept complexe aux multiples dimensions », *Projectics/Proyética/Projectique*, n°2, vol. 17, 2017, p.93.

JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D.*, 1992, Chron. p.263.

JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, Chron., p.197.

KLABBERS (J.), « The Redundancy of soft law », *Nordic Journal of International Law*, 1996, n°65, p.167.

KOEHLER DE MONTBLANC (M.), « Exigence de conformité », *RLC*, n°33, 1^{er} oct. 2012, p.100.

KROSZNER (R.S.), « Stabilité, croissance et réforme de la réglementation », *Revue de la Stabilité Financière*, n°16, Avr. 2012, p.97.

LAGARDE (X.), « Le crédit responsable », *RDBF* n°5, Sept.-oct. 2007, Doss. 20, p.72.

LAPREVOTE (F.-Ch.), « La crise économique et financière en France et dans l'Union européenne », *Revue Lamy de la concurrence*, Janv.-mars 2014, p.51.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), « Banque - Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *RDBF*, Mai-Juin 2014, Doss. 21, p.97.

LECOURT (B.), « Le gouvernement d'entreprise dans les banques : lorsque le droit des sociétés doit s'adapter au droit bancaire (transposition de la directive "CRD 4") », *Rev. Soc.*, n°5, Mai 2014, p.335.

LEDOUX (V.), RODA (J.-C.), « Les "compliance programs" en droit de la concurrence », *CCC*, n°12, Déc. 2007, Étude 14.

LEGEAIS (D.), « Crédit à la consommation - Crédit responsable », *RDBF* n°2, Mars 2012, p.10.

LETREGUILLY (H.), « Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise », *LPA*, n°10, 14 janv. 2016, p.14.

LETREGUILLY (H.), MADDEN (J.), « Le "soft law" en matière financière : le point de vue des praticiens », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 6, p.68.

MADJOUR (O.), « "Le crédit responsable" dans les textes et la jurisprudence française », *Rev. Sciences Humaines*, n°30-31, Mai 2013, p.97.

MAGNIER (V.), « Le lanceur d'alerte-actionnaire ou mandataire social, un acteur « stratégique » de la gouvernance des sociétés », *D.*, 2020, p.1307.

MARLY (P.-G.), « L'arsenal normatif de l'Autorité de Contrôle Prudentiel », *BJB*, n°10, 2011, p.258.

MASOUNAVE (A.), « Dossier Conformité, le millefeuille réglementaire s'épaissit », *AGEFI Hebdo*, Sept. 2015, p.26.

MATHEY (N.), « La portée du devoir de vigilance », *RDBF*, Sept.-oct. 2013, Doss. 48, p.93.

MATHIEU (B.), « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, Janv. 2007.

MATTOUT (J.), « Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption Un danger pour les entreprises françaises ? », *JDI*, n°4, Oct. 2011, doct. 12, p.5.

MAXWELL (W.), ZOLYNSKI (C.), « Protection des données personnelles », *D.* 2019, p.1673.

MAZEAUD (P.), « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, Juill. 2005.

MAZUYER (E.), « La gouvernance d'entreprise : quel cadre juridique, quelles pratiques ? », *Journal des sociétés*, n°154, Juill. 2017, p.12.

MILLARD (E.), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, Janv. 2007.

MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, n°2, vol. 43, Juin 2002, p.143.

MOREL-MAROGER (J.),

- « HSBC Private Bank Suisse SA, première signataire d'une convention judiciaire d'intérêt public », *Gaz. Pal.*, 27 février 2018, p.71.
- « La Société Générale, dernière des banques françaises condamnée pour violation des embargos américains », *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2019, n°7, p.73.
- « Vers une coopération renforcée des superviseurs bancaires par les groupes bancaires internationaux ? », *RISF* 2014/2, p.83.
- « Vers un recul du secret bancaire au nom de la transparence fiscale ? », *RISF* 2014/1, p.124

MOULIN (A.-M.), « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire. La politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 3, p.58.

MULLER (A.-C.), « La régulation bancaire et financière dans l'Union européenne après la crise », *BJB*, n°7-8, 2015, p.348.

NICOLAS (E.), ROBINEAU (M.), « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G*, n°43, 2013, Doct. 1116.

NICOLET (M.-A.), « Renouveau de la titrisation et impact sur la maîtrise des risques », *RB*, n°783, Avril 2015, p.49.

NOYER (C.), « CRD IV est un atout pour les banques françaises et européennes », *Revue d'Économie Financière*, n°112, Déc. 2013, p.71.

OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p.509.

PACLOT (Y.), « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. soc.*, n°7, Juill. 2011, p.395.

PEREIRA (B.), « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue Management et Avenir*, n°21, 2009, p.26.

PERRIER (J-B.), « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une compliance environnementale », *D.*, 2020, p.396.

PEZARD (A.), « L'hypothèse de la déontologie comme source de sécurité des marchés financiers », *LPA*, n°56, 8 mai 1996, p.10.

PFISTER (C.), « Turbulences financières, tensions sur les marchés interbancaires et réponses des banques centrales », *Revue Sociétal*, n°59, Janv. 2008, p.77.

POLLIN (J.-P.), « Quel système bancaire pour l'après-crise ? », *Revue de l'OFCE*, n°110, Juill. 2009, p.413.

POMART (C.), « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en termes de continuum », *RRJ*, n°3, 2004, p.1679.

PRIETO (C.), « Actions de groupe et pratiques anticoncurrentielles: perspectives d'évolution... au Royaume-Uni », *D.*, 2008, p.232.

PRUM (A.), « Les agences de notation dans la ligne de mire des politiques », *RDBF*, Janv.-févr. 2009, Repère 1.

RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE*, n°4, 1996, p.409.

Rédaction LEXTENSO,

- « Le rôle créateur de la pratique dans l'élaboration de la norme juridique », *Gaz. Pal.* n°108, 2013.
- « Résolution des crises bancaires et garantie des dépôts : transposition des directives et mesures d'application », *Gaz. Pal.*, n°314, 2015, p.9.

RICARD (L.-N.), « Intelligence artificielle et machine learning dans les services financiers », *Lexis Nexis Actualités*, 25 janv. 2018, Doss. 1.

ROBERT (H.), « Tracfin après l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 17, p.101.

ROBINE (D.), « La création des mécanismes de résolution sous l'influence de la crise financière », *BJB*, n°10, 2015, p.481.

RODA (J-C), « Quand la compliance américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, 2020, p.913.

ROGLEV (L.), BECKHARD (J.), BECKER (V.), « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'europpéenne ? », *RLDA*, n°67, Janv. 2012, p.10.

RONTCHEVSKY (N.), « Loi Sapin 2 : Nouveau dispositif anticorruption issu de la loi Sapin 2 », *Banque & Droit*, HS-2017-2, Déc. 2017.

ROQUILLY (C.), « Chronique sur la performance juridique : la culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique », *LPA*, n°246, 10 déc. 2010, p.4.

ROQUILLY (C.), COLLARD (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *CDE*, n°6, Déc. 2009, p.19.

ROULAND (N.), « Penser le droit », *Droits*, n°10, 1990, p.79.

ROUSSILLE (M.), « La régulation transfrontalière des conglomérats financiers », *BJB*, n°1, 2016, p.35.

ROUSSILLE (M.), JOUFFIN (E.), BOCCARA (M.), « Régulation et conformité : Incidence de la Loi Sapin 2 sur l'organisation et l'activité bancaire », *Banque & Droit*, n°171, Janv.-févr. 2017, p.32.

ROZEC (Ph.), « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises ? », *JCP S* n°51-52, 21 déc. 2010, p.1548.

RUBIO (N.), « Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires », *RTD eur.*, 2007, p.597.

SAVARY (L.), « Synergie Banques-FinTechs : quand la conformité des unes dépend des autres », *RDBF*, Mars-avr. 2017, Doss. 14.

SCHANZE (E.), « Conformité, autorégulation et efficacité économique », *JCP E*, n°30, 26 juill. 2012, 1469, p.23.

SOBCZAK (A.), « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc.*, 2002, p.806.

SOTIROPOULOU (A.), « L'accès au marché européen des établissements financiers britanniques », *BJB*, n°1, 2019, p.43.

STIGLER (G.-J.), « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1971, p.3.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La circulation des pratiques juridiques en droit des affaires », *LPA*, n°237, 2003, p.30.

SYNVET (H.), « Le "soft law" en matière bancaire et financière », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 8, p.78.

TERRE (D.), « L'auto-production progressive du droit : l'exemple de la pension livrée », *Droit et société*, n°2, vol. 48, 2001, p.531.

TERRE (F.), « La crise de la loi », *APD*, T.25, 1980, p.18.

THIBIERGE (C.), « Le droit souple (réflexions sur les textures du droit) », *RTD Civ.*, 2003, p.599.

TIMSIT (G.), « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, 2004-1, n°109, p. 5-11.

TOCQUEVILLE (J.-G.), « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 4, p.60.

TOLLET (N.), « La France, suiveuse ou contributrice à la prévention mondiale de la corruption ? - La loi Sapin 2 a-t-elle une vocation européenne voire internationale ? », *CDE*, n°5, Oct. 2018, Doss. 36.

TORRES (C.), « La CNIL réoriente sa position sur le whistleblowing », *Gaz. Pal.* n°22, 22 janv. 2011, p.18.

TREBULLE (F.-G.), « La prise en compte de la RSE par les banques », *RDBF*, Sept.-oct. 2013, Doss. 46, p.80.

TROPER (M.), « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société*, n°50, vol. 1, 2002, p.43.

TSE (N.), LE GAL (J.-F.), « Droit et Éthique des Affaires - UK Bribery Act : analyse d'une législation », *RJSP*, n°4, Nov. 2011, p.44.

VABRES (R.), « L'articulation des autorités européennes de surveillance et des régulateurs nationaux - Présentation générale », *BJB*, n°12, 2015, p.584.

VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, n°851, 1950, I, §4.

VIALA (A.), « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°6, Janv. 1999.

VIEILLEFOND (E.), « Instruments juridiques non contraignants et évolution de la régulation financière européenne », *RDBF*, Janv.-févr. 2012, Doss. 7, p.75.

WERNER (P.), « La conformité comme outil de prévention du blanchiment », *RDBF*, Mai-juin 2009, Doss. 19, p.113.

XUEREF (C.), « Sanction et conformité », *BJB*, n°12, 2009, p.435.

ZOLYNSKI (C.), « Blockchain et smart contracts : premiers regards sur une technologie disruptive », *RDBF*, Janv.-févr. 2017, Doss. 4.

VI. CONTRIBUTIONS

ABI-SAAB (G.),

- « Éloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p.60.
- « Cours général de droit international », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Académie de droit international de la Haye, vol. 207, 1987, p.208.

AL-SANHOURY (A.A.), « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. II, Sirey, p.144.

AUVERGNON (Ph.), « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in *L'effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, (dir.) AUVERGNON (Ph.), Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p.27.

BALATON (A.), DEGUEN (D.), « Cinq siècles de crises financières », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, Association d'Économie Financière, Paperback, Juill. 2009, p.26.

BARTHEZ (A.-S.), « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.59.

BENICHOU (A.), « Nouvelles technologies : réflexions sur la Compliance et l'Éthique », in *Régulation, Supervision, Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2017, p.81.

BERLINGIN (M.), DE PIERMONT (G.), STROOBANT (Ph.), « Les règles de "bonne gouvernance" dans le droit des sociétés et le droit économique » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.179.

BERRA (D.), « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges Despax*, 2002, p.125.

BISMUTH (R.), « La réforme de l'encadrement prudentiel des banques par le Comité de Bâle, reflet des tensions entre les différents espaces de régulation financière », in *Annales de la régulation Vol. 3, Les réformes des régulations financières*, (dir.) DELION (A.), VIDAL (L.), IRJS, 2013, p.173.

BLACHE (D.), « Le rôle des Banques Centrales Nationales dans le cadre de l'Union Bancaire », in *L'Union Bancaire*, (dir.) MARTUCCI (F.), Bruylant, 2016, p.135.

BLONDEL (Ph.), « Le fait source de droit », in *Mélanges Draï*, 2000, p.203.

BOLLE (A.), « Le blanchiment des capitaux de la criminalité organisée », in *Blanchiment et financement du terrorisme*, (dir.) FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), Ellipses, 2004, p.44.

BONNEAU (Th.),

- « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.79.
- « Le point de vue du juriste » in *Droit et crise financière. Régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.18.
- « Union Bancaire et Autorité européenne des marchés financiers », in *L'Union Bancaire*, (dir.) MARTUCCI (F.), Bruylant, 2016, p.223.

BORRAZ (O.), « Les normes, instruments dépolitisés de l'action publique », in *Gouverner par les instruments*, (dir.) LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2004, p.144.

BOTHE (M.), « Legal and non-legal norms. A meaningful distinction in international relations », in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, p.65.

BOUCHEZ (R.), « Introduction », in *Droit et crise financière. Régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.183.

BOURETZ (E.), EMERY (J.-L.), « Le contrôle de second degré effectué par la Commission Bancaire et ses suites possibles » in *Mélanges AEDBF-France, Droit Bancaire et Financier*, RB, 2008, p.85.

BOUTHINON-DUMAS (H.), KIRAT (Th.), MARTY (F.), « Crise financière et pratique décisionnelle de la Commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.187.

BRUNET (F.), « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.403.

BUREAU (D.), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Collectif Paris II, Dalloz, 2004, p.171.

CARCASSONE (G.), « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, 1996, p.37.

CAZALA (J.), « Le soft law international entre inspiration et aspiration » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.17.

CHACORNAC (H.), « La mise en œuvre de dispositifs préventifs chez Siemens » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.223.

CHANTEPIE (G.), « Les codifications privées », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.39.

CHARLTON (C.), « La force d'attraction économique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.635.

CHATELIN-ERTUR (C.), ONNEE (S.), « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.649.

CHESNEY (M.), « Des outils sophistiqués à la disposition des réseaux terroristes », in *Criminalité financière. Comment blanchir de l'argent sale et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers*, (dir.) FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), Éditions d'Organisation, 2002, p.219.

COLLARD (C.), « Concevoir le droit comme un produit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p.421.

DAIGRE (J.-J.), « La compliance comme une opportunité pour les entreprises européennes », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.61.

DE BOISSIEU (C.), « Leçons de la crise pour la régulation bancaire et financière », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, Association d'Économie Financière, Paperback, Juill. 2009, p.66.

DE LA COTARDIERE (A.), « Construire une Europe de la compliance lisible pour les entreprises », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.119.

DE SADELEER (N.), « Les actes hors nomenclature et le soft law européen » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.253.

DE VAUPLANE (H.) et (A.), « La gouvernance des banques à l'issue de la crise du système financier », in *Mélanges Bissara*, Association nationale des sociétés par actions, 2013, p.355.

DELION (A.), « L'évolution de la notion et des organismes de régulation », in *Annales de la régulation Vol. 3, Les réformes des régulations financières*, (dir.) DELION (A.), VIDAL (L.), IRJS, 2013, p.1.

DESUMEUR (O.), « La nouvelle réglementation dans le cadre de la relation client » in *Le Mémento de la Conformité*, Ed. Patrimoine Management & Technologie, 2010, p.60.

DEUMIER (P.),

- « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.113.
- « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Hommage au professeur Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p.350.
- DEUMIER (P.), « Préface », in *Les codes de conduite, sources du droit*, (dir.) LAROUER (M.), Dalloz, 2018. [Doctorat : Droit privé : Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 2016].

DIEUX (X.), « Réflexions sur l'autorégulation en droit des sociétés et en droit financier », in *Droit, morale et marché*, (dir.) DIEUX (X.), Bruylant, 2013, p.31.

DU MARAIS (B.), « Crise de la régulation ou "capture du régulateur" ? », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, Association d'Économie Financière, Paperback, Juill. 2009, p.78.

DUCHAINE (C.), « L'Agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la Compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A), Dalloz, 2019, p.97.

DUMONT (H.), « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in *Les sources du droit revisitées. Vol. 4, Théorie des sources du droit*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2013, p.639.

EDDAZI (F.), « La force normative des propositions de la commission départementale de la coopération intercommunale », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.774.

FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, 1982, p.47.

FASTERLING (B.), « Compliance : vers une formalisation ? », in *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise. Management juridique et culture juridique d'entreprise*, (dir.) ROQUILLY (C.), Joly, 2011, p.321.

FORT (J.-L.), « L'organisation de la régulation pour le système bancaire et financier », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2009*, Association d'Économie Financière, Paperback, Juill. 2009, p.74.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la *Compliance* par ces trois personnages », in *Compliance : l'entreprise, le régulateur, le juge*, (dir.) BORGA (N.), MARIN (J.-C.), RODA (J.-C.), Dalloz, 2018, p.1.
- « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, T.I Litec, 1998, p.21-27.
- « Un droit substantiel de la compliance appuyé sur la tradition européenne humaniste », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.13.

FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), « Les codes de conduite : source du droit global ? » in *Les sources du droit revisitées. Vol. 3, Normativités concurrentes*, (dir.) CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), Anthémis, 2012, p.179.

FRYDMAN (B.), « Le projet scientifique de François Génys », in *François Génys, mythe et réalités. 1899-1999*, (dir.) SAURET (A.), Balis-Dalloz-Bruylant, 2000, p.214.

GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), « Un changement de paradigme », in *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, (dir.) GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.), PUF, 2013, p.1.

HAKIM (N.), « Julien Bonnet, historien de la science juridique ? », in *Histoire de l'histoire du droit*, (dir.) POUMAREDE (J.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p.293.

IGALENS (J.), « Corégulation », in *Dictionnaire critique de la RSE*, (dir.) POSTEL (N.), SOBEL (R.), Presses Universitaires du Septentrion, 2013, p.89.

JACQUET (J.-M.), « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p.334.

JESTAZ (Ph.), « François Génys : une image française de la loi et du juge », in *François Génys, mythe et réalités. 1899-1999*, (dir.) SAURET (A.), Balis-Dalloz-Bruylant, 2000, p.37.

JOBARD (J.-P.), « "Business Ethics" et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? » in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, (dir.) DE LA BRUSLERIE (H.), Economica, 1992, p.59.

JOUFFIN (E.), « Le droit mou est-il en train de durcir ? Brèves réflexions au sujet de la soft law bancaire et de sa disparition », in *Mélanges AEDBF-France, Droit Bancaire et Financier*, RB, 2013, p.265.

JUBAULT (C.), « Les codes de conduite privée », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.27.

KOVAR (J.-P.), « Les autorités européennes de surveillance, la régulation financière et l'Union bancaire européenne », in *Annales de la régulation Vol. 3, Les réformes des régulations financières*, (dir.) DELION (A.), VIDAL (L.), IRJS, 2013, p.241.

LAFARGE (F.), « Les autorités européennes de surveillance, la régulation financière et l'Union bancaire européenne », in *Annales de la régulation Vol. 3, Les réformes des régulations financières*, (dir.) DELION (A.), VIDAL (L.), IRJS, 2013, p.199.

LASSERRE-KIESOW (V.), « Livres verts et livres blancs des institutions communautaires », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.75.

LASTRA (R.-M.), « Legal and regulatory responses to the financial crisis », in *Annales de la régulation Vol. 3, Les réformes des régulations financières*, (dir.) DELION (A.), VIDAL (L.), IRJS, 2013, p.157.

LEBEN (C.), « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) ALLAND (D.), RIALS (S.), PUF, 2003, p.1113.

LEFEBVRE-DUTILLEUL (V.), « La conformité, droit vivant », in *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise. Management juridique et culture juridique d'entreprise*, (dir.) ROQUILLY (C.), Joly, 2011, p.307.

LENAERTS (K.), « Le juge de l'Union européenne dans une Europe de la compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.1.

MAGNIER-MERRAN (K.), « Quelle utilité aux codes de déontologie en matière bancaire ? » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.67.

MAILLARD DE (J.), « La France face à la criminalité financière : entre rigueur et relâchement », in *Blanchiment et financement du terrorisme*, (dir.) FRANCOIS (L.), CHAIGNEAU (P.), CHESNEY (M.), Ellipses, 2004, p.71.

MARIN (J.-C.), « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? » in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2019, p.70.

MARTIN (D.), « Les contraintes et les vertus de la compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2019, p.107.

MARTIN (M.), « La conception du droit par Gény arrêliste » in *La pensée de François Gény*, (dir.) CACHARD (O.), LICARI (F-X.), LORMANT (F.), Dalloz, 2013, p.119.

MARTUCCI (F.), « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité » in *L'Union Bancaire*, (dir.) MARTUCCI (F.), Bruylant, 2016, p.11.

MAZUYER (E.), « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.577.

MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.1.

MOREL-MAROGER (J.),

- « La compliance financière, les enseignements de l'affaire BNP-Paribas », in *Compliance : entreprise, régulateur et juge*, (dir.) BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.), LGDJ, 2018, Dalloz, 2018, p.69-77.
- « La nouvelle architecture française et européenne en matière bancaire », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (T.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.75-85.

MUSCA (X.), « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M-A.), Dalloz, 2019, p.43.

NOREAU (P.), « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, (dir.) THIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p.137.

OPPETIT (B.), « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.320.

PELITZER (P.), THIRION (N.), « La régulation économique et ses implications juridiques : enjeux et débats », in *La régulation économique dans la vie des affaires - Actes du 56e séminaire de la commission droit et vie des affaires*, Bruylant, 2007, p.11.

PERES (C.), « La réception du droit souple par les destinataires », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.93.

PIEDELIEVRE (S.), « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.441.

PONS (A.), « Amour des lois et amour de la liberté chez Montesquieu », in *L'amour des lois*, (dir.) BOULAD-AYOUB (J.), MELKEVIK (B.), ROBERT (P.), Presses de l'Université de Laval-L'Harmattan, 1996, p.187.

POUGHON (J.-M.), « Éthique et finance : oxymore ou ambiguïté » in *Finance et Éthique*, (dir.) CUTAJAR (C.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), Lamy Axe Droit, 2013, p.17.

RIASSETTO (I.), STORCK (M.), « Les codes de bonne conduite en droit des marchés financiers : d'un code à l'autre », in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr. De code en code*, Dalloz, 2009, p.669.

ROBERT (H.), « Les méthodes de lutte contre le financement du terrorisme : une perspective française », in *La lutte contre le financement du terrorisme : perspective transatlantique*, (dir.) SOREL (J-M.), A. Pedone, 2009, p.104.

ROCHER (G.), « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles » in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, (dir.) BELLEY (J-G.), LGDJ, 1996, p.25.

ROESSLER (F.), "Law, de facto agreements and declarations of principle in international economic relations", in *German Yearbook of International Law*, 1978, p.27.

ROUBIER (P.), « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert, T.I, Études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1959, p.9.

ROUSSILLE (M.), « La nouvelle architecture française et européenne en matière financière », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.87.

SAUVE (J.-M.), « Compliance, droit public et juge administratif », in *Régulation, supervision, compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2017, p.48.

SCIALOM (L.), « Le point de vue de l'économiste », in *Droit et crise financière : régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, (dir.) MOREL-MAROGER (J.), KIRAT (Th.), BOITEAU (C.), Bruylant, 2015, p.31.

SELLAL (P.), « Le Droit de la Compliance contribue à la construction européenne en palliant les faiblesses de celle-ci », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.53.

SIMON (J.), « La conformité : pourquoi ? Comment ? Avec quels risques », in *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise. Management juridique et culture juridique d'entreprise*, (dir.) ROQUILLY (C.), Joly, 2011, p.293.

SOURIOUX (J.-L.), « Rapport Français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit (Journées Suisses)*, T. XXXIV, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Economica, 1983, p.85.

SOREL (J.-M.), « L'indifférence de la doctrine interne à la discipline internationale », in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, (dir.) DEUMIER (P.), SOREL (J.-M.), LGDJ, 2018, p.5.

THIBIERGE C.,

- « Conclusion », in *La densification normative – Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p.1101.
- « La densification normative. L'exemple du « référentiel d'équivalence d'horaires », in *La densification normative – Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p.287.
- « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.527.
- « Rapport de synthèse », in *Le droit souple. Journées nationales, T. XIII*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Dalloz-Sirey, 2009, p.141.

TROCHON (J.-Y.), « La compliance : témoignage d'un directeur juridique », in *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise. Management juridique et culture juridique d'entreprise*, (dir.) ROQUILLY (C.), Joly, 2011, p.315.

VABRES (R.), « Autorité Bancaire Européenne et Union Bancaire », in *L'Union Bancaire*, (dir.) MARTUCCI (F.), Bruylant, 2016, p.189.

VIMONT (P.), « La nécessité de respecter et d'utiliser les processus politiques de la construction européenne, même dans les techniques de compliance », in *Pour une Europe de la Compliance*, (dir.) FRISON-ROCHE (M.-A.), Dalloz, 2019, p.49.

VIRALLY (M.), « Sur la notion d'accord », in *Festschrift für Bindschedler*, 1980, p.159.

VII. INTERVENTIONS (dans un colloque/conférence)

BAUDESSON (Th.), BRULE (M.-F.), BREEN (E.), LANCRI (M.), SEASSAUD (E.), « L'invention de la compliance à la française : une révolution pour les entreprises ? », Conférence organisée par l'Association Française des Juristes d'Entreprises dans le cadre du cycle « La compliance au cœur de la modernisation et de la performance des entreprises », Paris, 11 mai 2016.

BLACHE (D.), « Les évolutions réglementaires dans le domaine de la résolution », Conférence organisée par l'ACPR sur le thème « Les nouvelles réglementations bancaires en projet », Paris, 23 juin 2015, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20150622-conference-m.pdf>>.

DAIGRE (J.-J.), « La compliance comme une opportunité pour les entreprises européennes », Conférence organisée par The Journal of Regulation & Compliance dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 30 mai 2018 en ligne : <<http://thejournalofregulation.com/fr/article/jean-jacques-daigre-presente-la-compliance-comme->>.

DUBOIS (P.-H.), « International Corruption Hunters Alliance: coalitions against corruption », Conférence organisée par la Banque mondiale dans le cadre du cycle *Coalitions Against Corruption: Building Trust, Promoting Integrity, Ending Impunity*, Copenhague, 25 oct. 2018, en ligne : <<https://live.worldbank.org/International-Corruption-Hunters-Alliance-Coalitions-Against-Corruption>>.

MAILLARD DE (J.), « Comprendre la lutte contre la criminalité financière », Conférence organisée par le département Financial Crime Compliance au sein d'HSBC France, Paris, 21 juin 2018.

MARTINEZ (D.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), DUTOIR (B.), POELS (Ph.), VOGEL (J.), HUBERT (X.), « Déployer un programme de compliance, un moteur pour la performance de l'entreprise », Conférence organisée par l'Association Française des Juristes d'Entreprises dans le cadre du cycle « La compliance au cœur de la modernisation et de la performance des entreprises », Paris, 11 mai 2016.

MUSCA (X.), « Ce que l'Europe de la compliance peut faire pour les entreprises et ce que les entreprises par la compliance peuvent faire pour l'Europe », Conférence organisée par The Journal of Regulation & Compliance dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 30 mai 2018 en ligne : <http://thejournalofregulation.com/fr/article/xavier-musca-expose-ce-que-leurope-de-la-compliance/>.

NOYER (C.),

- « La conduite de la politique monétaire en période de tensions financières », Discours prononcé à Prague en Avr. 2018 lors du European Banking and Financial Forum, Prague, Avr. 2008, en ligne : www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/2008/disc20080401.pdf.
- « Réflexions sur la crise », Discours prononcé à Tokyo le 17 nov. 2008, en ligne : www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/2008/disc20081117.pdf.
- « Europe : une crise financière et pas monétaire », Discours prononcé, Tokyo, 28 nov. 2011.

RICHARD (Ph.), « Les travaux réglementaires dans le cadre de l'agenda G20 », Conférence organisée par l'ACPR sur le thème « Les nouvelles réglementations bancaires en projet », Paris, 23 juin 2015, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/20150622-conference-m.pdf>.

SAPIN (M.), « Déclaration du Ministre des Finances et des Comptes publics », Discours prononcé durant la trente-troisième réunion du Comité monétaire et financier international, 16 avr. 2016, Paris, en ligne : <https://www.imf.org/external/spring/2016/imfc/statement/fra/fra.pdf>.

SARRAT DE TRAMEZAIGUES (G.), « La réglementation bancaire : une logique imparfaite entre Conformité et Éthique », Conférence organisée par l'Executive Master Finance d'entreprise et de marché sur le thème « La conformité a-t-elle rendu la finance plus éthique? », IEP de Paris, sept. 2015.

SELLAL (P.), « Le Droit de la Compliance contribue à la construction européenne en palliant les faiblesses de celle-ci », Conférence organisée par The Journal of Regulation & Compliance dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 6 sep. 2018 en ligne : <http://thejournalofregulation.com/fr/article/dans-la-conference-du-6-septembre-2018-pierre-sell/>.

SUET (P.), « Analyse de l'impact de la conformité sur la finance », Conférence organisée par l'Executive Master Finance d'entreprise et de marché sur le thème « La conformité a-t-elle rendu la finance plus éthique? », IEP de Paris, sept. 2015.

VABRES (R.), « Présentation générale de l'articulation entre les autorités européennes de surveillance et les régulateurs nationaux », Conférence organisée par la Fédération Bancaire Française, le Centre d'études juridiques européennes et comparées et l'Association Française des Professionnels de Titres dans le cadre du cycle « Les réformes de la régulation financière dans l'UE après la crise », Paris, 17 sept. 2015, en ligne : <https://extranet.fbf.fr/web/Extranet/Extramain.nsf/DocumentsByIDWeb/9ZWKBK?OpenDocument&logivl=6W9JWL&lang=FR>.

VILLEROY DE GALHAU (F.), « Les conséquences du Brexit pour le secteur financier français et européen », Discours prononcé à Paris le 23 nov. 2018 lors de la conférence de l'ACPR, en ligne : https://www.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/discours-fvg-acpr-brexit_2018-11-23_vf.pdf.

VIMONT (P.), « La nécessité de respecter et d'utiliser les processus politiques de la construction européenne, même dans les techniques de compliance », Conférence organisée par The Journal of Regulation & Compliance dans le cadre du cycle *Pour une Europe de la Compliance*, Paris, 30 mai 2018 en ligne : <http://thejournalofregulation.com/fr/article/pierre-vimont-souligne-la-necessite-de-respecter-l/>.

VIII. DECISIONS DE COMMISSIONS DES SANCTIONS, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

CA Paris 19 déc. 2013, pourvoi n°12/22644, *Rev. soc.* 2014, n°306, *obs.* VIANDIER (A.) ; D. 2018, p.302, *obs.* ABADIE (P.)

Cass.ass.plén. 9 oct. 2006, pourvoi n°06-11.056, *Bull. ass. plén.*, n°11, *RTD Com.* 2007, p.207, *obs.* LEGAIS (D.), *JCP E* 2006, II, 10175, note BONNEAU (Th.).

Cass.1^{re} civ. 12 juill. 2005, pourvoi n°03-10.921, *Bull. civ. I*, n°327, *D.* 2005 AJ, p.2276, obs. DELPECH (X.), *RTD Com.* 2005, p.820, obs. LEGEAI (D.), *JCP G* 2005, II, 10140, note GOURIO (A.).

Cass.ch.mixte. 29 juin 2007, pourvoi n°05-21.104 et 06-11.673, *Bull. ch. Mixte* n°7 et 8, *D.* 2007, jur., p.2081, note PIEDELIEVRE (P.), *JCP G* 2007, II, 10146, note GOURIO (A.), *JCP E* 2007, n°2105, note LEGEAI (D.).

Cass.com. 6 juill.1964, *Bull. civ.* n°350 *JCP G*, 1965, II. 14024, obs. GAVALDA (C.).

Cass.com. 22 avr. 1980, pourvoi n°78-13.892, *SA Marseillaise de Crédit c/ SA Banque Herve*, *RTD civ.* 1995, p.509, obs. OSMAN (F.).

Cass.com. 27 févr. 1996, pourvoi n°94-15.176, *JCP E* 1998, p.321, obs. STOUFFLET (J.), GAVALDA (C.).

Cass.com. 4 mai 1999, pourvoi n°95-21.752, *Bull. civ. IV*, n°90, p.75 ; *Rev. dr. bancaire et bourse* n°74, 1999. 121, obs. CREDOT (F.-J.) et GERARD (Y.) ; *Defrénois*, 1999, art. 37041, n°73, p.997 obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *Rev. trim. Dr. com.*, 1999. 731, obs. CABRILLAC (M.) ; *D.* 2000, *Cahier droit des affaires*, p.191, obs. DJOUBI (J.).

Cass.com. 3 mai 2006, pourvoi n°04-15.517, 02-11.211 et 04-19-315, *Bull. civ. IV*, n°101, n°102 et n°103, *Banque et droit* 2006, n°108, p.53, obs. RONTCHEVSKY (N.), *D.* 2006, aff. p.1445, obs. DELPECH (X.).

Cass.com. 20 juin 2006, pourvoi n°04-14.114, *Bull. civ. IV*, n°145, *JCP E* 2006, n°2271, note LEGEAI (D.).

Cass.com. 3 juill. 2012, pourvoi n°11-13.665, *JurisData* n°2012-015037, *RDBF* 2012, comm. 175, obs. CREDOT (F.-J.), SAMIN (T.).

Cass.com. 13 janv. 2015, pourvoi n°13-24.875, *JurisData* n°2015-000226, *RDBF* 2015, comm. 40, obs. LEGEAI (D.).

Cass.soc. 25 nov. 2003, pourvoi n°01-17.501 : *Bull. civ.* n°294 2003; *RTD Civ.* 2004, p.733, obs. MESTRE (J.), FAGES (B.).

Commission des sanctions de l'ACP, Décision n°2011-C-75, 23 nov. 2011, en ligne :

<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/08/2013-associations-professionnelles-pouvant-demander-a-l-acpr-approuver-code-conduite-2011-c-75-conso_0.pdf>.

Commission des sanctions de l'ACPR,

- *Procédure n°2010-01*, 10 janv. 2011, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/18/201101-ccmt-decision-de-l-acpr.pdf>>.
- *Procédure n°2011-03*, 27 nov. 2012, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20121127-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>>.
- *Procédure n°2013-01*, 25 nov. 2013, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20131129-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>>.
- *Procédure n°2012-08*, 2 déc. 2013, *Banque Chaâbi du Maroc*, *Gaz. Pal.*, 16-18 mars 2014, p.28, obs. MOREL-MAROGER (J.).
- *Procédure n°2014-07*, 24 juill. 2015, §31, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20150728-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>>.
- *Procédure n°2016-04*, 18 mai 2017, en ligne :
<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/24/170522_decision_lbp.pdf>.
- *Procédure n°2016-06*, 12 mai 2017, en ligne :
<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20170601_decision_bnpp.pdf>.
- *Décision n°2016-06*, 30 mai 2017, en ligne :
<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20170601_decision_bnpp.pdf>.
- *Procédure n°2016-09*, 30 juin 2017, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/10/13/20170704-decision-sanction-crcam-av.pdf>>.
- *Procédure n°2016-07*, 19 juill. 2017, en ligne :
<https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acpr/publications/registre-officiel/20170721-decision-sanction-sg.pdf>.

Commissions des sanctions de l'AFA,

- *Décision n°19-01*, 4 juill. 2019, en ligne :
<<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/DECISION%2019-01%20COMMISSION%20DES%20SANCTIONS%20ANONYMISEE.pdf>>.

- *Décision n°19-02*, 7 févr. 2020, en ligne :
<<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/DECISION%2019-02%20COMMISSION%20DES%20SANCTIONS%20%20ANONYME.PDF>>.

Commission des sanctions de l'AMF,

- *Décision à l'égard la Société Générale Asset Management (SGAM)*, 7 oct. 2011, en ligne :
<[file:///C:/Users/Agathe/Downloads/D%C3%A9cision%20de%20la%20Commission%20des%20sanctions%20du%207%20octobre%202011%20%C3%A0%20l%27%C3%A9gard%20de%20la%20soci%C3%A9t%C3%A9%20de%20gestion%20de%20portefeuille%20SOCIETE%20GENERALE%20ASSET%20MANAGEMENT%20\(SGAM\).pdf](file:///C:/Users/Agathe/Downloads/D%C3%A9cision%20de%20la%20Commission%20des%20sanctions%20du%207%20octobre%202011%20%C3%A0%20l%27%C3%A9gard%20de%20la%20soci%C3%A9t%C3%A9%20de%20gestion%20de%20portefeuille%20SOCIETE%20GENERALE%20ASSET%20MANAGEMENT%20(SGAM).pdf)>
- *Procédure n°16-09, Décision n°9*, 25 juill. 2017, en ligne :
<<http://www.amf-france.org/Sanctions-et-transactions/Decisions-de-la-commission/Chronologique/Liste-Chronologique/Sanction?year=2017&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F8df09a84-2589-4e76-ab5a-3ec3bf367c5b>>.

Parquet National Financier, *Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République Financier près le Tribunal de Grande Instance de Paris et HSBC Private Bank (Suisse) SA*, 18 oct. 2017, en ligne :
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/CJIP_HSBC.pdf>.

IX. DOCUMENTS WEB

ABE,

- « Missions et tâches », en ligne : <https://eba.europa.eu/languages/home_fr>.
- *EBA will sign today its new headquarters agreement with the French authorities*, 6 mars 2019, en ligne :
<<https://eba.europa.eu/-eba-will-sign-today-its-new-headquarters-agreement-with-the-french-authorities>>.

ACAMS, *AML De-risking : an effective method of plugging AML control failures ?*, Août 2014, p.4, en ligne :
<<http://www.acams.org/wp-content/uploads/2015/08/AML-De-Risking-An-effective-method-of-plugging-AML-control-failures-B-Adisa.pdf>>.

ACP, « Communiqué de presse », 9 juill. 2013, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20130709-communique-acp-codes-de-bonne-conduite.pdf>>.

ACPR & AMF,

- « Achat de bitcoin : l'AMF et l'ACPR mettent en garde les épargnants », 4 déc. 2017, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20171204-cp-bitcoin.pdf>>.
- « Communiqué de presse », 28 sept. 2016, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20160928-cp-acpr-amf-agrements-brexit.pdf>>.
- « Communiqué de presse ACPR-AMF », 7 mai 2015, en ligne :
<http://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/Communication/Communiqués%20de%20presse/20150507-communique-de-presse-ACPR-AMF-forex.pdf>.
- « Pôle commun ACPR-AMF-Rapport annuel », Conférence de presse, 1er juin 2017, en ligne :
<https://www.amf-france.org/sites/default/files/resource/20170601_slides_ra_polecommun%20pdf.pdf>.

ACPR Pôle Fintech, « La révolution numérique dans les banques et les assurances françaises. État des lieux, stratégies et défis », 20 mars 2018, en ligne :
<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180320_acpr_fintech_revolutionnumerique_banques_assurances_francaises.pdf>.

ACPR,

- « Autorité bancaire européenne (ABE) », 19 mars 2019, en ligne : <<https://acpr.banque-france.fr/europe-et-international/banques/instances/autorite-bancaire-europeenne-abe>>.
- « Canevas sur le rapport de contrôle interne », Juill. 2018, en ligne :
<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180705_article_revue_acpr.pdf>.
- « Comité de Bâle », 9 mai 2019, en ligne :
<<https://acpr.banque-france.fr/europe-et-international/banques/instances/comite-de-bale>>.

- « Communiqué de Presse. Étude inédite de l'ACPR sur la révolution numérique dans le secteur financier », 20 mars 2018, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180320_cp_acpr_etude_revolution_numerique.pdf.
- « Historique de l'ACPR », Août 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/lacpr/presentation/historique-de-lacpr>.
- « La transformation digitale, de nouveaux défis pour la conformité », 12 avr. 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/intervention/la-transformation-digitale-de-nouveaux-defis-pour-la-conformite>.
- « Les attentes du superviseur : de la conformité au comportement », 23 juin 2016, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acpr/.../20160623-conformite.pdf.
- « Les collèges de superviseurs », 19 mars 2019 en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/international/la-cooperation-au-niveau-europeen/les-colleges-de-superviseurs.html>.
- « Les grands sujets de conformité : le point de vue du superviseur », 17 sept. 2015, en ligne : [https://extranet.fbf.fr/web/Extranet/Extramain.nsf/DocumentsByIDWeb/A2GGQY/\\$File/ACPR-BDF-sujets-conformite-Visnovsky-17092015.pdf?OpenElement&loglvl=9Z6GRB](https://extranet.fbf.fr/web/Extranet/Extramain.nsf/DocumentsByIDWeb/A2GGQY/$File/ACPR-BDF-sujets-conformite-Visnovsky-17092015.pdf?OpenElement&loglvl=9Z6GRB).
- « Les missions nationales et européennes de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution », Juin 2017, en ligne : https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/11/21/vf_a2020-action_9-valoriser_lacpr.pdf.
- « Participation de l'ACPR aux travaux internationaux », 19 mars 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/controler/lutte-contre-le-blanchiment-des-capitaux-et-le-financement-du-terrorisme/presentation-du-controle-lcb-ft/participation-de-lacpr-aux-travaux-internationaux>.
- « Procédure disciplinaire », Oct. 2017, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sanctionner/procedure-disciplinaire>.
- « Recueil de jurisprudence », 19 avr. 2018, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/sanctionner/recueil-de-jurisprudence>.
- « Système européen de supervision financière », 19 mars 2019, en ligne : <https://acpr.banque-france.fr/europe-et-international/cooperation-et-aspects-transversaux/systeme-europeen-de-supervision-financiere>.

AEMF, *ESMA fines Moody's €1.24 million for credit ratings breaches*, Juin 2017, en ligne : https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-466_esma_fines_moody's_eu1.24_million_for_credit_ratings_breaches.pdf.

AFA, « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise, guide pratique », Janv. 2019, en ligne : https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf.

AFECEI, « Présentation de l'AFECEI », en ligne : <http://www.afecei.asso.fr/Web/Afecei/content.nsf/DocumentsByIDWeb/7S74JE?OpenDocument>.

AGEFI, « BofA Merrill étoffe sa direction à Paris en vue du Brexit », 8 févr. 2019, en ligne : <https://www.agefi.fr/banque-assurance/actualites/quotidien/20190208/bofa-merrill-etoffe-direction-a-paris-en-vue-267627>.

AMF,

- « Décisions de la Commission des sanctions », 2018, en ligne : https://www.amf-france.org/fr/sanction-transaction/D%C3%A9cisions-de-la-commission-des-sanctions/listing_sanction.
- « Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : l'AMF publie ses nouvelles lignes directrices », 29 nov. 2019, en ligne : <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/lutte-contre-le-blanchiment-de-capitaux-et-le-financement-du-terrorisme-lamf-publie-ses-nouvelles>.
- « Missions & Compétences », 21 juin 2017, en ligne : <https://www.amf-france.org/L-AMF/Missions-et-competences/Presentation?>>.

Ass. Nat.,

- « Études d'impact – dépôt des contributions », en ligne : <http://etudesimpact.assemblee-nationale.fr/>>.
- « Étude d'impact – Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises », en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b1088_etude-impact.

BaFin, *Prevention of money laundering and terrorist financing*, Mai 2018, en ligne : https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/Geldwaeschepraevention/Allgemeines/allgemeines_artikel_en.html.

Bank of America, *2016 Code of Conduct*, 2016, en ligne : <http://investor.bankofamerica.com/phoenix.zhtml?c=71595&p=irol-govconduct#fbid=3s30oVe89a5>.

Banque de France,

- « Comité National des Paiements Scripturaux », 15 déc. 2017, en ligne : <https://www.banque-france.fr/stabilite-financiere/comite-national-des-paiements-scripturaux/sepa>.
- « L'émergence du bitcoin et autres crypto actifs : enjeux, risques et perspectives », *Focus*, n°16, 5 mars 2018, en ligne : https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/focus-16_2018_03_05_fr.pdf.
- « Les trois fichiers d'incidents (FCC, FICP, FNCI) », 30 nov. 2016, en ligne : <https://particuliers.banque-france.fr/fichiers-dincidents/les-trois-fichiers-dincidents-fcc-ficp-fnci>.

BCE,

- « L'espace unique de paiement en euros (SEPA), un marché intégré des paiements de détail », 2009, en ligne : http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/sepa_brochure_2009fr.pdf.
- « La mission de la BCE », 2019, en ligne : <https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/ecb-mission/html/index.fr.html>.

BNP-Paribas,

- « Code de conduite du Groupe BNP-Paribas », 31 mars 2016, mis à jour le 23 janv. 2018, en ligne : https://group.bnpparibas/uploads/file/codeofconduct_fr_16_01_2018_40p.pdf.
- « Communiqué de Presse. BNP Paribas Securities Services soutient la croissance de la fintech Fortia », 30 janv. 2017, en ligne : <https://group.bnpparibas/communique-de-presse/bnp-paribas-securities-services-soutient-croissance-fintech-fortia>.

BRENOT (V.), *Adoption de la proposition de loi sur le devoir de vigilance : de nouveaux risques pour les grandes entreprises françaises*, cabinet August-Debouzy, 10 mars 2017, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/adoption-de-la-proposition-de-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-de-nouveaux-risques-pour-les-grandes-entreprises-francaises.pdf>.

CAZENEUVE (B.), « HSBC et la fraude fiscale : les enjeux de la première convention judiciaire d'intérêt public », 20 déc. 2017, en ligne : <https://www.lopinion.fr/edition/economie/hsbc-fraude-fiscale-enjeux-premiere-convention-judiciaire-d-interet-140251>.

CBCB,

- « Cadre réglementaire international du secteur bancaire (Bâle III) », en ligne : http://www.bis.org/bcbs/basel3_fr.htm.
- *Joint Forum*, en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>.

CERS, *Summaries of EU legislation*, Oct. 2015, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:mi0068>.

CESE,

- « Découvrez ce que le CESE fait pour vous », 2015, en ligne : <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-01-15-875-fr-n.pdf>.
- « Guide de la base de données », en ligne : <https://www.eesc.europa.eu/fr/guide-de-la-base-de-donnees#downloads>.

Citi Group, *Our Code of Conduct*, 2015, mis à jour en 2019, en ligne : http://www.citigroup.com/citi/investor/data/codeconduct_en.pdf.

Comm. (UE),

- « Améliorer la réglementation : pourquoi et comment », en ligne : https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_fr/.
- « Communiqué de presse. État de l'Union 2018 – Renforcement de la surveillance anti-blanchiment de capitaux, pour un secteur bancaire et financier stable », 12 sept. 2018, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5724_fr.htm.
- *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules*, Nov. 2011, en ligne : <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-fr>.
- « Consultation publique sur un Code pour un volontariat ouvert efficace : de bons principes de conception pour l'autorégulation et la corégulation et autres actions multipartites », 16 août-30 sept. 2012, en ligne : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-code-effective-open-voluntarism-good-design-principles-self-and-co>.

- « Des règles de l'UE renforcées pour lutter contre le blanchiment de capitaux, l'évasion fiscale et le financement du terrorisme entrent en vigueur », 26 juin 2017, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1732_fr.htm?locale=fr>.
- « La Commission renforce les mesures de transparence afin de lutter contre le financement du terrorisme, l'évasion fiscale et le blanchiment de capitaux », 5 juill. 2016, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2380_fr.htm>.
- *Press statement by Michel Barnier following the General Affairs Council (Article 50) on the adoption of negotiating directives on transitional arrangements*, 29 janv. 2018, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-507_en.htm>.
- « Réglementation intelligente : des lois européennes dans l'intérêt des citoyens et des entreprises », 8 oct. 2010, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1296_fr.htm?locale=FR>.
- *The Community of Practice background*, 19 déc. 2017, en ligne : <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/cop-background>>.

Community of Practice, *Principles for Better Self and Co-Regulation*, 2012, en ligne : <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/CoP%20-%20Principles%20for%20better%20self-%20and%20co-regulation.pdf>>.

Cons. (UE),

- « Règlement uniforme », en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/banking-union/single-rulebook/>>.
- *Conclusions 13-14 déc. 2012*, EUCO 205/12, 14 déc. 2012, en ligne : <https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/commission/affaires_europeennes/Conclusions_CE/bruxelles_dec2012.pdf>.

CRU, « Le Conseil de résolution unique (CRU) en bref », en ligne : <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/srb_fr>.

Deloitte, *Compliance Survey 2014 in Ireland the changing role of compliance officers*, 2014, en ligne : <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Risk/2014_compliance_survey_deloitte_ireland.pdf>.

DENOËL (C.), « La crise de 1929 en France », Histoire par l'image, en ligne : <<http://www.histoire-image.org/etudes/crise-1929-france>>.

Department of Justice Office of Public Affairs, *Justice news: HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations, Forfeit \$1.256 Billion in Deferred Prosecution Agreement*, 11 déc. 2012, en ligne : <<https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations>>.

Deutsche Bank, *Code of Business Conduct and Ethics for Deutsche Bank Group*, 2014, mis à jour en Sept. 2015, en ligne : <https://www.db.com/ir/en/download/Code_of_Business_Conduct_and_Ethics__09_2015.pdf>.

DURNER (T.), SHETRET (L.), *Understanding Bank De-Risking and its Effects on Financial Inclusion: An exploratory study, Research report for Global Center on Cooperative Security*, Nov. 2015, p.5 en ligne : <https://d1tn3vj7xz9fdh.cloudfront.net/s3fs-public/file_attachments/rr-bank-de-risking-181115-en_0.pdf>.

EPC, *About us*, 2018, en ligne : <<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/about-us>>

Ernst Young, « Panorama 2012 des pratiques de gouvernance des sociétés cotées françaises », 2012, en ligne : <<http://www.ey.com/fr/fr/services/advisory/risk/panorama-des-pratiques-de-gouvernance-2012---les-bonnes-pratiques-europeennes>>.

Euro Area Summit, *Statement*, 29 juin 2012, en ligne : <<file:///C:/Users/Agathe/Downloads/20120629-Euro-Area-Summit-Statement-FR.pdf>>.FBE, *The European Banking Federation*, en ligne : <<https://www.ebf-fbe.eu/about-us/>>.

Europa,

- *Glossary of summaries*, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html>.
- *Summaries of EU legislation*, Nov. 2015, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=URISERV:ai0037>>.

Eurosystème, « Les missions de l'Eurosystème », 2019, en ligne : <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/eurosystem-mission/html/index.fr.html>>.

FBF,

- « L'année de la banque en 2017 », Avr. 2018, en ligne : <http://www.fbf.fr/fr/files/AZNJ8A/FBF_Anee%20de%20la%20banque%202017_FR-WEB.PDF>.

- « La transposition de la 3ème directive anti-blanchiment : l'occasion de clarifier les textes », 10 sept. 2007, en ligne : <http://www.fbf.fr/Web/Internet2010/Content.nsf/DocumentsByIDWeb/60D7E13A2BBCDAC0C125775E00536B7C>.
- « Rôles et missions de la FBF », en ligne : <http://www.fbf.fr/la-federation-bancaire-francaise/missions/roles-et-missions-de-la-fbf>.

FCA,

- *Compliance - Authorisation Application Guide*, Financial Conduct Authority, 2015, en ligne : <https://www.fca.org.uk/publication/consumer-credit-information/7-compliance-authorisation-application-guides.pdf>.
- *FCA Handbook: Money laundering reporting function (CF11)* - SUP 10A.7, Avr. 2013, en ligne : <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SUP/10A/7.html>.
- *Senior Managers Regime*, Financial Conduct Authority, Mars 2020, en ligne : <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/applying-smr-to-fca.pdf>.

FGDR, « Les missions du FGDR », en ligne : <https://www.garantiedesdepots.fr/fr/fonds-de-garantie-des-depots-et-de-resolution/mission-du-fgdr>.

Financial Times, *Strategies shift as regulators renew scrutiny of bank compliance*, 21 août 2014, en ligne : <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/5279ef02-289d-11e4-8bda00144feabdc0.html#axzz3PQ5wan8B>.

FMI,

- « Le FMI en un clin d'œil », 23 mars 2016, en ligne : <https://www.imf.org/fr/About/Factsheets/IMF-at-a-Glance>.
- *Concept of Offshore Financial Centers: in Search of an Operational Definition, Working Paper*, Avr. 2007, en ligne : <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/01/00/3067100767.pdf>.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », Working Paper, 14 avr. 2017, en ligne : <http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la-compliance/>.
- « Le Droit de la compliance lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières », Working paper, 30 juin 2018, en ligne : <http://thejournalofregulation.com/fr/article/le-droit-de-la-compliance-lache-les-amarres-du-dro/>.
- *Tracer les cercles du Droit de la Compliance*, Working Paper, 30 juin 2017, en ligne : <http://mafr.fr/fr/article/le-bon-usage-de-la-compliance/>.

FSB, *What we do*, en ligne : <http://www.fsb.org/>.

GAFI,

- « À propos du GAFI », en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/quisommes-nous/>.
- « Glossaire du GAFI », en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/glossaire/a-c/>.
- « Histoire du GAFI », en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/histoiredugafi/>.
- *High-risk and other monitored jurisdiction*, en ligne : [http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/plus/more-on-high-risk-and-non-cooperative-jurisdictions.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/plus/more-on-high-risk-and-non-cooperative-jurisdictions.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)).
- *FATF clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking*, Oct. 2014, en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/rba-and-de-risking.html>.
- *FATF takes action to tackle de-risking*, Oct. 2015, en ligne : <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-action-to-tackle-de-risking.html>.

GARDES (C.), « Un premier pas vers la neutralisation du Dodd-Frank Act aux Etats-Unis (Policy Brief) », BSI Economics, 5 juin 2018, en ligne : <http://www.bsi-economics.org/897-neutralisation-dodd-frank-act-aux-us>.

Goldman Sachs, *Code of Business Conduct and Ethics*, 2015, en ligne : <http://www.goldmansachs.com/investor-relations/corporate-governance/corporate-governance-documents/revise-code-of-conduct.pdf>.

HSBC Canada, « Énoncé des principes de l'entreprise et code de déontologie à l'attention des employés au Canada », 2016, en ligne : https://www.hsbc.ca/content/dam/hsbc/ca/global/hsbc__ca__business-principles-code-of-ethics%E2%80%9494fr.pdf.

HSBC France,

- « Communiqué de presse relatif aux résultats annuels et du second semestre 2018 », 19 févr. 2019, en ligne : [file:///C:/Users/Agathe/Downloads/190219-communique-de-presse-resultats-annuels-et-du-second-semestre-2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Agathe/Downloads/190219-communique-de-presse-resultats-annuels-et-du-second-semestre-2018%20(1).pdf).
- « Communiqué de presse relatif aux résultats semestriels 2018 et changement de rattachement juridique de filiales et succursales européennes de HSBC Bank plc », 6 août 2018, en ligne : <file:///C:/Users/Agathe/Downloads/180806-hbfr-1h-2018-results-fr-final.pdf>.

IRRERA (A.), *HSBC partners with AI startup to combat money laundering*, 1^{er} juin 2017, en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-hsbc-ai/hsbc-partners-with-ai-startup-to-combat-money-laundering-idUSKBN18S4M5>.

JP Morgan Chase & Co., *Code of Conduct*, 2016, mis à jour en Juill. 2019 en ligne : <https://www.jpmorganchase.com/corporate/About-JPMC/document/code-of-conduct.pdf>.

KPMG International,

- *Impact of Regulatory Requirements*, Déc. 2013, en ligne : file:///C:/Users/Agathe/Downloads/nanopdf.com_impact-of-regulatory-requirements.pdf.
- *The cost of compliance*, 2013, en ligne : <https://home.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2013/10/the-cost-of-compliance-v2.pdf>.

L'Orient-Le jour, « Le « de-risking » des banques étrangères, une menace difficile à évaluer au Liban », 12 oct. 2016, en ligne : <https://www.lorientlejour.com/article/1012246/le-de-risking-des-banques-etrangees-une-menace-difficile-a-evaluer-au-liban.html>.

Le Cercle de la Compliance, « A propos », en ligne : <https://www.lecercledelacompliance.com/association/>.

Le Figaro,

- « La CLCV lance une action de groupe contre BNP Paribas », 16 nov. 2016, en ligne : <https://www.lefigaro.fr/conso/2016/11/16/20010-20161116ARTFIG00263-la-clcv-lance-une-action-de-groupe-contre-bnp-paribas.php>.
- « UFC-Que Choisir engage une action de groupe contre Natixis », 7 mars 2018, en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/2018/03/07/97002-20180307FILWWW00288-ufc-que-choisir-engage-une-action-de-groupe-contre-natixis.php>.

Le Monde,

- « Brexit : Britanniques et Européens sont parvenus à un accord », 14 nov. 2018, en ligne : https://www.lemonde.fr/referendum-sur-le-brexit/article/2018/11/13/brexit-un-projet-d-accord-conclu-entre-londres-et-bruxelles_5383053_4872498.html.
- « L'amende de 3,6 milliards d'euros infligée à Airbus, une bonne affaire géopolitique », 3 févr. 2020, en ligne : https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/02/03/l-amende-de-3-6-milliards-d-euros-infligee-a-airbus-une-bonne-affaire-geopolitique_6028191_3232.html.
- « Le Brexit n'aura pas lieu le 29 mars », 22 mars 2019, en ligne : https://www.lemonde.fr/international/article/2019/03/22/les-vingt-sept-proposent-un-report-du-brexit-au-12-avril_5439497_3210.html.
- « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux Etats-Unis », 30 juin 2014, en ligne : https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/06/30/la-bnp-devra-regler-8-834-milliards-de-dollars-d-amende-aux-etats-unis_4448280_3222.html.

LEPANY (F.), COSSART (S.), « Qui veut empêcher Sherpa d'agir contre la corruption ? », Coordination Sud, 21 mars 2019, en ligne : <https://www.coordinationsud.org/actualite/qui-veut-empecher-sherpa-dagir-contre-la-corruption/>.

Les Échos,

- « Les banques face au de-risking, un exercice de funambule », 7 juill. 2016, en ligne : <https://www.lecho.be/opinions/analyse/les-banques-face-au-de-risking-un-exercice-de-funambule/9786257.html>.
- « Brexit : Bank of America enclenche ses premiers transferts à Paris », 28 janv. 2019, en ligne : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/0600595586878-brexit-bank-of-america-enclenche-ses-premiers-transferts-a-paris-2240032.php>.
- « La conformité dans les banques passe un cap », 15 mars 2016, en ligne :

<https://www.lesechos.fr/15/03/2016/LesEchos/22150-138-ECH_la-conformite-dans-les-banques-passe-un-cap.htm>.

- « La mutation profonde de la fonction Conformité dans les banques », 29 sept. 2015, en ligne : <http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2015/09/29/cercle_140331.htm>.

LEVY-GARBOUA (V.), « La Compliance au-delà des sentiers bancaires », Dossier Sciences-Po Executive Education, 2018, en ligne : <<https://www.sciencespo.fr/executive-education/la-compliance-au-dela-des-sentiers-bancaires>>.

Lloyds Banking Group, *Code of business responsibility*, 2013, en ligne :

<http://www.lloydsbankinggroup.com/globalassets/documents/our-group/responsibility/policies-and-codes/code_of_business_responsibility.pdf>.

MCKENDRY (I.), *Banks Face No-Win Scenario on AML 'De-Risking'*, American Banker, 17 nov. 2014, en ligne : <<https://www.americanbanker.com/news/banks-face-no-win-scenario-on-aml-de-risking>>.

MEDEF, « Les mesures RSE dans la loi Pacte : comprendre et agir pour les TPE-PME », mai 2020, p.6, en ligne : <<https://medef-vendee.fr/fr/actualite/guide-pratique-mesures-rse-dans-la-loi-pacte-comprendre-et-agir-pour-les-tpe-pme>>.

Ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics,

- « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. Restitution des travaux conduits par les parlementaires et chefs d'entreprise », 21 déc. 2017, en ligne : <https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/ContenuEnLigne/Download?id=C89E8587-D182-400F-8E3A-A8D9B3AE995E&filename=272%20-%20DP%20PACTE.pdf>.
- « Tout savoir sur la loi Sapin II », 15 mars 2017, en ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/transparence-lutte-contre-corruption-modernisation#corruption>>.
- « Lutte contre le financement du terrorisme - Dossier de presse », 18 mars 2015, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/dpfinaluttecontrefinancementterrorisme_18mars2015.pdf>.

Observatoire des métiers de la banque, « Les métiers de la conformité dans la banque », Oct. 2015, en ligne : <http://www.observatoire-metiers-banque.fr/f/etudes/sf/plus/s/metiers_conformite>.

Observatoire du Marché Unique, « L'autorégulation et la corégulation européennes », 5 nov. 2009, en ligne : <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_fr--2.pdf>.

OCDE, *List of Un-cooperative Tax Havens*, Avr. 2000, en ligne : <<http://www.oecd.org/ctp/harmful/list-of-unco-operative-tax-havens.htm>>.

Parl. (UE),

- « Communiqué de presse - Feu vert du PE à la création d'un Parquet européen pour lutter contre la fraude », 5 oct. 2017, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20171002IPR85127/feu-vert-du-pe-a-la-creation-d-un-parquet-europeen-pour-lutter-contre-la-fraude>>.
- « Déclenchement par le Royaume-Uni de l'article 50 : et maintenant ? », 29 mars 2017, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/priorities/brexit/20170324STO68408/declenchement-par-le-royaume-uni-de-l-article-50-et-maintenant>>.

PIRONNET (L.), « Les regtechs au service des banques », Fintech mag, 11 mai 2018, en ligne : <<https://fintech-mag.com/les-regtechs-au-service-des-banques/>>.

PRA,

- *Making policy to support the PRA's approach*, Prudential Regulation Authority, en ligne : <<http://www.bankofengland.co.uk/pr/Pages/policy/default.aspx>>.
- *The Prudential Regulation Authority's approach to banking supervision*, Prudential Regulation Authority, 2016, en ligne : <<http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/prapproach/bankingappr1603.pdf>>.

PwC,

- *State of Compliance Study: Laying a strategic foundation for strong compliance risk management*, Compliance Survey 2016, p.15, en ligne : <<https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2017/01/state-of-compliance-study-2016.pdf>>.
- *The next big leap: Forging a more effective and influential compliance function*, Banking Compliance Survey, Avr. 2016, en ligne : <https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2016/06/as_banking_compliance_survey.pdf>.

- *What it means to be a "chief" compliance officer: Today's challenges, tomorrow's opportunities*, State of Compliance 2014 survey, 2015, en ligne : <https://www.pwc.com/mx/es/riesgos/archivo/2015-03-challenges.pdf>.

Santander, *Ethical code of conduct*, 2015, en ligne : <http://www.wearesantander.co.uk/fr/code-of-conduct>.

SESF, « Fiches techniques sur l'Union Européenne », en ligne : http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftulId=FTU_3.2.5.html.

Société Générale, « Code de conduite du Groupe », 2013, mis à jour en Févr. 2019, en ligne : https://www.societegenerale.com/sites/default/files/documents/Code%20de%20conduite/code_de_conduite_fr.pdf.

The Local, « Les entreprises sont passibles de sanctions si les conseils ne sont pas "plus féminins" », 15 mai 2015, en ligne : <https://www.thelocal.se/20150515/employ-more-women-or-else-swedish-companies-told>.

Thomson Reuters,

- *HSBC partners with AI startup to combat money laundering*, 1^{er} juin 2017, en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-hsbc-ai/hsbc-partners-with-ai-startup-to-combat-money-laundering-idUSKBN18S4M5>.
- *Small banks trump Wall Street on Dodd-Frank rewrite*, 23 mai 2018, en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-usa-house-banks-lobbying/small-banks-trump-wall-street-on-dodd-frank-rewrite-idUSKCN1IN328>.
- *The cost of compliance*, 2014, en ligne : <https://risk.thomsonreuters.com/sites/default/files/GRC00814.pdf>.
- *The cost of compliance*, 2015, en ligne : <https://risk.thomsonreuters.com/sites/default/files/GRC02332.pdf>.
- *The cost of compliance*, 2016, en ligne : <https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/reports/cost-compliance-2016>.
- *Trump signs bill easing U.S. bank rules into law*, 24 mai 2018, en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-dodd-frank/trump-signs-bill-easing-u-s-bank-rules-into-law-idUSKCN1IP2WX>.

TRACFIN,

- « Les missions de Tracfin », en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/tracfin/missions-tracfin>.
- « Lettre d'information relative aux principales innovations de la 4^e Directive anti-blanchiment et financement du terrorisme en 12 points », Oct. 2015, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/nspecial_4edirective.pdf.

United States District Court Eastern District of New-York,

- *HSBC memorandum & order*, 12-CR-763, USA vs HSBC Bank USA, N.A and HSBC HOLDINGS PLC, 7 janv. 2013, en ligne : <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-edny/legacy/2015/04/06/HSBC%20Memorandum%20and%20Order%207.1.13.pdf>.
- *Plea agreement*, USA vs BNP-Paribas USA INC, 10 juill. 2017, en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1054606/download>.

Index alphabétique

A

Accords de
-Bâle I, 85, 86, 100, 101, 104, 109, 135
-Bâle II, 85, 86, 100, 101, 104, 109, 135
-Bâle III, 104, 109, 135

Actes
-communautaires atypiques, 48
-de droit non-contraignant, 3, 9, 12, 13, 15, 38, 42, 43, 44, 49, 53, 58, 59, 60, 61, 66, 67, 68, 69, 76, 78, 130, 152, 160, 163, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 186, 271, 275, 276, 277, 278, 279

Action de groupe, 137

Agence française anticorruption (AFA), 290, 291, 292, 293, 295, 298, 301, 329

Agences de notation, 37, 91, 92, 105, 110, 111

Approche par les risques, 71, 142, 239, 243, 253, 256, 257, 323, 326

Association bancaire pour l'euro, 61, 194

Association française des banques (AFB), 23, 233

Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (AFECEI), 59

Autorégulation, 5, 11, 58, 62, 69, 102, 104, 105, 113, 115, 151, 152, 153, 167, 175, 179, 182, 184, 185, 191, 192, 193, 194, 197, 267, 269, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 282, 284, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 316, 317, 319

Autorité bancaire européenne (ABE), 70, 71, 108, 119, 126, 128, 129, 130, 131, 160, 162, 333, 334, 335

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), 1, 3, 4, 48, 50, 54, 60, 65, 67, 107, 110, 112, 118, 119, 120, 121, 123, 125, 137, 165, 166, 170, 171, 172, 174, 175, 187, 188, 189, 201, 221, 224, 243, 244, 245, 246, 247, 250, 251, 252, 254, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 280, 295, 312, 327, 329, 330, 331, 334, 335, 336

Autorité des marchés financiers (AMF), 4, 7, 24, 49, 50, 51, 54, 60, 66, 67, 68, 69, 110, 118, 119, 120, 121, 123, 125, 135, 136, 154, 159, 172, 174, 188, 189, 221, 274, 275, 280, 295, 312, 334

Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), 70, 71, 108, 111, 126, 128, 129, 130, 131

Autorités
-Européennes de surveillance (AES), 4, 69, 70, 71, 72, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 171, 177
-Nationales de régulation (ANR), 118, 130, 131, 132, 133, 134

Autorités administratives indépendantes (AAI), 37

B

BaFin, 51, 68, 246

Banque centrale européenne (BCE), 4, 48, 69, 72, 84, 95, 99, 101, 106, 107, 108, 112, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 171, 191, 194, 195, 334

Banque de France, 3, 52, 83, 89, 93, 94, 95, 98, 107, 119, 195, 220, 221, 261, 330, 336

Bénéficiaire effectif, 238, 253, 254, 256, 258, 261, 262

Blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (BC-FT), 75, 137, 142, 147, 206, 215, 217, 232, 238, 241, 251, 252, 256, 258, 260, 262, 264, 321, 323, 326, 331

Bonnes pratiques, 50, 54, 55, 56, 67, 74, 76, 108, 152, 154, 278, 300, 312

Bouton (Rapport), 47, 152

Brexit, 11, 267, 320, 327, 332, 333, 334, 335, 336, 337

BureaucratISATION, 76

C

Cellules de renseignement financier (CRF), 231, 319

Charte, 5, 44, 54, 56, 57, 67, 74, 145, 163, 165, 167, 172, 174, 207, 282, 309, 313

Classification des risques, 147, 206, 239, 244, 255, 258, 259, 264, 323

Code AFEP-MEDEF, 54, 154, 156, 157, 158, 308

Code civil, 17, 18, 158, 164, 258

Code de conduite, 26, 29, 36, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 63, 65, 67, 105, 145, 163, 165, 167, 168, 170, 172, 173, 174, 204, 207, 282, 290, 291, 293, 294, 303, 308, 309, 310, 313, 317, 328

Code monétaire et financier, 22, 48, 51, 109, 113, 122, 124, 125, 136, 143, 147, 162, 172, 200, 224, 236, 240, 242, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 259, 260, 326

Code pénal, 217, 218, 219, 226, 290

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB), 4, 8, 73, 74, 75, 82, 85, 86, 104, 124, 160, 162, 222, 250, 272

Comité économique et social européen (CESE), 193, 197, 271, 272, 308, 310, 312, 313

Commission des opérations de bourse (COB), 24, 66, 281

Commission des sanctions
-de l'ACPR, 137, 145, 147, 188, 189, 206, 262, 263, 281, 282
-de l'AFA, 294, 295
-de l'AMF, 148, 149, 189, 190

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), 200

Communication systématique d'information (COSI), 240

Compliance officer, 6, 11, 209, 267, 323, 327, 328, 329, 331, 332, 334, 335, 336

Comply or explain, 130, 154, 158, 159, 177, 186, 275

Conformité/*Compliance*, 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 25, 36, 42, 49, 55, 62, 64, 65, 73, 76, 78, 79, 111, 116, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 154, 160, 167, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 182, 183, 185, 186, 190, 191, 198, 199, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 224, 232, 233, 235, 236, 243, 244, 246, 247, 248, 260, 264, 267, 269, 270, 280, 283, 284, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 294, 295, 296, 298, 300, 301, 302, 303, 310, 311, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 322, 323, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 335, 336

Conglomérat financier, 122, 123, 124, 125, 126, 250

Conseil constitutionnel, 26

Conseil d'État, 29, 31, 62, 173

Conseil de résolution unique (CRU), 112

Conseil de stabilité financière, 121

Conseil européen, 47, 48, 72, 101, 106, 126, 161, 194

Conseil européen du risque systémique (CERS), 72, 101, 103, 104, 105, 107, 126, 128, 161

Contrainte, 26, 27, 39, 45, 53, 70, 84, 87, 93, 100, 115, 131, 147, 154, 158, 208, 209, 229, 273, 281, 309, 316, 318, 319, 320, 322

Cooke (ratio), 85, 86

Corégulation, 5, 11, 179, 182, 184, 185, 186, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 267, 269, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 317, 319

Corporate governance, 47, 131, 151, 152, 153, 156, 159, 160

Correspondance bancaire, 321, 324, 325

Corruption, 75, 138, 142, 143, 146, 157, 170, 201, 234, 260, 269, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 299, 300, 303, 314, 329

Cour d'appel, 52, 168

Cour de cassation, 52, 53, 139, 141, 164, 168, 284

Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 52

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 29

Coutume, 16, 17, 18, 19, 20, 21

Crédit responsable, 207, 208

Crise financière, 3, 79, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 100, 101, 102, 106, 111, 113, 115, 124, 160, 161, 176, 177, 187, 188, 190, 271, 272, 283, 285, 288, 321

Crypto-monnaies, 221, 229, 231, 234, 237, 240, 325

D

Daech, 227, 228

Déontologie, 5, 36, 52, 56, 58, 172, 248, 281, 283

Department of Justice (DoJ), 92, 190, 202, 287, 295

Dérégulation/Dérèglementation, 49, 81, 86, 87, 93, 115, 271, 272

De-risking, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 336

Directive, 7, 8, 10, 30, 61, 70, 84, 85, 109, 110, 112, 113, 122, 123, 124, 125, 136, 154, 160, 161, 162, 166, 187, 191, 196, 199, 223, 230, 238, 246, 254, 260, 281, 313, 326, 331

Doctrine, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 28, 30, 31, 39, 41, 43, 49, 54, 66, 68, 78, 120, 121, 172, 177, 186, 283, 301

Dodd-Frank Act, 200, 273

Droit de communication, 231, 242

Droit de la compliance, 267, 313, 314, 315, 316, 317, 319

Droit de la régulation, 3, 267, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319

Droit dur/*Hard law*, 2, 20, 30, 43, 44, 45, 48, 50, 53, 55, 130, 150, 162, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 224, 279

Droit souple, 2, 13, 14, 27, 28, 29, 30, 31, 37, 38, 39, 41, 43, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 62, 66, 68, 72, 73, 76, 77, 79, 150, 154, 161, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 186, 224, 269, 279, 280, 281, 282, 283, 284

E

École de l'Exégèse, 16, 17, 18

École scientifique, 16, 17

Effectivité, 10, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 145, 158, 160, 161, 163, 173, 174, 209, 284

Effets juridiques, 9, 12, 33, 35, 40, 41, 78, 165, 177, 276, 282

Efficacité, 4, 10, 30, 31, 35, 38, 41, 70, 73, 93, 108, 112, 136, 167, 179, 175, 184, 185, 187, 205, 206, 208, 209, 211, 215, 231, 236, 248, 272, 275, 278, 284, 289, 291, 297, 300, 310, 311, 314, 315, 317, 332

Espace économique européen (EEE), 122, 124, 237, 250, 259, 326

États-Unis, 49, 62, 82, 90, 95, 96, 125, 143, 151, 164, 190, 199, 202, 203, 231, 233, 273, 285, 286, 287, 288, 295, 298, 300, 318, 331

European Payments Council (EPC), 194, 195, 196

Examen renforcé, 143, 239, 250, 251, 252, 262, 263, 264

Exclusivisme de la loi, 15

F

Fédération bancaire européenne (FBE), 61

Fédération bancaire française (FBF), 5, 59, 60, 223, 230, 329

Financement participatif, 59, 120, 174, 229, 237

Financial Conduct Authority (FCA), 51, 69, 246, 288, 289, 318

Financial Stability Board, 104

Fonds de garantie des dépôts et de résolution (FGDR), 113

Fonds monétaire international (FMI), 98, 99, 101, 218

Force juridique, 12, 28, 29, 31, 33, 34, 39, 177

Force normative

- Densification normative, 11, 73, 175, 179
- Garantie normative, 32
- Portée normative, 32, 283
- Valeur normative, 32

Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), 286, 287

Fraude fiscale, 143, 202, 236, 240, 242, 297

G

G20, 104, 111, 160
 G7, 74, 95, 104, 222
 Gouvernement d'entreprise, 10, 47, 109, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 274, 275, 309, 312
 Groupe d'action financière (GAFI), 74, 75, 76, 222, 223, 224, 229, 230, 249, 250, 259, 261, 262, 321, 325, 326
Guidance, 50, 51, 61, 68, 69, 71, 325

H

Haut Conseil de la stabilité financière (HCSF), 121
Holding, 124, 221, 273

I

Instruction, 1, 50, 54, 66, 67, 68, 120, 121, 133, 165, 172, 224, 245, 280, 312
 Instruments, 8, 9, 12, 13, 27, 29, 33, 38, 39, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 61, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 78, 79, 88, 89, 90, 91, 110, 112, 138, 144, 150, 163, 165, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 175, 177, 186, 192, 194, 195, 197, 204, 228, 231, 269, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 301, 307, 309, 312, 313
 Internormativité, 34
 Interprétation, 16, 17, 18, 19, 21, 28, 43, 49, 50, 51, 52, 55, 66, 77, 105, 170, 171, 172, 173, 174, 177, 211, 280, 281, 283, 285

J

Judiciarisation, 137
 Juridicité, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 155
 Jurisprudence, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 26, 139, 142, 189, 207, 284

K

Kelsenien, 24, 25, 36
 Kerviel-Société Générale (affaire), 103, 310

L

Lamfalussy (Rapport), 70, 105
 Larosière (Rapport), 101, 103, 161
 Lignes directrices, 50, 61, 66, 67, 70, 76, 105, 162, 175, 188, 224, 251, 256, 279, 281, 282
 Loi, 4, 6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 35, 37, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 53, 57, 58, 59, 65, 66, 67, 82, 83, 85, 107, 110, 113, 119, 137, 139, 141, 142, 143, 145, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 165, 168, 170, 171, 173, 184, 186, 187, 190, 199, 200, 203, 204, 208, 210, 213, 218, 219, 220, 224, 226, 231, 232, 233, 234, 237, 240, 242, 252, 253, 254, 256, 261, 262,

269, 273, 274, 282, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 303, 309, 316, 329
 Loi Pacte, 6, 46, 47, 158, 213, 237, 309
 Loi Sapin II, 143, 157, 200, 201, 204, 269, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 303
 Loi Vigilance, 146, 292, 293
 Lumières (siècle des), 15, 16
 Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT), 10, 50, 67, 74, 75, 137, 138, 139, 141, 145, 147, 149, 175, 182, 188, 189, 202, 205, 215, 217, 224, 230, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 261, 262, 264, 282, 283, 289, 292, 301, 312, 322, 327, 329, 330, 334, 336

M

Macroprudentiel, 72, 100, 101, 102, 107, 108, 121
 Mécanisme de résolution unique (MRU), 111
 Mécanisme de surveillance unique (MSU), 106, 107, 108, 111, 122, 127, 128, 132, 133
 Microprudentiel, 100, 108, 128, 130, 132
 Mieux légiférer (accord interinstitutionnel), 192, 193, 197, 272, 276, 277
Money Laundering Reporting Officer (MLRO), 246, 289
 Mouvement des entreprises de France (MEDEF), 47, 54, 152, 154, 155, 156, 157, 158

N

Name and shame, 158, 212, 275
 Normativité juridique, 14, 24, 27, 29, 177
 Norme ISO 26000, 64
 Norme juridique, 2, 12, 13, 14, 15, 25, 30, 31, 34, 36, 38, 39, 52, 69
 Notat-Senard (Rapport), 47
 Notices, 50, 67

O

Obligatorité, 27, 29
Off-shore, 234
 Organisation des Nations unies, 75, 219, 222, 229, 230
 Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), 73, 272
 Orientations, 1, 48, 65, 67, 69, 70, 71, 76, 83, 96, 129, 130, 131, 160, 171, 175

P

Panama papers (affaire), 221, 234
 Paradis fiscal, 221, 234, 261
 Parères, 23
 Parlement européen, 8, 48, 111, 112, 130, 192, 223, 275, 276, 277, 278
 Pays non-coopératif, 259, 261
 Pays tiers équivalent, 223, 250, 252, 259, 333, 334

Polices/Politiques et procédures, 8, 145, 170, 246, 250, 256, 257, 328
Position, 24, 48, 59, 61, 66, 67, 68, 69, 103, 120, 121, 126, 171, 172, 285
Positivisme, 24, 26, 27
Pratique, 3, 9, 13, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 33, 36, 41, 50, 56, 57, 58, 59, 63, 65, 66, 68, 69, 71, 74, 76, 78, 79, 88, 97, 101, 105, 110, 120, 121, 122, 131, 132, 134, 136, 144, 149, 152, 153, 154, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 167, 168, 170, 171, 174, 175, 179, 182, 185, 186, 188, 190, 192, 194, 195, 197, 199, 204, 206, 209, 211, 212, 215, 222, 243, 253, 254, 255, 256, 257, 260, 261, 274, 275, 276, 278, 285, 290, 300, 302, 308, 310, 316, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 327, 328, 329, 331
Prêteur responsable, 139, 205, 207
Principes, 2, 16, 50, 54, 57, 66, 67, 68, 70, 75, 124, 139, 145, 151, 152, 153, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 165, 174, 191, 192, 193, 195, 196, 207, 224, 275, 276, 278, 279, 285, 288, 302, 309, 312, 314, 316, 317, 329
-Principes d'application sectoriels, 50, 67, 279
Prudential Regulation Authority (PRA), 68

R

Recommandation, 5, 24, 26, 37, 50, 52, 53, 54, 55, 66, 67, 68, 70, 72, 74, 75, 76, 120, 121, 129, 130, 131, 151, 155, 157, 159, 162, 164, 168, 170, 171, 172, 222, 223, 224, 230, 245, 249, 250, 274, 275, 279, 281, 285, 313
Règle, 5, 8, 10, 19, 21, 22, 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 44, 49, 51, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 66, 67, 71, 72, 76, 77, 82, 85, 93, 100, 105, 109, 111, 119, 122, 135, 147, 150, 152, 153, 158, 159, 161, 162, 163, 166, 168, 177, 186, 195, 196, 199, 207, 222, 223, 273, 275, 281, 282, 283, 291, 300, 303, 314, 317, 331
Regtechs, 332
Régulation, 3, 5, 9, 10, 11, 12, 13, 24, 37, 43, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 57, 58, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 109, 110, 113, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 138, 144, 148, 152, 153, 158, 161, 165, 166, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 175, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 198, 204, 209, 210, 211, 215, 232, 236, 240, 246, 248, 249, 251, 253, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 295, 298, 301, 303, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 328, 329, 334, 336
Relation d'affaires, 140, 237, 239, 243, 250, 251, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 320, 321, 324, 325
Re-risking, 324
Responsabilité sociale des entreprises (RSE), 7, 160, 277, 278, 292, 301
Responsable de la conformité des services d'investissement (RCSI), 7, 135, 136
Royaume-Uni, 85, 151, 184, 203, 285, 286, 287, 288, 289, 295, 300, 327, 332, 333, 334, 335

S

Secret bancaire, 222, 235
Sécurité juridique, 169, 172, 175, 193, 275, 277, 281
Shadow banking, 103, 324, 325
Single Euro Payments Area (SEPA), 61, 194, 195, 196
Soft law, 2, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 66, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 105, 109, 120, 150, 152, 153, 156, 158, 160, 161, 163, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 184, 243, 267, 269, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 308
-Para-législatif, 55, 57, 184
-Péril législatif, 43, 44, 45, 55
-Post-législatif, 44, 45, 48, 49, 51
-Pré-législatif, 44, 45, 46, 47
Source du droit
Sources formelles, 19
Sources non-formelles, 19
subprimes, 9, 70, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 130, 136, 272
Système européen de surveillance financière (SESF), 108, 128

T

Terrorisme, 71, 75, 126, 137, 142, 143, 217, 218, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 239, 240, 241, 243, 247, 257, 258, 259, 260, 262, 264, 326, 327, 329
Théorie pure du droit, 14, 25
Titrisation, 82, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 115, 272
Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (Tracfin), 137, 141, 143, 149, 175, 220, 224, 228, 229, 230, 231, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 251, 261, 263, 264, 282

U

UK Bribery Act (UKBA), 286, 287
Union bancaire, 97, 106, 107, 108, 109, 111, 113, 115, 127, 128, 175, 176, 177, 303
Union économique et monétaire (UEM), 84, 106
Union européenne (UE), 4, 7, 8, 29, 45, 47, 48, 49, 69, 70, 71, 72, 84, 85, 86, 88, 95, 97, 98, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 118, 121, 122, 123, 124, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 136, 142, 154, 162, 170, 171, 177, 188, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 199, 203, 223, 224, 231, 237, 240, 250, 252, 259, 271, 272, 275, 276, 277, 278, 300, 302, 308, 310, 326, 333, 334, 335

V

Vigilance constante et actualisée, 325

Table des matières

Remerciements	IV
Liste des abréviations et des acronymes.....	IX
Introduction.....	1
Partie I : Le <i>soft law</i> , outil de conception de la <i>compliance</i> et de régulation du secteur bancaire et financier	12
Titre I : La diversification des sources dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières.....	13
Chapitre I : La construction doctrinale du <i>soft law</i>	14
Section I : Le refus de l'attribution du statut de source du droit au <i>soft law</i>	15
§1 La remise en cause par la doctrine traditionnaliste du statut de source du droit au <i>soft law</i>	15
A. La doctrine traditionnaliste de la suprématie de la loi	15
1. La doctrine au XIX ^{ème} siècle : le siècle des Lumières.....	15
2. L'École de l'Exégèse : la pensée du Professeur Julien Bonnecase.....	16
3. La doctrine au XX ^{ème} siècle : l'héritage du Professeur François Gény	17
4. La doctrine au XXI ^{ème} siècle : la conception du Professeur Paul Roubier.....	19
B. Le classement du <i>soft law</i> parmi les sources nées de la pratique	19
1. La réception mitigée du concept de <i>soft law</i> dans les ouvrages généraux d'introduction au droit et de droit civil	20
2. La réception mitigée du concept de <i>soft law</i> dans les ouvrages spéciaux de droit bancaire.....	22
§2 Le renouveau de l'approche doctrinale de la normativité du <i>soft law</i>	24
A. Les critères traditionnels de l'exigence de normativité	24
1. L'insuffisance du critère formel de la normativité	25
2. L'essoufflement du caractère contraignant de l'énoncé	26
3. Le critère de la réception de la norme par le juge	28
B. Les nouvelles formes de la normativité juridique.....	29
Section II : La reconnaissance du statut de norme juridique des actes de <i>soft law</i>	31
§1 La juridicité atténuée des actes de <i>soft law</i>	31
A. La voie d'accès du <i>soft law</i> à la juridicité	31
B. La conception graduelle de la force juridique.....	33
§2 L'effectivité et l'efficacité des actes de <i>soft law</i>	35
A. La mesure de l'effectivité des actes de <i>soft law</i>	35
1. L'identification de la norme à la loi	35
2. L'adhésion du destinataire à la norme	37
B. De l'inefficacité de la loi à l'efficacité du <i>soft law</i>	38
Conclusion du Chapitre I	41

Chapitre II : Les manifestations du <i>soft law</i> en matière bancaire et financière : le point d'ancrage de la <i>compliance</i>	42
Section I : Les différentes fonctions des actes de <i>soft law</i> dans le système juridique	43
§1 Le <i>soft law</i> , un instrument de réglementation à la disposition du législateur	43
A. La définition de la typologie de « <i>soft law</i> périlégislatif »	43
B. Le « <i>soft law</i> périlégislatif », une source matérielle du <i>hard law</i>	45
1. La fonction d'impulsion du « <i>soft law</i> pré-législatif »	45
2. La fonction d'accompagnement du « <i>soft law</i> post-législatif »	48
§2 Le <i>soft law</i> , un instrument d'interprétation à la disposition du juge et des autorités de régulation	49
A. Les normes de <i>soft law</i> à finalité interprétative	49
B. Le moyen d'interprétation auxiliaire de la règle de droit	51
§3 Le <i>soft law</i> , l'expression du discours de régulation du secteur bancaire et financier	53
A. Le <i>soft law</i> , l'instrument privilégié des autorités de régulation	54
B. Le « <i>soft law</i> paralégislatif », le processus de régulation privée	55
Section II : Le recensement des actes de <i>soft law</i> en matière bancaire et financière.....	57
§1 Les normes d'origine privée	58
A. Les initiatives de codification privée des organisations et associations professionnelles	58
1. Organisation et déontologie professionnelles	58
2. La production normative des organisations et associations professionnelles	60
B. Les professionnels régulés : les établissements bancaires et financiers.....	61
1. Les codes de conduite, les prémices de la normalisation professionnelle	62
2. Les labels et certifications, spécifiques à la responsabilité sociale des entreprises	64
3. Le déploiement de programme de conformité	65
§2 Les normes d'origine publique	66
A. Les régulateurs nationaux du secteur	66
1. Les politiques de transparence des autorités de régulation françaises	66
2. Les instruments de régulation informelle des autorités britanniques et allemandes	68
B. Les institutions et les autorités de régulation européennes	69
1. L'arsenal normatif des Autorités européennes de surveillance (AES).....	69
2. Les instruments de droit souple de la Banque Centrale Européenne (BCE)	72
C. Les institutions internationales	73
1. Les travaux du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)	73
2. Les Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI).....	74
Conclusion du Chapitre II	77
Conclusion du Titre I.....	78
Titre II : L'intégration des normes de <i>soft law</i> dans l'ordre juridique interne	79
Chapitre I : L'évolution de la régulation du secteur bancaire et financier.....	81
Section I : Le diagnostic du passé de la régulation en matière bancaire et financière.....	82
§1 La régulation « préventive » des activités bancaires : l'adaptation à un secteur en perpétuelle mutation	82
A. Les années 1930 à 2007 : les principales avancées du secteur bancaire	82
1. L'encadrement juridique de la profession bancaire et la nationalisation du crédit	82
2. La privatisation du système bancaire français et l'ouverture du marché unique européen .	84
3. L'harmonisation de la réglementation prudentielle.....	85
B. Le changement du modèle économique des banques	86
1. La déréglementation du secteur bancaire	86
2. L'exposition des banques au risque de marché : l'essor de la titrisation.....	87

§2 La crise financière mondiale, révélatrice de failles dans la régulation	88
A. La nature et les facteurs de déclenchement de la crise	89
1. Les premiers symptômes : une crise de liquidité	89
2. L'effondrement de la titrisation structurée	90
B. La propagation de la crise	91
1. Le rôle déterminant des agences de notation	91
2. Les dysfonctionnements dans la chaîne du risque	93
C. Les répercussions de la crise financière	94
1. La contagion du secteur bancaire et assurantiel	94
2. Le passage d'une crise bancaire à une crise de l'économie réelle	95
Section II : La nouvelle régulation bancaire et financière « post-crise » : l'exemple européen	96
§1 Le cadre temporaire de sortie de crise et les premières réflexions sur l'avenir de la régulation bancaire et financière	97
A. La stratégie de sortie de crise	97
1. La pratique des sauvetages bancaires et la dégradation des notes souveraines	97
2. L'action des banques centrales face à l'endettement souverain	98
B. Les leçons de la crise pour l'avenir de la régulation bancaire et financière	100
1. La promotion d'objectifs macroprudentiels	100
2. L'extension du champ de la régulation	102
3. Les voies et les moyens de réforme du secteur	104
§2 Le long chemin vers l'Union bancaire	106
A. La mise en place de l'Union bancaire, la réforme de la supervision	106
B. La réponse réglementaire de l'Union européenne face à la crise	109
1. L'encadrement de l'activité des acteurs du secteur bancaire et financier	109
2. La prévention et la gestion de la défaillance	111
Conclusion du Chapitre I	115
Chapitre II : La reconnaissance du <i>soft law</i> dans l'encadrement normatif des activités bancaires et financières : la montée en puissance de la <i>compliance</i>	116
Section I : L'impact des évolutions de la régulation bancaire et financière sur les acteurs du secteur	118
§1 La nouvelle architecture de la supervision bancaire et financière	118
A. La logique d'intégration horizontale des autorités de régulation du secteur bancaire et financier	118
1. La participation des autorités nationales de régulation (ANR) à un réseau de régulateurs.	118
a) Le modèle bicéphale français de surveillance financière	118
i. L'articulation des comportements	119
ii. L'enchevêtrement de normes	120
b) Une surveillance financière partagée avec les autorités nationales de régulation des autres États membres de l'Union européenne (UE)	122
i. Le partage de compétences dans le cadre du passeport européen	122
ii. La surveillance complémentaire des conglomérats financiers	124
2. La coopération solide entre les autorités de régulation européennes	126
a) L'institutionnalisation de la coopération entre les trois autorités européennes de surveillance (AES)	126
b) L'articulation des actions de la Banque centrale européenne (BCE) et des autorités européennes de surveillance (AES)	127
B. La coopération verticale des autorités de régulation du secteur bancaire et financier	129
1. Le rapport d'autorité entre les autorités européennes de surveillance (AES) et les régulateurs nationaux (ANR)	130
a) Dans la construction normative	130

b) Dans la coordination des actions.....	131
2. Le transfert de souveraineté des autorités nationales de régulation (ANR) au profit de la Banque centrale européenne (BCE)	132
§2 La mutation profonde de la fonction de conformité au sein des banques	134
A. Les changements dans la pratique du métier de banquier	134
1. Contexte économique et évolutions de la fonction de conformité	135
a) L'apparition de la fonction de responsable de la conformité au sein des banques	135
b) L'impact des changements structurels et technologiques sur le périmètre de la fonction de conformité.....	136
2. Les nouvelles obligations de vigilance à la charge du banquier	139
a) Le devoir général de vigilance du banquier, corollaire de l'obligation de mise en garde	139
b) Le devoir spécial de vigilance du banquier, agent de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT)	141
B. Le renforcement de la fonction de conformité au sein de banques	144
1. Les outils nécessaires à l'exercice de la fonction de conformité	144
a) Les outils de prévention et de détection du risque de non-conformité.....	144
b) Les outils de gestion et de contrôle du risque de non-conformité	146
2. Le positionnement de la conformité au sein des banques	148
Section II : La coexistence des normes de <i>soft law</i> avec les instruments juridiques classiques	150
§1 La porosité des frontières entre <i>soft law</i> et <i>hard law</i>	150
A. La réception juridique du <i>soft law</i> par le législateur	150
1. Le renouvellement des sources du droit des sociétés en matière de gouvernement d'entreprise	151
a) L'introduction en France des principes de corporate governance : une douce évolution	151
b) La consécration législative des principes de <i>corporate governance</i>	153
c) L'équilibre entre la loi et les codes de gouvernance	156
2. L'absorption progressive des pratiques de gouvernance bancaire par le droit positif....	160
a) Le caractère non-contraignant des principes de gouvernance d'entreprise : la singularité du secteur bancaire.....	160
b) L'absence de mise en œuvre effective des principes de gouvernement d'entreprise par les établissements bancaires	161
B. La réception juridique du <i>soft law</i> par le juge	163
1. La contractualisation du <i>soft law</i>	163
2. L'homologation du <i>soft law</i>	165
3. La standardisation du <i>soft law</i>	166
§2 Les difficultés d'imbrication du <i>soft law</i> dans l'ordre juridique interne	169
A. Les paradoxes du <i>soft law</i> , sources d'insécurité juridique	169
1. Les hypothèses de conflit au sein même des normes de <i>soft law</i>	169
a) Le conflit entre deux normes de <i>soft law</i> d'origine privée.....	169
b) Le conflit entre deux normes de <i>soft law</i> d'origine publique.....	170
2. Les hypothèses de conflit entre les normes de <i>soft law</i> et le <i>hard law</i>	171
B. La puissance de fait du <i>soft law</i>	173
Conclusion du Chapitre II	175
Conclusion du Titre II.....	176
Conclusion de la Partie I.....	177

Partie II : La <i>compliance</i> , expression de la densification normative du <i>soft law</i> en matière bancaire et financière	179
Titre I : L'efficacité du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	182
Chapitre I : La <i>compliance</i> , vecteur de modernisation du secteur bancaire et financier	183
Section I : Les modes de régulation complémentaires du cadre législatif classique.....	184
§1 Le recours à l'autorégulation et à la corégulation face à la complexité de l'environnement réglementaire	184
A. L'origine et le fonctionnement des mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier	184
1. La genèse de ces « nouveaux » modes de régulation	184
2. Les enjeux d'une régulation informelle	185
B. L'afflux de sanctions des régulateurs	187
1. Le renforcement du dispositif de sanctions des autorités de régulation bancaires et financières.....	187
2. Les conséquences de l'accroissement du montant des sanctions des autorités de régulation.....	189
§2 La légitimité européenne des mécanismes d'autorégulation et de corégulation du secteur bancaire et financier	191
A. L'avènement d'un État européen « régulateur ».....	191
B. Illustration de la pertinence du mécanisme de corégulation	194
1. L'initiative SEPA, un exemple de corégulation européenne réussie	194
2. Les avantages d'une réglementation concertée	196
Section II : L'invention de la « <i>compliance</i> à la française »	198
§1 Une révolution culturelle.....	198
A. Le déploiement progressif d'une culture de la conformité au sein des banques françaises....	199
1. Les fondements anglo-saxons de la culture de la conformité	199
a) Le dispositif d'alerte professionnelle.....	199
b) Le recours au processus transactionnel	201
2. L'évolution de la perception de la <i>compliance</i> en France	203
B. L'organisation du dispositif de contrôle de la conformité dans les établissements bancaires français	205
1. Le dispositif global de gestion du risque de non-conformité.....	205
2. Un exemple d'initiative de conformité : la démarche « Prêteur responsable ».....	207
§2 La <i>compliance</i> , un moteur de performance ?	208
A. Les modèles de conformité, un indicateur de la performance de l'établissement bancaire et financier	208
1. La mesure de l'efficacité d'un programme de conformité	209
2. L'insuffisance de cette analyse	210
B. La culture de la <i>compliance</i> , une source d'avantages concurrentiels durables.....	211
Conclusion du Chapitre I	214

Chapitre II : La <i>compliance</i> , dispositif de lutte contre le crime financier à la disposition des établissements bancaires et financiers	215
Section I : L'introduction de la <i>compliance</i> anti-blanchiment.....	217
§1 Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT)	217
A. La répression pénale du blanchiment de capitaux	217
1. La définition juridique du blanchiment de capitaux	217
2. Le dispositif juridique actuel de lutte contre le blanchiment de capitaux	221
B. La stratégie de lutte contre le financement du terrorisme	225
1. Les caractéristiques du financement d'attaques terroristes.....	225
a) La consécration juridique de l'infraction de financement du terrorisme.....	226
b) Le nouveau visage du terrorisme et ses modes de financement	227
2. Les mesures normatives et législatives de lutte contre le financement du terrorisme ...	229
§2 La coordination française de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme	232
A. La place primordiale des établissements bancaires et financiers dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.....	232
1. Le constat de l'impuissance des pouvoirs publics face à la mondialisation du crime financier	233
a) L'impasse judiciaire	233
b) Les nouvelles prérogatives confiées aux établissements bancaires et financiers	235
2. Les professionnels assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme	236
B. La prévention et la détection des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme	238
1. Les principales obligations réglementaires et législatives à la charge des professionnels assujettis	238
2. L'action de la cellule française de traitement du renseignement financier : Tracfin.....	241
Section II : Le quotidien d'un département de lutte contre le crime financier en pratique	243
§1 L'organisation du dispositif LCB-FT au sein d'un établissement bancaire et financier	244
A. La composition interne d'un département de lutte contre le crime financier	244
1. La désignation de(s) correspondant(s) et déclarant(s) Tracfin et du responsable du dispositif LCB-FT.....	244
2. Les équipes centrales et pôles métiers.....	246
3. La montée en puissance du responsable du contrôle de la conformité.....	248
B. L'approche groupe du dispositif LCB-FT	249
1. Une approche consolidée des risques LCB-FT	249
2. Les exceptions au partage d'informations au sein d'un groupe	251
§2 Les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle et la détection des opérations suspectes ...	253
A. Les diligences à l'égard de la clientèle, un préalable à l'entrée en relation d'affaires	253
1. Définition de la relation d'affaires et du bénéficiaire effectif.....	253
2. L'obligation d'identification et de vérification de l'identité du client et de ses parties liées ..	255
B. L'obligation de vigilance constante sur la relation d'affaires et l'approche par les risques	257
1. La connaissance de la relation d'affaires et de la situation personnelle du client	257
2. Les mesures de vigilance simplifiées à l'égard de la clientèle	259
3. Les mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle	260
C. Les systèmes de détection des opérations suspectes.....	262
Conclusion du Chapitre II	265
Conclusion du Titre I.....	266

Titre II : L'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	267
Chapitre I : Le nécessaire renforcement du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	269
Section I : Le remède efficace à l'insuffisance du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	271
§1 Les limites de l'autorégulation et de la corégulation du secteur bancaire et financier	271
A. Les dérives des initiatives d'autorégulation et de corégulation	271
1. L'amalgame entre dérégulation et autorégulation	271
2. La faiblesse des contrôles dans le suivi et l'application des mécanismes d'autorégulation et de corégulation	274
B. Le bilan contrasté de l'autorégulation et de corégulation au sein de l'Union européenne	275
1. La défiance du Parlement européen à l'égard du <i>soft law</i>	276
2. Les tentatives d'amélioration des processus d'autorégulation et de corégulation	277
§2 L'ontion législative, l'assurance de la crédibilité et de la force du système de régulation	279
A. Un encadrement législatif approprié des normes de <i>soft law</i> d'origine publique	279
1. Les enjeux d'un encadrement des normes de <i>soft law</i> d'origine publique	279
2. Les implications juridiques et institutionnelles de l'encadrement de ces normes	280
B. Le durcissement des instruments de <i>soft law</i> d'origine privée	282
1. Le <i>soft law</i> d'origine privée, l'engagement illusoire des professionnels du secteur	282
2. Les conséquences du durcissement du <i>soft law</i> d'origine privée	284
Section II : L'encadrement juridique progressif de la <i>compliance</i>	285
§1 Le passage d'une approche partielle à une approche globale de la compliance	286
A. Le modèle anglo-saxon de responsabilisation des acteurs du secteur	286
1. La répression du défaut de prévention de la corruption par les entreprises	286
2. Le régime d'engagement de la responsabilité individuelle des <i>senior managers</i>	288
B. La création du dispositif français anticorruption	290
1. La prévention du risque de corruption à la charge des entreprises et des banques françaises	290
2. Le cadre législatif de répression de la corruption	293
§2 Les prémices d'une compliance à l'européenne ?	296
A. La nécessaire réaction européenne face aux sanctions américaines	296
1. L'émergence d'une justice transactionnelle en France	297
2. L'extension en Europe de la loi « Sapin II »	299
B. Les vertus d'un modèle européen de <i>compliance</i>	301
Conclusion du Chapitre I	304
Chapitre II : L'avenir du système normatif de régulation du secteur bancaire et financier	305
Section I: Les perspectives d'évolution de l'autorégulation et de la corégulation du secteur bancaire et financier	307
§1 L'essoufflement progressif des initiatives d'autorégulation et de corégulation	307
A. Les facteurs d'échec des mécanismes d'autorégulation et de corégulation	307
1. La défense grandissante d'intérêts privés	308
2. L'absence de représentativité des acteurs de l'autorégulation et de la corégulation	310
B. Le « sursaut autoritaire » des autorités de régulation	311
§2 L'horizon du droit de la régulation	313
A. La montée en puissance du « droit de la <i>compliance</i> », une nouvelle branche du droit ?	313
1. Les contours du « droit de la <i>compliance</i> »	314
2. Le « droit de la <i>compliance</i> », une internalisation du droit de la régulation	315

B. Les tempéraments à l'effacement du droit de la régulation	317
Section II : La <i>compliance</i> , un investissement pour l'avenir des établissements bancaires et financiers ?	319
§1 Le phénomène de <i>de-risking</i> , l'effet contre-productif des programmes de conformité.....	320
A. Les facteurs de développement du <i>de-risking</i>	320
1. La diminution de l'appétence aux risques des établissements bancaires et financiers .	320
2. Le coût de la conformité	322
B. L'impact du <i>de-risking</i> sur le marché bancaire et financier	324
1. Les conséquences opérationnelles du <i>de-risking</i> sur l'activité des banques.....	324
2. L'équilibre fragile entre inclusion bancaire et lutte contre le crime financier	325
§2 Les nouveaux défis de la fonction de conformité	327
A. La transformation de la fonction de conformité	327
1. L'industrialisation de la fonction de conformité	328
2. La révolution digitale	330
B. L'impact du <i>Brexit</i> sur la fonction de conformité	332
1. Les implications juridiques du <i>Brexit</i> sur le marché bancaire et financier en Europe.....	333
2. Les nouvelles attributions des <i>compliance officers</i>	335
Conclusion du Chapitre II	338
Conclusion du Titre II	339
Conclusion de la Partie II	340
Conclusion générale	341
Annexe I	349
Bibliographie	358
Index alphabétique	395