



# THÈSE



En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

---

Présentée et soutenue par

**MALIK Arnaud**

le 12 décembre 2019

## LA CONFORMITE DANS LES ETABLISSEMENTS FINANCIERS SOUS LE PRISME DU DROIT PENAL

---

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

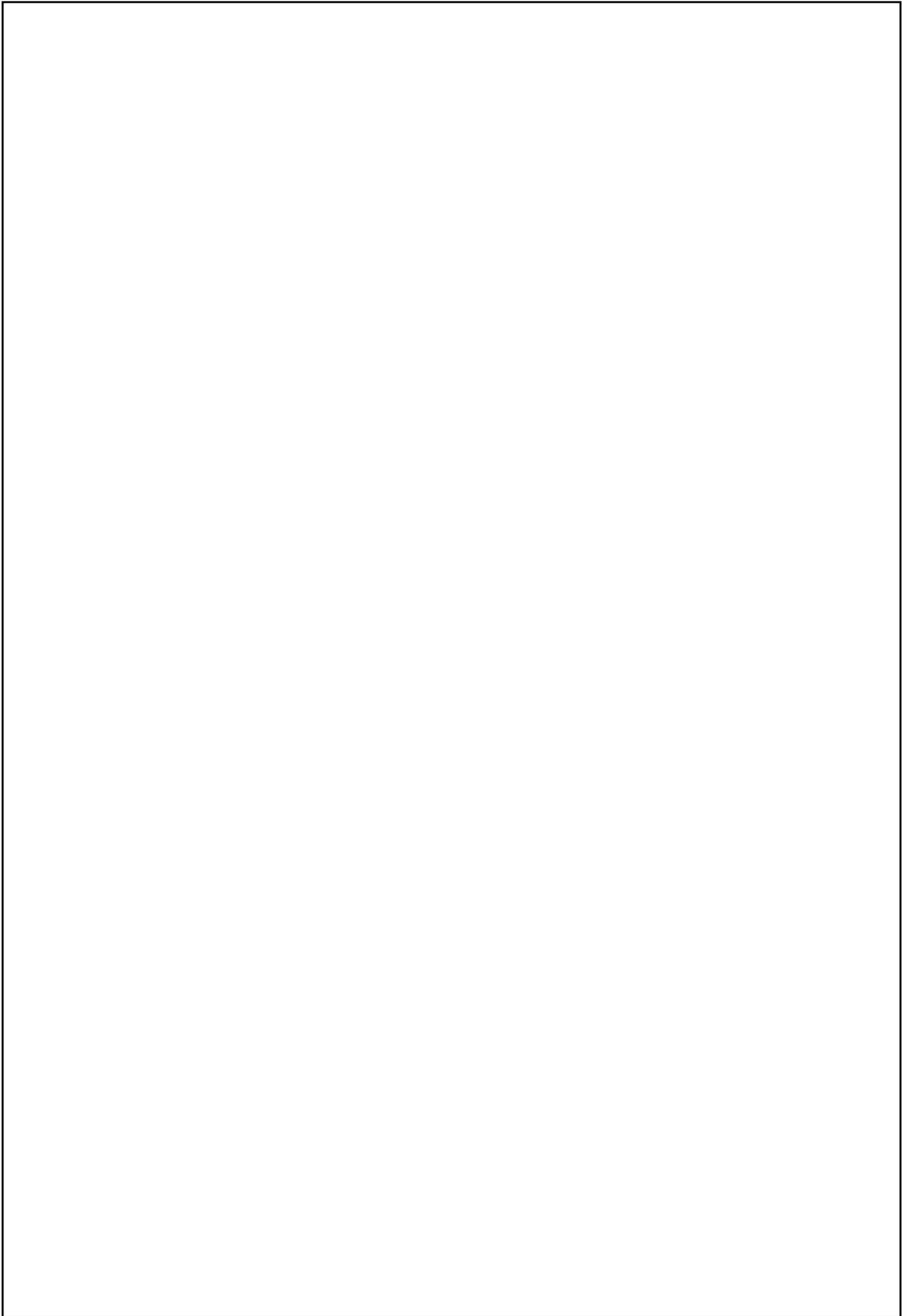
Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

**Directeur de thèse** : Madame Corinne MASCALA, Professeur des Universités, Université Toulouse Capitole

### JURY

**Rapporteurs** Madame Marie-Emma BOURSIER, Maître de conférences HDR, Doyenne de l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines  
Monsieur Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, Maître de conférences HDR, Université de Strasbourg

**Suffragants** Monsieur Olivier DEBAT, Professeur des Universités, Université Toulouse Capitole









# THÈSE

## En vue de l'obtention du DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole

---

Présentée et soutenue par  
**Arnaud MALIK**

Le 12 décembre 2019

**La conformité dans les établissements financiers sous le prisme  
du droit pénal**

---

Ecole doctorale : **Droit et Science Politique**

Spécialité : **Droit**

Unité de recherche :

**CDA - Centre de Droit des Affaires**

Thèse dirigée par  
**Corinne MASCALA**

Jury

**Mme Marie-Emma BOURSIER**, Rapporteur  
**M. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE**, Rapporteur  
**M. Olivier DEBAT**, Examineur  
**Mme Corinne MASCALA**, Directrice de thèse



*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les  
opinions particulières de l'auteur. »*





## *Remerciements*

Je tiens à remercier Madame le Professeur MASCALA pour son aide, sa bienveillance et la confiance qu'elle m'a témoignée tout au long de ces travaux de recherche.

Je remercie également les membres du jury, Madame Marie-Emma BOURSIER, Monsieur Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, Monsieur le Professeur Olivier DEBAT d'avoir accepté de s'intéresser à mes travaux de recherche et de participer à mon jury. Aussi, je remercie Monsieur le Professeur Sébastien NEUVILLE pour les conseils, les encouragements et le rapport à la pratique qu'il m'a fournis tout au long de ces travaux de recherche, Monsieur Thierry PONS (PRA), Monsieur Laurent COUDERC (1<sup>er</sup> VPR), Monsieur Francis BOYER (VPR), Monsieur Olivier MOUYSSET (VPR) et l'ensemble des greffiers et adjoints administratifs du parquet du TGI de Toulouse pour leur soutien indéfectible.

Toute ma reconnaissance va enfin à mon entourage qui m'a soutenu dans cette longue épreuve et qui a contribué à l'achèvement de cette thèse. Mes parents, mon frère et ma sœur pour leur soutien inconditionnel toutes ces années, Fabien pour son aide scientifique et personnelle essentielle, Marine pour son soutien quotidien si précieux, Jérôme, Thibaud, Rémi, Clémentine, Jonathan pour la motivation franc-comtoise, Luc, Alexis, Emmanuel, Virginie, Clément, Géraud, Marina pour la motivation toulousaine et leur aide matérielle, les judokas du club de Balma pour leur apport extra-universitaire plus que bénéfique, et toutes les personnes qui ont contribué de près ou de loin à l'achèvement de cette thèse.



# SOMMAIRE

INTRODUCTION

## **PARTIE 1. APPROCHE METHODIQUE DE LA CONFORMITE DANS LES ETABLISSEMENTS FINANCIERS**

TITRE 1. CONCEPTUALISATION DE LA CONFORMITE

*Chapitre 1. Extension d'une exigence de conformité*

*Chapitre 2. Restriction du périmètre de la conformité au risque de non-conformité*

TITRE 2. OBJECTIVATION DE LA CONFORMITE

*Chapitre 1. Déontologie et éthique : la soft law au cœur du domaine bancaire*

*Chapitre 2. Acculturation et analyse économique de la conformité*

## **PARTIE 2. APPROCHE EMPIRIQUE DE LA CONFORMITE DANS LES ETABLISSEMENTS FINANCIERS**

TITRE 1. D'UNE APPROCHE RESTRICTIVE A UNE APPROCHE EXTENSIVE DES FINALITES DE LA CONFORMITE

*Chapitre 1. Approche restrictive de la conformité : la lutte contre le blanchiment de capitaux*

*Chapitre 2. Approche extensive de la conformité : le contrôle des valeurs protectrices des marchés financiers, des biens de l'Etat et de la probité*

TITRE 2. DES DEFAILLANCES ET DE L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CONFORMITE

*Chapitre 1. La répression des défaillances du système de contrôle de conformité*

*Chapitre 2. Evolution ratione personae et ratione materiae de la conformité*

CONCLUSION GÉNÉRALE



# LISTE DES ABRÉVIATIONS

|                            |   |
|----------------------------|---|
| <i>ACPR</i>                | Autorité de contrôle prudentiel et de résolution  |
| <i>Act. Proc. coll.</i>    | Lettre d'actualité des procédures collectives   |
| <i>aff.</i>                | Affaire   |
| <i>AJDA</i>                | Actualité juridique de droit administratif  |
| <i>AJ Pénal</i>            | Actualité juridique pénal   |
| <i>AMF</i>                 | Autorité des marchés financiers   |
| <i>Archives. Phil. dr.</i> | Archives de philosophie du droit  |
| <i>ass.</i>                | Assemblée   |
| <i>ass. plén.</i>          | Assemblée plénière de la Cour de cassation  |
| <i>Bull. Joly Bourse</i>   | Bulletin Joly Bourse  |
| <i>Bull. Joly Sociétés</i> | Bulletin Joly Sociétés  |
| <i>BRDA</i>                | Bulletin rapide de droit des affaires   |
| <i>Bull. civ./crim.</i>    | Bulletin des arrêts des chambres civiles/criminelles                                    |
| <i>C. civ.</i>             | Code civil  |
| <i>C. com.</i>             | Code de commerce  |
| <i>C. conso.</i>           | Code de la consommation   |
| <i>C. mon. et fin.</i>     | Code monétaire et financier   |
| <i>C. pén.</i>             | Code pénal  |
| <i>C. route</i>            | Code de la route  |
| <i>C. trav.</i>            | Code du travail   |
| <i>CA</i>                  | Cour d'Appel  |
| <i>Cass.</i>               | Cour de cassation   |
| <i>CCC</i>                 | Contrats concurrence consommation   |
| <i>Cah. Dr. ent.</i>       | Cahiers de droit de l'entreprise  |
| <i>CE</i>                  | Conseil d'État  |
| <i>CEDH</i>                | Cour européenne des droits de l'Homme   |
| <i>Ch.</i>                 | Chronique <u>ou</u> Chambre   |
| <i>CGI</i>                 | Code général des impôts   |
| <i>civ.</i>                | Chambre civile de la Cour de cassation  |
| <i>CJCE</i>                | Cour de justice des communautés européennes   |
| <i>CJUE</i>                | Cour de justice de l'Union européenne   |
| <i>CMF</i>                 | Code monétaire et financier   |
| <i>COB</i>                 | Commission des opérations de bourse   |
| <i>Coll.</i>               | Collection  |
| <i>Com.</i>                | Chambre commerciale de la Cour de cassation   |
| <i>Commission CE</i>       | Commission des communautés européennes  |
| <i>Commission EDH</i>      | Commission européenne des droits de l'homme   |
| <i>Concl.</i>              | Conclusions   |
| <i>Cons. Const.</i>        | Conseil constitutionnel   |
| <i>Contra</i>              | Solution contraire  |
| <i>Conv. EDH</i>           | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales |
| <i>COSO</i>                | Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission                        |
| <i>CPP</i>                 | Code de procédure pénale  |

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| <i>Crim.</i>                    | Chambre criminelle de la Cour de cassation                                   |
| <i>CSP</i>                      | Code de la santé publique  |
| <i>D.</i>                       | Recueil Dalloz   |
| <i>D. Actu.</i>                 | Dalloz actualité   |
| <i>D. Aff.</i>                  | Dalloz affaires  |
| <i>Dactyl.</i>                  | Dactylographié   |
| <i>DDHC</i>                     | Déclaration des droits de l'homme et du citoyen                              |
| <i>Dir.</i>                     | Direction  |
| <i>Doctr.</i>                   | Doctrine   |
| <i>Dr. adm.</i>                 | Droit administratif  |
| <i>Dr. et patr.</i>             | Droit et patrimoine  |
| <i>Dr. fisc.</i>                | Revue de droit fiscal  |
| <i>Dr. pén.</i>                 | Droit pénal  |
| <i>Dr. soc.</i>                 | Droit social   |
| <i>Dr. sociétés</i>             | Droit des sociétés   |
| <i>Fasc.</i>                    | Fascicule  |
| <i>FATCA</i>                    | Foreign Account Tax Compliance Act   |
| <i>FCPA</i>                     | Foreign Corrupt Practices Act  |
| <i>Gaz. Pal.</i>                | Gazette du palais  |
| <i>Ibid. ou Ibidem</i>          | au même endroit  |
| <i>In</i>                       | Dans   |
| <i>Infra</i>                    | Ci-dessous   |
| <i>JCl.</i>                     | Jurisclasseur  |
| <i>JCP A.</i>                   | La semaine juridique – Édition administration et collectivités territoriales |
| <i>JCP E.</i>                   | La semaine juridique – Entreprise et affaires                                |
| <i>JCP G.</i>                   | La semaine juridique – Édition générale                                      |
| <i>JCP N.</i>                   | La semaine juridique – Édition notariale                                     |
| <i>JCP S.</i>                   | La semaine juridique – Édition sociale                                       |
| <i>JORF</i>                     | Journal officiel de la République française                                  |
| <i>JOCE</i>                     | Journal officiel des communautés européennes                                 |
| <i>JOUE</i>                     | Journal officiel de l'Union européenne                                       |
| <i>JS</i>                       | Journal des sociétés   |
| <i>JSL</i>                      | Jurisprudence sociale Lamy   |
| <i>L.</i>                       | Loi  |
| <i>L.G.D.J.</i>                 | Librairie générale de droit et de jurisprudence                              |
| <i>Loc. cit. ou Loco citato</i> | À l'endroit cité précédemment  |
| <i>LPA</i>                      | Les petites affiches   |
| <i>N°</i>                       | Numéro   |
| <i>NCCC</i>                     | Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel                                  |
| <i>Not.</i>                     | Notamment  |
| <i>Obs.</i>                     | Observations   |
| <i>Op. cit. ou Opere citato</i> | Ouvrage précédent  |
| <i>Préc.</i>                    | Précité  |
| <i>Préf.</i>                    | Préface  |
| <i>PUAM</i>                     | Presses universitaires d'Aix-Marseille                                       |
| <i>PUF</i>                      | Presses Universitaires de France   |
| <i>PUSS</i>                     | Presses universitaires des sciences sociales                                 |
| <i>QPC</i>                      | Question prioritaire de constitutionnalité                                   |
| <i>RB</i>                       | Revue banque   |
| <i>RDBB</i>                     | Revue de droit bancaire et de la bourse                                      |
| <i>Rev. dr. banc. et fin.</i>   | Revue de droit bancaire et financier   |
| <i>RDT</i>                      | Revue de droit du travail  |
| <i>Rec.</i>                     | Recueil  |

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| <i>Rev. d'éco. fin.</i>          | Revue d'économie financière  |
| <i>Rev. sociétés</i>             | Revue des sociétés   |
| <i>Req.</i>                      | Chambre des requêtes de la Cour de cassation                                     |
| <i>Rev. proc. coll.</i>          | Revue des procédures collectives   |
| <i>RICEA</i>                     | Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires               |
| <i>RFDC</i>                      | Revue française de droit constitutionnel   |
| <i>RIDC</i>                      | Revue internationale de droit comparé  |
| <i>RID éco.</i>                  | Revue internationale de droit économique   |
| <i>RIDP</i>                      | Revue internationale de droit pénal  |
| <i>RJ Com.</i>                   | Revue de jurisprudence commerciale   |
| <i>R.R.J. – Droit prospectif</i> | Revue de la recherche juridique Droit prospectif                                 |
| <i>RJDA</i>                      | Revue de jurisprudence de droit des affaires                                     |
| <i>RJF</i>                       | Revue de jurisprudence fiscale   |
| <i>RJS</i>                       | Revue de jurisprudence sociale   |
| <i>RLC</i>                       | Revue Lamy de la concurrence   |
| <i>RLCT</i>                      | Revue Lamy Collectivités territoriales   |
| <i>RLDA</i>                      | Revue Lamy Droit des Affaires  |
| <i>RLDC</i>                      | Revue Lamy Droit civil   |
| <i>RLDI</i>                      | Revue Lamy Droit de l'Immatériel   |
| <i>RRJ</i>                       | Revue de la recherche juridique, droit prospectif                                |
| <i>RSC</i>                       | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé                            |
| <i>RTD Civ.</i>                  | Revue trimestrielle de droit civil   |
| <i>RTD Com.</i>                  | Revue trimestrielle de droit commercial  |
| <i>RTD Eur.</i>                  | Revue trimestrielle de droit européen  |
| <i>RTDF.</i>                     | Revue trimestrielle de droit financier   |
| <i>RTD Hom.</i>                  | Revue trimestrielle des droits de l'homme  |
| <i>RTDI</i>                      | Revue trimestrielle de droit immobilier  |
| <i>S.</i>                        | Recueil Sirey  |
| <i>Sect.</i>                     | Section  |
| <i>Soc.</i>                      | Chambre sociale de la Cour de cassation  |
| <i>Spéc.</i>                     | Spécialement   |
| <i>SSL</i>                       | Semaine sociale Lamy   |
| <i>Supra</i>                     | Ci-dessus  |
| <i>t.</i>                        | Tome   |
| <i>T. Com.</i>                   | Tribunal de commerce   |
| <i>TFUE</i>                      | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne                               |
| <i>TGI</i>                       | Tribunal de Grande Instance  |
| <i>Th.</i>                       | Thèse  |
| <i>TPICE</i>                     | Tribunal de première instance des Communautés européennes                        |
| <i>TRACFIN</i>                   | Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins |
| <i>Trib. UE</i>                  | Tribunal de l'Union européenne   |
| <i>UKBA</i>                      | United Kingdom Bribery Act   |
| <i>v.</i>                        | Voir   |
| <i>vol.</i>                      | Volume   |







# **INTRODUCTION**

« Comme n'importe quelle autre institution, la finance a besoin d'incitations à bien faire. La peur d'une sanction crédible en est une. Le bruit du cliquetis des menottes ou de la porte de prison ne pourrait que rendre vigilant et diligent. L'honnêteté est moins une vertu qu'un apprentissage »<sup>1</sup>.

**1. Contexte historique de la crise financière et économique de 1929.** Les années d'entre-deux guerres furent une époque de plein essor économique en Europe en raison de la reconstruction des Etats belligérants. L'Allemagne sortait ruinée et déconstruite de la Guerre à la suite des négociations du traité de Versailles. Des Etats européens dont l'Angleterre, avaient exporté leurs réserves d'or vers les Etats-Unis. Dès lors, la plupart des belligérants s'endettaient afin de relancer leur croissance économique. L'économie se financiarisait et les bulles spéculatives étaient nombreuses, justifiées par une hausse annuelle des cours de la bourse de New-York de 18% par an. Le jeudi 24 avril 1929 se produisait alors une chute soudaine des cours de bourse à Wall Street, ce que les économistes ont dénommé le Krach boursier. En résultait un phénomène de « *bank run* »<sup>2</sup>, c'est-à-dire un mouvement massif de retraits des dépôts bancaires par les clients, entraînant alors un manque de liquidité pour les banques. Ce « *jeudi noir* » sera suivi de plusieurs jours d'effondrement des cours boursiers. La financiarisation de l'économie et « *l'Amérique des barons voleurs* » allaient plonger le monde entier dans une période de « *grande dépression* », en raison des premiers émoluments de la globalisation de l'économie. Cela résulte du fait qu'en période de croissance, les acteurs de marché se

---

<sup>1</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude : crime, subprimes et crises financières*, Odile Jacob, 2011, p. 279.

<sup>2</sup> V. CASTILLON, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Droit et économie, 2011, p. 7.

croient omniscients et incapables de commettre des erreurs<sup>3</sup>. Une forte récession économique se répandait alors dans le monde entier.

**2. Avènement de la régulation bancaire et financière.** Une solution était trouvée avec le « *Banking Act* », connu aussi sous le nom de « *Glass Steagel Act* », mis en place par le Président Franklin Roosevelt en 1933. Il prévoyait notamment des normes imposant aux établissements financiers de distinguer leurs activités de banque de dépôt et leurs activités de banque d'investissement. D'autres réformes furent prises après la Grande dépression telles le « *Mac Fadden Act* »<sup>4</sup>, le « *Bank Holding Compagny Act* »<sup>5</sup>. Grâce à ces réformes, la période allant de 1930 à 1970 fut qualifiée de « *Pax Bancaria* »<sup>6</sup>, c'est-à-dire une période où peu de faillites bancaires étaient recensées.

**3. Application de la règle des « 3D ».** Le regain d'intérêt des pouvoirs publics pour la règle des « 3D »<sup>7</sup> à partir des années 1970 a conduit progressivement à la crise des *subprimes* de 2008. Cette seconde crise d'envergure fait suite au développement, par les établissements financiers, de pratiques financières nouvelles risquées. Le phénomène de dérégulation a notamment eu pour conséquence une diminution des effectifs humains constituant les autorités de régulation et de supervision. La structure de ces autorités n'a certes pas créé la crise des *subprimes* mais n'a pas rendu possible sa détection et sa prévention de manière effective<sup>8</sup>. Également, la régulation des acteurs financiers et plus particulièrement des institutions financières s'opère, au moment de la crise des *subprimes*, à deux niveaux de répartition : soit au niveau fédéral, soit au niveau des Etats. La répartition s'effectue environ sur un rapport de 50% chacun. Au plan fédéral, plusieurs

---

<sup>3</sup>J.-F. GAYRAUD, *Le nouveau capitalisme criminel*, éd. Odile Jacob, 2014, p. 80.

<sup>4</sup> Interdit à un établissement de s'étendre hors de son Etat d'origine.

<sup>5</sup> De 1956: interdit à un établissement de crédit de s'engager dans des activités non bancaires.

<sup>6</sup> C. BORDES, « Faillites bancaires et politique monétaire », *Rev. éco. fin.*, vol. 19, n° 4, 1991, P. 95 ; Patrick Arbor, Président du Chicago Board of Trade, après la débâcle de LTCM, C. BORDES, « Les banques et le filet de sécurité contre le risque systémique », in *Les banques entre droit et économie*, ouvrage collectif (dir.). M.-A. Frison-Roche, *L.G.D.J.*, Paris, 2006, p. 177 et s.

<sup>7</sup> Décloisonnement, dérégulation, désintermédiation.

<sup>8</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude : crime, subprimes et crises financières*, op.cit., p. 111.

agences ont compétence pour superviser les marchés : *Federal Reserve* (FR), *Office of Comptroller of the Currency* (OCC), *Deposit Insurance Corporation* (DIC), *Office of Thrift Supervision* (OTS), *National Credit Union Association* (NCUA). Cette répartition a joué un rôle majeur dans l'absence de supervision efficace en amont de la crise. « *La vague de libéralisation et de déréglementation financière a en effet très largement contribué à satisfaire les objectifs de rentabilité des acteurs financiers* »<sup>9</sup>, cela ayant pour conséquence des rémunérations démesurées des *traders* des principaux intermédiaires financiers. La dérégulation du système a eu pour conséquence une déresponsabilisation des acteurs de marché, laissant alors place libre à une économie pulsionnelle. Cela s'est notamment concrétisé par une opacité structurelle inhérente à un enchevêtrement bureaucratique et un manque de clarté des rôles et responsabilités assignés à chaque intervenant des marchés<sup>10</sup>. La libéralisation, la déréglementation et la dérégulation sont criminogènes car ils incitent à la commission d'infractions. En ce sens, « *tout l'art de la dérégulation a été de rendre légal ce qui ne l'était pas ou bien de favoriser l'éclosion de fraudes géantes* »<sup>11</sup>.

**4. Les causes de la crise financière de 2008.** En outre, des conflits d'intérêts sont à l'origine de la crise des *subprimes* de 2008<sup>12</sup> en raison des multiples allers-retours entre le secteur privé et le secteur public et du rôle prépondérant des agences de notation<sup>13</sup>. Ils ont notamment permis le développement de « *prêts prédateurs* »<sup>14</sup> en matière immobilière, dangereux pour les classes moyennes américaines, bien que ce concept de « *prêt*

---

<sup>9</sup> J. LAROCHE, *Un monde en sursis, Dérives financières, régulations politiques et exigences éthiques*, L'Harmattan, coll. Chaos international, 2010, p. 47.

<sup>10</sup> J. LAROCHE, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>11</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude : crime, subprimes et crises financières*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>12</sup> V. CASTILLON, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>13</sup> La commission du Sénat américain qui a enquêté sur les agences de notation. Le président était Carl M. Levin (démocrate du Michigan) et en avril 2010 il évoque « les nombreux conflits d'intérêts, et de leur travail sous influence douteuse des clients et des marchés ».

<sup>14</sup> Expression désigne un ensemble de pratiques de prêts qu'on peut qualifier de frauduleux, de loyaux ou d'inéquitables.

*prédateur* » n'ait pas de définition légale et reste controversé aux USA<sup>15</sup>. Dès lors, la crise financière s'appuie sur une confiance des consommateurs tronquée par une asymétrie d'information au profit des organismes financiers. Les fausses informations et les rumeurs attisent l'asymétrie d'information, ce phénomène étant accentué par l'absence de transparence du monde monétaire-financier. Le fait, pour les établissements financiers, d'évoluer dans un secteur où l'information circule de manière imparfaite et incomplète a favorisé la crise des *subprimes*. L'asymétrie se retrouve dans deux situations précises : soit elle consiste dans une rétention d'informations, soit dans une diffusion intentionnelle d'informations erronées. En période de crise, le mécanisme de sélection adverse<sup>16</sup> trouve à s'appliquer et l'information qui circule sur le marché est tronquée et perd de sa crédibilité pour tous les acteurs. Cette diffusion d'informations erronées transforme la confiance en méfiance puis, au gré des rumeurs assimilées par le marché, mute en défiance.

**5. Découverte de banques blanchisseuses de capitaux.** Le système financier manquant de liquidité dans les mois suivant la crise de 2008, les banques ont subtilement introduit sur les marchés financiers des flux d'argent sale. Cela avait pour objectif de rassurer ces derniers et de relancer les investissements. C'est ici que les établissements financiers supportent un niveau d'analyse divergent. Les politiques publiques désiraient faire endosser aux établissements financiers le rôle de détection du blanchiment dans une perspective de lutte efficace de ce phénomène. Seulement, plusieurs exemples démontrent l'existence de banques blanchisseuses du produit issu du trafic de stupéfiants, dites « *narcobanques* ». Ces banques ont laissé le blanchiment se développer en leur sein, alors que d'autres sont blanchisseuses dès le commencement de leurs activités. Trois exemples d'acteurs bancaires majeurs caractérisent ces dérives s'inscrivant historiquement dans le processus de transition de la guerre froide à la mondialisation. Dans les années 2000, les banques Wachovia et HSBC vont démontrer une forme « *d'indifférence institutionnelle* »

---

<sup>15</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude : crime, subprimes et crises financières*, op. cit., p. 39.

<sup>16</sup> Détermination du bon et du mauvais débiteur.

à la lutte effective contre le blanchiment de capitaux. Fondée en 1879, basée en Caroline du Nord, la banque Wachovia représente en 2008 une des plus grosses banques d'affaires des Etats-Unis en termes de capitalisation. Outre son importante activité en matière de prêts immobiliers toxiques, dit « *subprimes* », il a été découvert que cette banque n'avait cure de la lutte contre blanchiment de capitaux puisqu'elle était directement connectée au blanchiment de la drogue mexicaine et colombienne<sup>17</sup>. Rachetée en 2008 par la banque Wells Fargo pour 12,7 milliards de dollars, Wachovia a conclu un accord avec l'*US District Court for the Southern District of Florida* dans une procédure de *deferred prosecution agreement*. Une amende de 160 millions de dollars fut prononcée ainsi que l'obligation de mettre en œuvre des mesures destinées à faire cesser les actions délictueuses se déroulant au sein de la banque. Les agissements précités furent reconnus par la banque s'agissant d'une période allant de mai 2003 à juin 2008 et visant plus spécifiquement les établissements de change situés au Mexique. Outre des virements douteux transitant par la banque<sup>18</sup>, cette dernière offrait également des services destinés à transporter des fonds en liquide du Mexique à Miami, malgré les mises en garde du département du Trésor américain dès 1996 et les multiples remontées d'un lanceur d'alertes. Autre exemple de banque ayant eu des activités de blanchiment en relation avec des filières de drogue mexicaines, HSBC<sup>19</sup>. Une procédure de *deferred prosecution agreement* négociée en 2012 entre HSBC et les autorités judiciaires américaines aboutissait au prononcé d'une amende de 1,92 milliards de dollars. La banque disposait alors d'une période probatoire de cinq ans pour mettre en place un programme de mise en conformité. Le rapport du Sénat américain de l'époque fustigeait alors le fait que « *HSBC opère dans nombre de pays avec des contrôles anti-blanchiment faibles, des clients à haut risques et des activités financières à haut risques* »<sup>20</sup>, et notamment le transit de flux

---

<sup>17</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude : crime, subprimes et crises financières*, op. cit., p. 94.

<sup>18</sup> 373,6 milliards de dollars entre mai 2004 et mai 2007.

<sup>19</sup> Hong Kong and Shanghai Banking Corporation.

<sup>20</sup> US Vulnerabilities to Money Laundering, Drugs and Terrorist Financing : HSBC Case History, Congrès des Etats-Unis, juillet 2012.

financiers en provenance du Mexique et des cartels de drogue à la suite d'une forme de *drog deal*<sup>21</sup>.

Le dernier exemple emblématique de banque « criminelle » concerne la BCCI<sup>22</sup>. A l'origine, la BCCI promouvait l'exercice d'une finance éthique, notamment basée sur les principes de la finance islamique. Néanmoins, le Sénat eut l'occasion de qualifier cette institution financière de « *structure criminelle unique* »<sup>23</sup> en raison des nombreuses dérives auxquelles elle a pris part pendant plus de vingt années. La BCCI relève typiquement de « *la criminalité en col blanc* » en ce qu'elle accorde des prêts de complaisance, des pots-de-vin et divers avantages en nature. En outre, elle a investi secrètement sur les marchés spéculatifs pour compte de tiers sans autorisation préalable des clients, constituant des « *opérations fantôme* » réalisées à partir « *number 2 accounts* »<sup>24</sup> échappant au régulateur, tout comme les opérations de blanchiment d'argent sale issu du narcotrafic<sup>25</sup>.

**6. Prêts prédateurs et titrisation.** Ces exemples de banques démontrent les effets néfastes des politiques de dérégulation, de déréglementation et de désintermédiation engagées en pleine guerre froide. Les dérives des financiers sont donc favorisées. Le régulateur ne jouant plus son rôle de protecteur des marchés et des investisseurs, des bulles spéculatives formées sur des prêts massifs accordés aux classes moyennes voire pauvres, sans diligences particulières, se multiplient. La circulation de ces prêts « *prédateurs* » bénéficie à des mécanismes de titrisation<sup>26</sup> et notamment de *pools* d'actions faisant l'objet

---

<sup>21</sup> Cité in Dylan Murphy, « Money laundering and the drug trade : The role of the banks », *Global Research*, 7 mai 2013.

<sup>22</sup> Bank of Credit and Commerce International, Banque d'origine Pakistanaise.

<sup>23</sup> Congrès des Etats-Unis, Sénat, The BCCI Affair. A Report to the Senate Committee on Foreign Relations from Senator John Kerry, Chairman, and from Senator Hank Brown, Ranking Member, Subcommittee on terrorism, Narcotics, and International Operations, décembre 2012, 102<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session, rapport sénatorial, n° 102-140.

<sup>24</sup> Comptes numéro 2.

<sup>25</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude. Crime, subprimes et crises financières*, op. cit., p. 113-117.

<sup>26</sup> P. BLANQUE, « Vers un nouveau régime économique », in Charbon J.-L. et Pluchart J.-J. (dir.), *Grandeur et misère de la finance moderne, regards croisés de 45 économistes*, Eyrolles, 2013, p. 49.

de spéculations importantes grâce à l'appui des notations favorables des agences de notation. Ce mécanisme de titrisation trouve ses fondements dans une théorie micro-économique applicable à la technique de l'assurance : plus le nombre d'individus qui acceptent de supporter le risque est important, moins ce risque sera lourd à supporter. C'est en cela qu'il constitue un des meilleurs outils de diffusion du risque<sup>27</sup>. Le dogme des marchés omniscients et infaillibles est tombé en 2008, le retour à une régulation plus forte, couplée à une autorégulation mieux encadrée fait force de propositions de prévention des risques au sortir de la crise. L'aléa de moralité est amoindri si la prise de risque d'une opération financière se trouve limitée par une intermédiation nationale et internationale importante, cela entraîne un allègement des sanctions et des responsabilités<sup>28</sup>. Il y a dès lors un amoindrissement de l'incitation à la prudence.

**7. Remise en question du dogme des marchés omniscients et infaillibles.** La croyance du « *too big to fail* », déclinée en « *too big to regulate* » ou encore « *too big to jail* »<sup>29</sup>, marquait la période d'euphorie allant des années 1980 à la crise de 2008. En d'autres termes, les grandes institutions financières sont trop importantes pour que les Etats les laissent faire faillite. Les Etats, et donc le contribuable, malgré la crise de confiance institutionnelle<sup>30</sup>, viennent en soutien à ces institutions afin qu'elles évitent la faillite et qu'elles n'entraînent, par leurs interconnexions multiples et leur interdépendance, une crise systémique. Du fait que l'Etat soutienne un fonds de garantie à chaque citoyen et vienne au soutien des établissements financiers, cela correspond à une situation de privatisation des profits et de socialisation des pertes. Cette mutualisation des pertes rend plus acerbe la rationalité des conduites individuelles développée par Adam Smith. Les scandales financiers manifestent quant à eux une délinquance organisationnelle

---

<sup>27</sup> H. de VAUPLANE, « La crise financière et le droit français », *JCP G*, 2008, n°50, p. 17.

<sup>28</sup> Qui est un pari sur l'avenir avec une espérance de gain hypothétique.

<sup>29</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude. Crime, subprimes et crises financières*, op. cit., p. 273.

<sup>30</sup> J.-J. PLUCHART, « De la confiance à la défiance dans la chaîne financière », in *Grandeur et misère de la finance moderne, regards croisés de 45 économistes*, Ed. Eyrolles, Cercle TURGOT, (dir) J.-L. CHARBON et J.-J. PLUCHART, 2013, p. 134 et s.



correspondant à une fraude systémique d'ordre organisationnelle<sup>31</sup>. La dérégulation et la déréglementation du système financier ont concrétisé l'appétit du péril des acteurs et le plaisir de prendre des risques sans crainte des conséquences macro-économiques, micro-économiques et juridiques afférentes à ces risques. Ce principe de plaisir, développé par Freud dans son ouvrage destiné à l'établissement de sa théorie générale de l'appareil psychique, est étroitement lié au principe de réalité mais surtout à la pulsion de mort<sup>32</sup>. En d'autres termes, lorsque le plaisir n'est pas refoulé, la pulsion de mort prend le pas<sup>33</sup>. Le déferlement pulsionnel, concrétisé par une spirale des profits depuis les années 1970, est une cause supplémentaire de l'effondrement du système en 2008. L'instantanéité des profits, systématisé par les *hedge funds* et autres fonds spéculatifs, constitue une influence inhibitrice à l'origine de la crise de 2008. Facilitée par les évolutions technologiques et l'immédiateté du transfert de l'information, la recherche du profit rapide s'est matérialisée en dehors de toute rationalité<sup>34</sup>. La célérité des échanges et le phénomène de financiarisation globalisée ont conduit au suicide de la société<sup>35</sup> ou plus précisément au suicide du système capitaliste ultra-libéral.

**8. Développement de l'autorégulation comme moyen de prévention du risque systémique.** Afin de limiter les risques de dérives des établissements financiers sans que les mécanismes de régulation externe ne soient trop prégnants pour les établissements financiers, des règles particulières favorisant un système d'autorégulation sont nées. Dans une démarche proactive, une compréhension de la culture organisationnelle peut aider à circonscrire comment, quand, où et pourquoi une fraude a été commise<sup>36</sup>. L'énoncé de

---

<sup>31</sup> A. SACHET-MILLIAT, « Ethique et management : Pratiques de pression sur les cadres pour obtenir leur collaboration aux actes de délinquance d'affaires », *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, vol. 57, Juillet-Septembre 2005, p. 90-107.

<sup>32</sup> S. FREUD, "Au-delà du principe de plaisir", in *Essai de psychanalyse*, 1920, trad., Paris, Payot, 1981, pp. 41-112.

<sup>33</sup> N. ELIAS, *La civilisation des mœurs*, 1939, trad. Paris, Calmann-Levy, 1973.

<sup>34</sup> J. LAROCHE, *Un monde en sursis, Dérives financières, régulations politiques et exigences éthiques*, op. cit., p. 24.

<sup>35</sup> E. DURKHEIM, *Le suicide*, publié à Paris en 1897, PUF, coll. Quadrige, 14ème éd., 2013.

<sup>36</sup> H. D. GLOVER et J. Y. AONO, « Changing the model for prévention and détection of fraude », *Managerial Auditing Journal*, vol. 10, n° 5, 1995, p. 39.

valeurs organisationnelles, la charte éthique, la philosophie de gestion et toute démarche éthique dans l'entreprise ayant pour objectif de limiter les dérives systémiques, sont des outils qui relèvent du champ de compétence des cellules de conformité. L'auto-régulation<sup>37</sup>, au même titre que la régulation, trouverait son intérêt dans la restauration de la confiance. Dès lors, l'auto-responsabilité et la transparence des établissements financiers constituent une nouvelle forme de régulation des marchés<sup>38</sup>.

**9. Corporate crime et instabilité financière.** La *compliance* est notamment née du *corporate crime*<sup>39</sup>, lui-même favorisé par le phénomène de dérégulation et de déréglementation. Ce concept de *corporate crime* correspond aux « *actions délictueuses collectives des dirigeants ou d'employés d'entreprises qui pourraient, par ces actions, réaliser des objectifs communs à l'organisation* »<sup>40</sup>. Monsieur Jean-François GAYRAUD évoquait d'ailleurs que « *le dysfonctionnement de l'appareil financier n'est jamais que la conséquence de décisions politiques (réguler ou ne pas réguler) et de politiques publiques (poursuivre ou non les crimes financiers)* »<sup>41</sup>. La criminalité financière est source d'instabilité des marchés. Elle se définit comme « un comportement déviant, un pervertissement de la norme sociale qui recouvre les crimes et par extension les délits et contraventions »<sup>42</sup>. Dès lors, des circuits opaques et économiquement peu rationnels perturbent les équilibres des marchés et rendent donc le système financier plus vulnérable face aux crises.

**10. Définition de la conformité et proposition de définition.** C'est dans ce contexte de vulnérabilité des marchés financiers que les mécanismes d'autorégulation se sont

---

<sup>37</sup> C. NOYER, « Régulation et confiance », *Rev. éco. fin.*, 2010-4, n° 100, p. 111-122.

<sup>38</sup> S. MOGINI, « Droit pénal, marchés et autorégulation des acteurs », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 187.

<sup>39</sup> P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes, De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Armand Colin, coll. U : sociologie, 2<sup>ème</sup> éd., 2018.p. 109.

<sup>40</sup> R. GASSIN, *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, P.U.A.M., coll. Institut de sciences pénales et de criminologie, 2009., p. 87.

<sup>41</sup> J.-F. GAYRAUD, *La grande fraude : crime, subprimes et crises financières*, op. cit., p. 223.

<sup>42</sup> V. CASTILLON, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, op. cit., p. 11.

développés et affirmés aux yeux des politiques et des entreprises. La conformité apparaît comme mécanisme privilégié d'autorégulation, à la fois malléable et rugueux, tout en demeurant une variable d'ajustement des autorités de régulation et du législateur. La définition de la conformité est plurale puisqu'elle résulte de la pratique et qu'elle correspond à la traduction de l'anglais « *compliance* ». Etymologiquement, la conformité est issue du latin *conformitas*, définie comme étant la qualité de ce qui est conforme<sup>43</sup>. Ainsi, le terme « conforme » vient du latin *conformis* : *cum* signifie « avec » et *forma* correspond à « forme ». La transposition exacte en français serait donc « *exactement semblable* ». Par ailleurs, une chose conforme est une chose « *qui est, juridiquement, l'exacte application d'une norme de référence* »<sup>44</sup>. D'autres définitions de la conformité peuvent apparaître en fonction de la branche juridique dans laquelle l'on se situe. D'une part, la conformité est la traduction littérale du terme anglais « *compliance* ». Or, lorsque l'on évoque la conformité en droit français, cela fait en vérité référence à la soumission et au respect des lois et règlements au sens constitutionnel. D'autre part, terme d'origine anglo-saxonne, la *compliance* perd de toute évidence une partie de son sens à la traduction. Si la *compliance* est définie par un dictionnaire anglais comme étant « *the act of obeying an order, a rule or a request* »<sup>45</sup>, cette définition large, plutôt utilisée dans les expressions courantes, ne correspond pas véritablement à l'utilisation qui en est faite en matière juridique et économique. En effet, ce concept est issu en réalité de la pratique et sa teneur est imprégnée d'une culture spécifique qui tient de la *common law*. C'est pourquoi, il paraît difficile de transférer une notion empreinte de culture anglo-saxonne dans une culture latine par une simple traduction. La *compliance* anglo-saxonne consiste en une approche globale de la sécurité des citoyens. Pour d'autres, la *compliance* a une acceptation plus large que celle de conformité car elle « *renvoie également à l'obligation de respecter les normes professionnelles et déontologiques, les codes de bonne conduite, les règles spécifiques applicables à une activité et autres engagements volontaires mis en*

---

<sup>43</sup> *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, PUF 2009, p. 208.

<sup>44</sup> *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, PUF 2009, p. 208.

<sup>45</sup> <http://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/compliance>

*place dans le cadre d'une entreprise* »<sup>46</sup>. Elle peut également se définir « *comme étant comme une internalisation du but de prévention d'une crise financière générale dans les entreprises susceptibles de la déclencher par l'usage qu'elles ont du marché financier* »<sup>47</sup>, qui ne concernerait que les entreprises cruciales.

Ainsi, la conformité peut être définie comme un mécanisme de prévention des risques financiers et juridiques, d'anticipation de la délinquance financière au sein de l'entreprise, et dont les moyens d'action sont à la fois incitatifs et coercitifs, issus du droit dur et du droit mou.

**11. Approche transversale de la conformité.** Le terme de conformité se retrouve dans le droit positif, comme par exemple lorsque la loi se réfère à la conformité d'un produit consécutif à la conclusion d'un contrat, il s'agira dès lors du défaut de conformité<sup>48</sup>. Mais cette conformité issue du droit des contrats ne sera pas traitée dans cet écrit puisqu'il ne renvoie pas à la notion de conformité à une norme légale ou administrative. Par ailleurs, des mécanismes spécifiques de conformité trouvent à s'appliquer en matière de droit de la concurrence<sup>49</sup>. La culture des programmes de compliance se retrouve d'ores et déjà dans certaines sociétés transnationales, ces programmes visant notamment à assurer le respect des règles applicables en matière de concurrences par l'entité<sup>50</sup>. En matière de protection des données personnelles, le législateur est intervenu en 2016 afin d'encadrer des pratiques déviantes de la part de sociétés transnationales. Transposée en droit interne,

---

<sup>46</sup> W. AYED, « Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité », *JCP G*, n°4, 24 janvier 2011, p. 96.

<sup>47</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant après » in *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2018, p. 28.

<sup>48</sup> C. civ., Art. 1604.

<sup>49</sup> J.-C. RODA, « La compliance en droit américain: le régulateur, l'entreprise et le juge », in *BORGA N., MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2018, p. 235-248.

<sup>50</sup> J.-L. AUGAGNEUR, « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », in *BORGA N., MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2018, pp. 137-141.

cela a donné lieu à l'adoption par les Parlementaires du RGPD<sup>51</sup>. Ainsi, la conformité s'entendra toujours comme l'application stricte d'une norme préexistante. Cette norme, pourra avoir une nature légale ou réglementaire mais aussi contractuelle. Elle bénéficiera aussi d'une aura internationale dans certains cas ou simplement un rayonnement à l'échelle de la profession bancaire ou d'un groupe bancaire dans d'autres cas. Aussi, les grandes entreprises non financières cotées et non cotées, des banques et autres établissements financiers sont les principaux bénéficiaires de cette conformité.

**12. *Prégnance de la soft law.*** La compliance serait donc aussi une conformité à la norme, mais avec une idée de norme beaucoup plus vaste que celle issue de la traduction française. Les normes professionnelles, les codes de bonne conduite, les chartes déontologiques et les engagements volontaires issus des pratiques entrepreneuriales font aussi partie des normes à respecter. Cet ensemble de normes forment ce que l'on désigne en droit anglo-saxon « *la soft law* ». Il s'agit d'un droit mou, par opposition aux lois et règlements issus du travail législatif et du pouvoir exécutif, constituant tous deux un droit dur, dit *hard law*. Ainsi, la compliance correspondrait tout à la fois la conformité au droit dur et au droit mou puisqu'elle procède de sources de « droit doux » qui évoluent rapidement vers le statut de droit « dur », c'est-à-dire de droit sanctionné<sup>52</sup>.

**13. *Conformité spécifique à la matière bancaire et financière.*** En matière bancaire, la conformité a été définie dès 1997 mais de façon négative. Il s'agit à présent de définir ce qu'est le contrôle de conformité. Il constitue un risque de non-conformité c'est-à-dire « *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*

---

<sup>51</sup> C. CARON, « RGPD : En avant toute ! », *Communication Commerce électronique*, n° 4, Avril 2018, repère 4 ; A. LECOURT, « RGPD : nouvelles contraintes, nouvelles stratégies pour les entreprises », *Daloz IP/IT*, 2019, p.205.

<sup>52</sup> M.-E. BOURSIER, « Qu'est-ce que la compliance ? », *in Exercer et entreprendre*, coll. Dalloz avocats, Dalloz, 2020.p. 140.

*normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions des dirigeants effectifs* »<sup>53</sup>. La compliance est empreinte d'une réalité sécuritaire. Bien que développée de façon accrue depuis les attentats du 11 septembre 2001, la compliance anglo-saxonne a été découverte et modelée dans les années 1990. Ce sont les pays de tradition romaine qui se sont, par la suite, emparés de ce principe issu de la *common law*. L'Union Européenne, afin d'engager un processus d'harmonisation entre les Etats membres, s'est accaparée ce concept dans le but d'en déterminer une définition et un régime juridique européen commun<sup>54</sup>.

Toutefois, les attentats du 11 septembre 2001 ont accéléré ce mouvement de compliance au sein des grandes entreprises. La raison première était simple : assurer la sécurité des citoyens en contrôlant les flux financiers circulant entre les grands groupes, et cela à l'échelle internationale. Les autorités américaines sont parties du constat que le financement des attentats du 11 septembre s'était réalisé par le biais des marchés financiers, et notamment par la spéculation importante qui a eu lieu peu avant les attentats. Ce furent les premières réformes importantes réalisées en matière de lutte contre le terrorisme. Les entreprises cotées sont donc en première ligne d'attaque et ont subi un changement majeur dans leur façon de poursuivre leurs activités. Evidemment, les entreprises n'ont pas sciemment financé le terrorisme, mais il est évident que leur négligence sur certaines activités, certaines transactions et le manque de contrôle sur diverses opérations financières ont allègrement permis ce financement indirect.

Par conséquent, il appert que le contrôle de conformité se base sur une vision entrant progressivement dans les mœurs des entreprises : une approche fondée sur le risque. Le risque principal correspond au risque de sanction judiciaire duquel découle le risque de

---

<sup>53</sup> Arrêté du 3 novembre 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 du 5 novembre 2014 page 18598.

<sup>54</sup> Commission Européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert n° 366 final ; 18 juillet 2001 ; Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'union européenne, Livre vert n° 164, 5 avril 2011.

réputation. En effet, une sanction judiciaire lourde et médiatisée vient impacter la réputation et l'image de l'entreprise. Divers cas d'actualité viennent en témoigner comme par exemple le scandale de l'ERIKA mais encore des scandales financiers mêlant droit et finance. Le cas le plus médiatisé de ces dernières années est l'affaire « *Kerviel* ». Il s'agissait d'un *trader* employé par le groupe bancaire Société Générale qui avait engagé en 2007 des sommes considérables sur les marchés financiers et qui avait fait perdre à la banque pas loin de cinq milliards d'euros<sup>55</sup>. La banque était engagée pour compte propre et a donc essuyé une perte comptable considérable. La principale problématique tenait du fait qu'un seul individu puisse engager des sommes aussi conséquentes de façon autonome et sans avoir à demander l'avis ou l'aval d'un ou de plusieurs responsables. La banque a assigné son salarié en justice en janvier 2008 pour faux en écriture de banque, usage de faux et atteinte au système de traitement automatisé des données. Au cours de l'instruction, il a été révélé que M. Kerviel avait engagé jusqu'à 50 milliards d'euros sur les marchés financiers, soit plus que les fonds propres de la banque Société Générale. M. Kerviel a été condamné sur les fondements juridiques suivants : abus de confiance, introduction frauduleuse de données dans un système automatisé et de faux et usage de faux. Ces faits ont fortement atteint la réputation de la Société Générale. D'autres banques nationales telle la BNP PARIBAS ont fait l'objet d'atteinte à leur réputation, notamment en raison d'amendes prononcées à leur égard par le *Department of Justice* américain pour non-respect des règles relatives aux embargos financiers concernant plusieurs Etats<sup>56</sup>. Les établissements financiers font face à la démonstration de l'impérialisme et l'unilatéralisme américain en matière d'imposition d'un système normatif économique et financier<sup>57</sup>.

**14. Manque de vigilance et risque de financement du terrorisme.** Aussi, l'histoire ne s'est pas répétée mais a récemment bégayé en ce qui concerne les attentats de Paris du 13

---

<sup>55</sup>[http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/19/affaire-kerviel-sept-ans-de-mysteres\\_4635986\\_4355770.html](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/19/affaire-kerviel-sept-ans-de-mysteres_4635986_4355770.html)

<sup>56</sup><https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial>

<sup>57</sup> J. MOREL-MAROGER, « La compliance financière : les enseignements de l'affaire BNP Paribas » in BORGAN, MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 69.

novembre 2015. L'enquête réalisée a révélé que les terroristes ont utilisé le système légal pour se financer, profitant des errances du système bancaire et de son système de régulation. En effet, les terroristes du Bataclan ont utilisé des cartes de paiement prépayées pour financer quelques nuits d'hôtel à Paris avant de commettre leur forfait. Ce système avait pourtant déjà fait l'objet de vives critiques en raison de son opacité et de sa faible justification pratique. Le ministre de l'économie de l'époque, Michel Sapin, exprimait sa volonté de supprimer cet anonymat<sup>58</sup>. Cela a abouti à un décret du 15 décembre 2016<sup>59</sup>, paru relativement tardivement puisque les attentats de Paris avaient eu lieu plus d'un an auparavant. Ce décret a été pris en application de l'article L. 315-9 du code monétaire et financier. Ce texte est issu de l'article 31 de la loi 2016-731 du 3 juin 2016 qui visait à renforcer la lutte contre la criminalité organisée, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ce décret plafonne les sommes stockées sur des cartes prépayées à 10 000 €<sup>60</sup>. Aussi, il ne sera désormais possible de charger, retirer ou rembourser au moyen d'espèces ou de monnaie électronique anonyme qu'à hauteur de 1000 € maximum par mois calendaire. Entrant en vigueur au 1er janvier 2017, il vise à lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en renforçant et en sécurisant la traçabilité de ces cartes prépayées. Un autre procédé du droit bancaire a été utilisé en vue de la réalisation d'attentats : l'utilisation du crédit à la consommation. Coulibaly, le terroriste de l'épicerie casher faisant suite à la tuerie de Charlie Hebdo, avait contracté un prêt à la consommation auprès de la société Cofidis en 2015 pour un montant de 6000 €, prêt contracté en France qui lui avait permis d'acheter des armes en Belgique<sup>61</sup>. Aucun suivi de l'affectation des fonds n'avait été réalisé par l'établissement de crédit. Là encore, ces prêts ont souvent été critiqués en raison de leur dangerosité pour les consommateurs du fait de leur taux effectif global variable, et des

---

<sup>58</sup> <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/03/01/97002-20160301FILWWW00291-sapin-veut-la-fin-de-l-anonymat-des-cartes-bancaires-prepayees.php>

<sup>59</sup> Décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016 relatif au plafonnement des cartes prépayées, JORF n°0293 du 17 décembre 2016.

<sup>60</sup> C. mon. et fin., art. D. 315-2.

<sup>61</sup> [http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/23/finance-terrorisme-attentat-carte-prepayee-visa-mastercard-sapin-attentats\\_n\\_8627144.html](http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/23/finance-terrorisme-attentat-carte-prepayee-visa-mastercard-sapin-attentats_n_8627144.html)



lacunes en termes de formalisme à respecter pour les obtenir. C'est donc pour l'ensemble de ces raisons que le législateur invite, incite, oblige les établissements financiers à être vigilants envers leurs clients et les opérations qu'ils peuvent passer, cela dans le but d'être en conformité avec les lois et règlements en vigueur, dont la lutte contre le financement du terrorisme fait partie intégrante. En effet, « *la compliance c'est se plier, se soumettre à des lois et règles visant à gêner, voire prohiber, la circulation d'argent criminel et/ou terroriste* »<sup>62</sup>. Le risque de corruption, de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme s'accroît en raison de la globalisation économique et financière, elle-même facilitée par les nouvelles technologies de l'information et de la communication offrant plus de célérité aux transactions financières.

**15. Conformité interne et conformité externe à l'entreprise.** La conformité est un concept multidimensionnel en ce qu'il atteint à la fois la matière juridique, financière et comptable<sup>63</sup>. Parfois, « *lorsqu'on regarde ce qui est rassemblé sous ce terme de compliance aussi étrange qu'il est étranger, on est frappé par le bric-à-brac qu'il recouvre* »<sup>64</sup>. Elle englobe la conformité d'une entreprise à la *hard law* en vigueur et la *soft law* établie. Dès lors, il y a en quelque sorte deux types de conformité applicables. Une conformité sur des normes qui sont externes à l'entreprise puis, une conformité sur des normes qui sont internes à l'entreprise, un groupe d'entreprise ou une corporation. La norme juridique est générale, abstraite et permanente dans le temps et son caractère obligatoire la rattache à une sanction<sup>65</sup>. Ces normes sanctionnées ne bénéficient pas nécessairement d'une contrainte étatique<sup>66</sup>, l'exemple le plus caractéristique étant le fonctionnement des directives européennes et leur mode d'intégration en droit interne. Cependant, la norme connaît une mutation de son fait générateur en droit interne en raison de l'influence grandissante du droit anglo-saxon. La norme ne devient générale et

---

<sup>62</sup> <http://www.xavier-raufer.com/site/IMG/pdf/raufer1.pdf>

<sup>63</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « L'aventure de la compliance », *D.* 2020, p. 1805.

<sup>64</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019, p. 1.

<sup>65</sup> Théorie kelsénienne reprise par plusieurs auteurs.

<sup>66</sup> R. VABRES, *Comitologie et services financiers*, Thèse, Paris 2, 2007.

abstraite qu'après avoir été dégagée, interprétée voire créée par les acteurs professionnels. Ce n'est qu'en étant reprise et légitimée par le législateur que la norme obtient son aspect originel.

**16. Conformité legaliste et conformité consensuelle.** Il serait alors possible d'arguer qu'il existe une conformité dite légale ou legaliste et une conformité que l'on pourrait qualifier de consensuelle. Cette distinction fait suite au schisme *hard law* et *soft law*<sup>67</sup>, c'est-à-dire la rupture entre le droit dur et le droit mou. En effet, l'aspect reliant la conformité aux normes légales et réglementaires peut être qualifié de legaliste en ce sens qu'il fait référence à ce qui forme la base des sources du droit, à savoir l'expression de la volonté du peuple : la loi, et *a fortiori* le règlement. La concrétisation la plus marquante de ce rigorisme de la norme est constituée par le principe legaliste initié et développé par Beccaria. Selon ce précepte, il ne peut y avoir de crime ni de peine sans textes<sup>68</sup>. Dès lors, toute action répressive prise à l'encontre d'un individu doit se conformer aux exigences issues du principe de légalité des délits et des peines. *A fortiori*, l'usage d'une conformité legaliste s'appuierait sur le respect des prescriptions légales et réglementaires fixées par le législateur. Par extension, les règles issues du droit de l'Union Européenne et qui sont intégrées en droit interne obtiennent la même légitimité que celles des textes issus de la plume du législateur national.

Par ailleurs, le conformisme qu'une entreprise doit respecter envers ces normes peut être qualifié de conformité consensuelle. Une corporation pouvant être à l'initiative de ces engagements déontologiques s'imposant à l'entreprise et à ses salariés, cette conformité sera plus imposée que véritablement volontaire. Cela tient de la règle « *comply or explain* »<sup>69</sup> qui met une forte pression sur l'entreprise faisant partie intégrante d'une corporation usant d'actes de *soft law* particuliers. Traduit en français par l'expression

---

<sup>67</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple », *RTD Civ.*, 2003, p. 599.

<sup>68</sup> Issu de l'adage latin: « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

<sup>69</sup> O. DOUVRELEUR, « La *soft law* en matière financière : le point de vue l'Autorité des marchés financiers », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 1, janv. 2012, dossier 5.

« appliquer ou expliquer », ce principe correspond en quelque sorte à la consécration de l'intérêt de la fonction conformité. Dès lors, comment qualifier juridiquement cette compliance plus subie que désirée par l'entreprise ?

**17. Conformité objective, conformité subjective.** Un autre outil d'analyse permet d'observer le concept de conformité : la distinction entre conformité objective et conformité subjective. Celle-ci peut être objective « *au sens où elle considère l'adéquation qui existe entre la situation de l'entreprise et les exigences fixées par les normes juridiques* »<sup>70</sup>. La compliance est considérée comme étant subjective lorsqu'elle « *renvoie avant tout à l'éthique dans le domaine des affaires, c'est-à-dire au comportement des acteurs économiques et en pratique spécialement des groupes de sociétés (et donc leurs membres notamment les dirigeants, les associés, les salariés), compte tenu du poids qui est le leur dans le monde économique* »<sup>71</sup>. Encore une fois, il est fait implicitement référence à la divergence entre *hard law* et *soft law*. La conformité se réalise donc sous ce double aspect. Dès lors, il paraît difficile d'aborder la notion de normes sans évoquer ce qu'est la règle de droit, puisqu'une norme est une émanation d'une règle de droit. Par ailleurs, la notion de règle de droit est assimilée à la norme juridique<sup>72</sup>, bien que certains membres de la doctrine émettent quelques réserves<sup>73</sup>. En tout état de cause, le droit dur et le droit mou, que l'on peut qualifier de droit malléable, sont deux sources normatives indispensables et complémentaires de la conformité. Elles sont à la fois sa raison d'être, le fondement sur lequel elle s'appuie et leur respect constitue sa finalité. Dès lors, un lien ténu associe la *soft law* et la conformité, en ce que la *soft law* est à la fois une source de droit constitutive de la conformité mais également une source objet de conformité. Selon Madame BOURSIER, « *la compliance se définit avant tout*

---

<sup>70</sup> O. DEBAT, « Ethique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », in DEBAT O. (dir.), *Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire*, LexisNexis, n°137, septembre 2014, p 5

<sup>71</sup> O. DEBAT, « Ethique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », *op. cit.*, p 5.

<sup>72</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. P. 199-210.

<sup>73</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABREMAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction au droit*, L.G.D.J., 4e éd., 1994, spéc. N° 5, note 7.

*comme une méthode, inspirée des théories de la procéduralisation du droit. 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 & filigrane les opérateurs économiques à assister les États dans la réalisation de leurs missions (lutte contre les grandes infractions du droit pénal des affaires internationales comme le blanchiment et la corruption, respect des droits humains, etc.) »<sup>74</sup>.*

**18. Distinction entre le droit et la morale.** La conformité est un instrument fonctionnant en harmonie avec d'autres concepts qui ne relèvent pas du domaine juridique mais qui y exercent une influence notable. L'une des premières distinctions fondamentales est celle du droit et de la morale. Le droit est défini comme étant « l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société »<sup>75</sup>. La morale, quant à elle est, « par opposition à juridique, ce qui relève non du droit positif, mais de la règle morale »<sup>76</sup>. Ainsi, la morale tient des valeurs issues de la société dans son ensemble, de sa culture, de son savoir-vivre, etc. Les notions de morale et de droit n'ont de cesse de faire réagir la doctrine, qu'elle soit juridique, philosophique, économique et pratique<sup>77</sup>. C'est essentiellement affaire de culture, de politique publique et de définition stricte de ce que doit comprendre l'ordre public, concept clef qui fait le lien entre droit et morale. Par conséquent la morale ne détermine pas le droit mais le droit détermine la moralité. Dès lors, la compliance pourra être rattachée à l'ordre public économique, concept développé par le Professeur FARJAT<sup>78</sup>.

**19. Distinction entre droit et éthique.** Autre concept étroitement lié à la morale et ayant de plus en plus d'impact dans le monde des affaires et *a fortiori* dans le périmètre des entreprises : l'éthique. Définie comme étant une chose qui concerne la morale, l'éthique

---

<sup>74</sup> M.-E. BOURSIER, « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* 2020, p. 1419.

<sup>75</sup> *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, PUF 2009, p. 333.

<sup>76</sup> *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, PUF 2009, p. 598.

<sup>77</sup> G. RABU, « L'illusion d'éthique », *R.R.J. Droit prospectif*, n° 146, PUAM, 2013-1, p. 36,

<sup>78</sup> G. FARJAT *L'ordre public économique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.

est une application de la morale du point de vue des comportements humains. Pour certains auteurs comme le Doyen CARBONNIER<sup>79</sup> et le Professeur Bruno OPPETIT<sup>80</sup>, la prise en compte de l'éthique est de plus en plus forte au sein du monde des affaires et marque donc un retour en force de la morale au cœur du système capitaliste. Cette moralisation est engendrée en partie par le droit dur<sup>81</sup> et principalement par le recours au droit malléable. Bien que pour certains auteurs, cette prédominance de la morale pénétrant le monde des affaires est un facteur de dégradation des sources privées du droit<sup>82</sup>, il s'agit surtout d'un instrument permettant un fonctionnement plus sain de l'entreprise. Ce droit que l'on qualifie aisément de spontané<sup>83</sup> assure également un environnement économique et concurrentiel *a priori* plus équitable. Reste désormais à savoir comment mettre en œuvre cette éthique et assurer le contrôle de son effectivité.

**20. Influence de la déontologie.** Un dernier concept avoisine ces problématiques paraissant être extra-juridiques mais qui, finalement, se rapproche de la norme juridique soit en l'intégrant, soit en l'influençant : il s'agit de la déontologie. Etymologiquement, déontologie est tirée du Grec *deon* c'est-à-dire ce qui est convenable et du latin *logos* c'est-à-dire la connaissance. Jeremy Bentham a uni ces deux termes pour donner naissance à la déontologie.

Le premier auteur à évoquer ce concept subjectif en opposition à la Loi est Bentham. Il la définit comme étant « *la connaissance de ce qui est juste ou convenable* »<sup>84</sup> et estime que

---

<sup>79</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil : introduction*, PUF, Thémis, Droit privé, 1997.

<sup>80</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, janv. 1999.

<sup>81</sup> Voir par exemple la Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013 page 16829 et la Loi dite Sapin II n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

<sup>82</sup> F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509.

<sup>83</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontanée : contribution à l'étude des sources du droit*, préf. Jacquet J-M., Economica, coll. Recherches juridiques, 2002.

<sup>84</sup> J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, Traduit de l'Anglais par Laroche B., publié à Paris en 1834, Fougères, Encre Marine, coll. « La bibliothèque hédoniste », 2006, p. 25.

son utilité principale est de limiter le recours à la norme juridique pour régler les situations<sup>85</sup>. Cette réflexion du XIXe siècle reste toujours d'actualité lorsque les observateurs dénoncent avec insistance une inflation législative nocive depuis plusieurs décennies. Plus récemment, un député a défini la déontologie comme étant « *un ensemble de règles de conduite, individuelles ou collectives, qui visent à garantir le respect des principes dans le comportement des entreprises et de leurs collaborateurs, et qui doit rencontrer l'adhésion de ceux auxquels elle s'adresse* »<sup>86</sup>.

**21. La déontologie comme morale utilitaire.** Cette « *morale utilitaire* »<sup>87</sup> est surtout employée dans le secteur professionnel. Les exemples concrets sont notamment la déontologie de l'avocat, la déontologie du médecin qui doivent tous deux prêter serment afin de formaliser leur soumission à ces règles leur permettant d'exercer leur profession respective. Ce sont les ordres professionnels qui élaborent ces règles déontologiques et en assurent le contrôle. En pratique, pour reprendre les deux exemples susmentionnés, ce sont le conseil national du barreau et le conseil de l'ordre des médecins qui surveilleront le respect de ces normes. Mais la déontologie n'atteint pas que les professions réglementées. En effet, le domaine bancaire et financier est largement impacté par ce système de droit moralisé, en témoignent les recommandations émanant de l'AMF et de l'ACPR. Par exemple, l'AMF a approuvé le règlement « *déontologie* » destiné aux organismes de placement collectif à valeur mobilière d'épargne salariale de l'Association Française de Gestions Financière. La principale raison de l'avènement de ces règles

---

<sup>85</sup> L'auteur évoque même « qu'il est désirable sans doute d'élargir le champ de la morale et de rétrécir celui de l'action politique. La législation n'a que trop empiété sur le territoire qui ne lui appartenait pas », J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale, op. cit.*, p. 29.

<sup>86</sup> M. JEGOU, rapporteur de la loi de modernisation des activités financières devant la Commission des finances à l'Assemblée nationale, Doc. AN, n° 2692, p. 226.

<sup>87</sup> B. BEIGNIER, « Déontologie » in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. ALLAND et S. RIALS, Lamy, PUF, collection Quadriga, 2003, V° Déontologie, p. 361.

déontologiques correspond à la protection des clients face aux intérêts des intermédiaires financiers<sup>88</sup>.

**22. La déontologie comme autodiscipline liée à la conformité.** Les principaux risques en cas de non-conformité sont le prononcé de sanctions financières et une atteinte à l'image de marque, provoquant alors des conséquences commerciales impactant la bonne marche de l'entreprise<sup>89</sup>. Des textes spécifiques au domaine bancaire et financier comportent notamment la prévention des conflits d'intérêts, l'organisation et la continuité des moyens, l'exercice des droits des actionnaires, la relation avec les intermédiaires et les teneurs de comptes-conservateurs de parts, la relation avec les porteurs, la déontologie des collaborateurs et le contrôle des transactions personnelles. Ce mouvement de moralisation n'est pas nouveau puisque cela fait une trentaine d'années qu'il inonde les marchés financiers<sup>90</sup>. L'objectif étant d'inciter les professionnels des marchés à l'autodiscipline afin d'éviter le dirigisme de l'Etat qui se traduirait par un interventionnisme néfaste à l'efficacité des marchés. Mais l'éthique est-elle véritablement une source du droit ? Quelques auteurs se sont penchés sur cette question sans vraiment tomber d'accord<sup>91</sup>. Pour M. LASSERRE CAPDEVILLE, la déontologie, mise en œuvre en pratique par les codes de bonne conduite, est « une source du droit progressivement effective »<sup>92</sup>. La déontologie a été définie par le Professeur BERGEL comme étant « *l'ensemble des devoirs de comportement professionnel des personnes physiques ou morales dans leurs relations avec les usagers et les autres membres de la profession et qui ont un intérêt pour la*

---

<sup>88</sup> C. LAVIALLE, « Les normes déontologiques boursières », *JCP E*, 1993, I, 241 ; M. TELLER, « Banque, morale, valeur (s) », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 3, mai 2014, dossier 19.

<sup>89</sup> V. not., Compliance : de nouveaux enjeux pour les entreprises : *Actes prat. Ing. Sociétaire*, 2010, n° 114, dossiers 6 à 12.

<sup>90</sup> T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3e éd., 2010, n° 383.

<sup>91</sup> A.-M. MOULIN, « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire. La politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2012, dossier 3 ; J.-G. de TOCQUEVILLE « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2012, dossier 4 ; F. BOUCARD, « Le renouvellement des sources du droit bancaire », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2013, dossier 43.

<sup>92</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *Rev. Dr. banc. et fin.*, n° 3, Mai 2014, dossier 21, p. 3.

*profession elle-même* »<sup>93</sup>. Cette définition a un écho pratique indéniable en matière de marchés financiers et plus précisément en ce qui concerne les sociétés de gestion collective puisque ces règles sont reprises par l'AFG (Association Française de la Gestion Financière)<sup>94</sup>.

**23. Déontologie issue du droit dur.** *De lege feranda*, il convient de préciser que le droit s'empare de cette moralisation en lui donnant un caractère contraignant par le biais de la production de lois. Par exemple, la loi impose aux prestataires de services d'investissement d'avoir un comportement « *honnête, loyal et professionnel, qui favorise l'intégrité du marché* »<sup>95</sup>. Les principales règles de bonne conduite ont été intégrées dans le code monétaire et financier aux articles L. 533-11 et suivant. L'intégration en droit interne de ces règles déontologiques est la conséquence de la transposition de la directive MIFID I (MIF I)<sup>96</sup> par une ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007. Cette directive européenne s'est voulue être une réforme d'ampleur de moralisation et d'encadrement de la vie des affaires. Chronologiquement, elle devance de peu la crise des *subprimes*, ce qui lui donne concrètement un temps de retard sur toutes les réformes substantielles à engager par la suite.

**24. Déontologie issue du droit spontané.** Afin d'optimiser ces chartes éthiques, leur respect et leur efficience, l'établissement financier doit mettre en œuvre une organisation spécifique en interne, voire au niveau du groupe. Cette organisation aura des finalités dédiées, qui iront souvent au-delà du simple intérêt individuel de la société comme par exemple des considérations environnementales, humaines, humanitaires, etc. Elle fera le

---

<sup>93</sup> J.-L., BERGEL, « Du concept de déontologie à sa consécration juridique », in *Droit et déontologie professionnelles*, Bergel J.-L. (dir.), Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, coll. Ethique et déontologie, 1997, p. 14.

<sup>94</sup> O. DOUVRELEUR., « La *soft law* en matière financière : le point de vue l'Autorité des marchés financiers », *op. cit.*

<sup>95</sup> C. mon. et fin., art. 533-1.

<sup>96</sup> Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 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.



lien entre les règles éthiques, morales, déontologiques et les rendra disponibles et compréhensibles par tous les salariés et les parties prenantes. La gouvernance d'entreprise<sup>97</sup>, concept issu du droit anglo-saxon et qui se développe depuis une vingtaine d'années en France, additionnée à une culture de conformité, achèveront de moraliser l'entreprise.

**25. Fixation normative des règles déontologiques.** Les règles déontologiques se fixent de deux façons distinctes sur le terrain juridique : soit par leur intégration à la loi de façon directe ou indirecte, soit par leur intégration à des instruments de *soft law*. Ces instruments sont notamment les codes de bonne conduite et autres recommandations et chartes éthiques mises en œuvre au sein de chaque établissement financier. Elles traduisent un besoin pressant d'un retour à des valeurs morales communément partagées au sein de tous les pays développés, si tant est qu'elles aient déjà existé à un tel niveau. La crise des *subprimes* a précipité la crise de confiance des clients et investisseurs tout en maximisant la défiance à l'égard du système financier dans son ensemble. L'intégration de mécanismes et règles permettant le respect d'une certaine éthique des affaires au moyen de contrats ou de lois contraignantes peut faire croire à un retour de confiance. Cependant, les marchés financiers fonctionnant de manière cyclique, la prochaine fin de cycle révélera certainement une faille dans la moralisation des marchés et de ses acteurs. Si l'idée est en théorie favorablement accueillie, la pratique montrera si elle est réellement suivie d'effet et si ce ne sont pas que des "pare-feu" seulement destinés à relancer d'autres bulles spéculatives. L'éthique et la déontologie ne sont que des pansements qui ne peuvent réparer une fracture, telle que représente la crise de confiance, voire la défiance, des clients envers le système financier.

**26. Effectivité des actes de *soft law*.** Lorsque les règles sont issues du droit souple<sup>98</sup>, c'est-à-dire de l'ensemble des chartes déontologiques, codes éthiques, codes de bonne conduite,

---

<sup>97</sup>Aussi dénommée « gouvernement d'entreprise » ou encore « *corporate governance* » dans son acception anglaise.

<sup>98</sup>C. THIBIERGE, « Le droit souple », *RTD Civ.*, 2003, p. 599.

engagements professionnels, recommandations, avis, etc.<sup>99</sup>, cela s'analyse juridiquement comme une convention. Il peut s'agir d'un contrat entre l'entreprise et ses salariés, entre l'entreprise et ses partenaires commerciaux. Le droit anglo-saxon utilise les concepts de *shareholder* (les associés) et de *stakeholder* (les parties prenantes) pour évoquer cette idée. Dans tous les cas, ce type de règle n'est applicable que lorsqu'un *mutuus consensus* s'est créé entre l'entreprise et les parties prenantes. A défaut, il s'agirait d'un engagement unilatéral qui ne devrait produire que peu d'effets. Néanmoins, lorsque ces règles sont appliquées aux salariés par l'intermédiaire d'un règlement intérieur, la question du *mutuus consensus* se pose. En effet, toute analyse juridique repose sur la nature donnée à ce type de document. En principe, il s'agira d'un acte unilatéral. En pratique, aucune mise en œuvre effective ne pourra survenir si le code de déontologie ou le code éthique n'est pas attaché au règlement intérieur. Ce dernier est reconnu comme un acte réglementaire de droit privé<sup>100</sup>. Emanant de l'employeur, soumis pour avis consultatif au comité d'entreprise voire au délégué du personnel dans les entreprises de plus de 50 ou de 11 salariés, il traduit le pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur. Dès lors, aucun accord de volonté n'apparaît entre l'employeur et les salariés de l'entreprise, que ce soit de manière directe ou indirecte. Par principe, il ne peut y avoir de sanction disciplinaire applicable aux salariés si ce code n'est pas annexé au règlement intérieur. Par conséquent, si des sanctions disciplinaires sont attachées au code privé, l'accord indirect des salariés, par la voie de leur représentant, s'effectuera nécessairement. Ainsi, l'effectivité des actes privés créés par l'entreprise ne repose pas sur un accord de volonté effectif. Il s'impose aux actionnaires et aux parties prenantes de manière directe et l'on peut se poser la question d'un manque de légitimité de ces normes. Cela n'est pas dénué de conséquences si l'absence de légitimité d'une norme ne facilite pas son intégration et son respect par ses destinataires. Pour conclure sur ces règles qui ne sont pas juridiques par nature ou qui le deviennent, il est certain qu'elles ont un impact non négligeable sur

---

<sup>99</sup> F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509.

<sup>100</sup> Cass. soc., 25 sept. 1991, n° 87-42.396.

la santé de l'entreprise puisque leur but est avant tout d'éviter ou a minima de résorber les conflits d'intérêts au sein de l'entreprise, lutter contre la corruption, le blanchiment et d'autres infractions qui peuvent faire subir un coût très élevé à la société et ses salariés. Les établissements financiers sont en première ligne de ce risque en raison des mouvements de capitaux massifs qui circulent par leurs livres comptables, ils constituent donc des entreprises cruciales<sup>101</sup>. En outre, une forme de complémentarité se développe entre les fonctions éthique et conformité puisqu'elles ont pour finalité à la fois de réduire les risques de dysfonctionnement de l'organisation liés aux normes applicables dans l'entreprise mais parfois mal maîtrisées par ses membres, et de prévenir des comportements contraires aux valeurs. C'est en cela qu'elles « *contribuent à préserver l'entreprise du risque global de rupture de confiance, de crédit, et de destruction des valeurs* »<sup>102</sup>.

**27. Interdépendance de la conformité et du droit pénal.** Le droit pénal et le droit de la conformité sont étroitement liés en raison de leur convergence dans les valeurs qu'elles entendent protéger. Ainsi, la genèse du concept de conformité tient de son utilité en matière de lutte contre les flux financiers illicites et les atteintes à la probité. En cela, la conformité rejoint le droit pénal des affaires et plus précisément la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la corruption. Il est notable que ce périmètre ne cesse de croître proportionnellement à l'extension du périmètre de la conformité.

Outre une identité de valeurs protégées, le droit pénal et le mécanisme de conformité sont complémentaires en ce qui concerne la répression des phénomènes susmentionnés. En effet, la conformité semble constituer un outil particulièrement intéressant en matière de prévention des infractions économiques et financières. Son approche pragmatique, son mode de diffusion et son pouvoir normatif sont des éléments indispensables à

---

<sup>101</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant après », in BORGNA N., MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 33.

<sup>102</sup> J.-C. MAGENDIE, « Ethique et conformité dans les entreprises », *Rev. sociétés* 2019, p. 730.

l'appréhension des déviances financières. La conformité reposant principalement sur un mécanisme d'autorégulation, les établissements financiers doivent faire montre de leur capacité à s'autopolicer<sup>103</sup>, c'est-à-dire observer le respect de leurs propres diligences. Par ailleurs, les régulateurs publics se contentent de surveiller la manière dont les opérateurs privés se conforment par eux-mêmes, ce que la pratique nomme le « *self-policing, self-reporting, self-monitoring ou encore self-compliance* »<sup>104</sup>. Bien que la conformité serve des finalités qualifiées de buts monumentaux promus par les Etats<sup>105</sup>, ces derniers sont étroitement liés à bon nombre d'incriminations pénales. Par des outils tels que le traçage précis des flux financiers et une cartographie des risques<sup>106</sup>, les procédures de remédiation, les déclarations de soupçon ou encore les alertes internes, la conformité se révèle comme étant un moyen probatoire efficace. Ainsi, la conformité ne peut être efficace, en tant que mécanisme d'autorégulation, que si une hybridation des acteurs et des moyens de la conformité s'exécute de manière optimale au sein de l'organisme financier. Par sa capacité à s'auto-policer, elle apparaît comme un accessoire indispensable du droit pénal, lui permettant de protéger des valeurs essentielles au maintien de l'ordre public, tout en lui offrant une certaine souplesse et une efficacité dans la mise en œuvre de cette protection. Le lien entre conformité et la matière pénale est si intense qu'il se développerait un droit punitif de la *compliance*<sup>107</sup>.

**28. Définition de l'établissement financier.** Un établissement financier est une entreprise, autre qu'un établissement, dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités mentionnées aux points 2 à 12 et au point 15 de la liste figurant à l'annexe I de la Directive 2013/36, y compris notamment une compagnie

---

<sup>103</sup> B. FASTERLING, "Criminal compliance. Les risques d'un droit pénal du risqué", *RID éco.* 2016, p. 235-236.

<sup>104</sup> A. MIGNON COLOMBET, "La self-defense des entreprises", in A. GARAPON et P.SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013, p. 79 et s., spéc. p. 80.

<sup>105</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « *Compliance : avant, maintenant, après* », in BORGHA N., MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, op. cit., p. 29.

<sup>106</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la *compliance* », *D.* 2019, spéc. 2432.

<sup>107</sup> C. BALLOT-SQUIRAWSKI, « Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la *compliance* », *Dr. pén.*, n° 7, Juill. 2020, p. 16.

financière *holding*, une compagnie financière *holding* mixte, un établissement de paiement et une société de gestion de portefeuille. Les établissements financiers correspondent donc à l'ensemble des établissements de crédit, entreprises d'investissement et autres organismes financiers. L'utilisation de la terminologie « *d'établissements financiers* » sera générique tout au long de ces travaux de recherche. Elle tend à viser plus particulièrement les banques, aussi bien dans leur activité de banque de détail que dans leur activité de banque d'investissement. En tout état de cause, elle entre pleinement dans la catégorie des « *opérateurs cruciaux* »<sup>108</sup> potentiellement générateurs de risque systémique.

**29. La conformité dans les établissements financiers sous le prisme du droit pénal : problématique de l'étude.** Les établissements financiers représentent l'interface nécessaire entre économie financière et économie réelle. Leur rôle primordial engendre des responsabilités importantes aussi bien au plan macroéconomique que microéconomique. Dans sa fonction de gestion du risque systémique, la compliance peut alors se définir comme étant « *comme une internalisation du but de prévention d'une crise financière générale dans les entreprises susceptibles de la déclencher par l'usage qu'elles ont du marché financier* »<sup>109</sup>. Les mécanismes de conformité se sont affirmés aux Etats-Unis en matière de concurrence, notamment avec la mise en œuvre de programmes de compliances<sup>110</sup>. Par conséquent, la compliance est un facteur de compétitivité de l'entreprise<sup>111</sup>. En outre, la gestion du risque systémique financier et économique est déterminant en période de reconstruction d'après crise. La protection des intérêts des clients constitue également une mission essentielle des établissements financiers. La

---

<sup>108</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la *compliance* », *op. cit.*

<sup>109</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>110</sup> J.-L. AUGAGNEUR, « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », in BORGHA N., MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 137-141.

<sup>111</sup> C. GRANIER, « Dirigeants, associés et compliance », in BORGHA N., MARIN J.-C., RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 227-234.

recherche de sécurité des clients par la protection de leur épargne est un rôle supplémentaire assigné aux organismes financiers. Afin de parvenir à la réussite de tous ces objectifs, des processus spécifiques se sont développés dans le cadre d'une culture d'autorégulation prégnante. Un enchevêtrement de règles issues du droit dur et du droit mou encadre une culture de conformité désormais bien affirmée dans les établissements financiers. Ces derniers, à la fois récipiendaires et créateurs de droit mou, encourtent de multiples sanctions revêtant un caractère pénal, administratif et disciplinaire lorsque leur politique de conformité n'est pas assez efficace. La conformité, émanation des mécanismes d'autorégulation, semble devenir un vecteur d'éthique durable dans le secteur bancaire, et dont le périmètre d'application croît au fil des réformes législatives. En outre, un risque réputationnel et financier fort pèse sur les établissements financiers en cas de défaillance de leur cellule de conformité. Issue d'une pratique innovante d'autorégulation, la compliance s'est mue en nouveau mécanisme de régulation imposé, assuré par des sanctions financières, administratives, disciplinaires et parfois pénales. Elle correspond à un outil à vocation systémique dont la finalité est de lutter contre la complexité endémique de la délinquance financière<sup>112</sup>. L'acculturation des établissements financiers au modèle anglo-saxon de compliance s'est réalisée de façon progressive, sans pourtant révéler de particularités permettant l'avènement d'une « *compliance à la française* ». Dès lors, plusieurs problématiques se posent dans le cadre de cette étude. Dans quel périmètre thématique le contrôle de conformité à la norme pénale peut-il s'opérer ? En d'autres termes, l'objectivation du contrôle de conformité est-elle fixée à des considérations matérielles ou à des considérations fonctionnelles ? Quels sont les moyens d'actions de la cellule conformité dans la lutte contre la délinquance financière et comment la conformité peut-elle développer ses propres référentiels de fonctionnement et ainsi s'ériger en compliance à la française, indépendante d'une acculturation au modèle anglo-saxon ?

---

<sup>112</sup> O. DUFOUR, « Le droit de la compliance peut aider à prévenir les crises mondiales », *LPA*, n° 95, mai 2020, p.3.

**30. Intérêt et plan de l'étude.** Cette étude mettra en exergue l'influence du droit pénal sur le mécanisme de conformité ainsi que son appréhension. L'étude de l'acculturation de la compliance en droit français, son appréhension par les mécanismes classiques du droit continental et notamment du droit pénal feront l'objet d'analyses spécifiques. Aussi, des moyens humains et techniques importants sont mis en œuvre dans le but d'atteindre l'objectif de conformité imposé par le régulateur. Le mécanisme de compliance, issu de la pratique, s'est exprimé au travers des établissements financiers avant de se développer au sein de grandes sociétés transnationales. Faisant l'objet de multiples phases de normalisation internationales et nationales<sup>113</sup>, tout en voyant son périmètre être continuellement étendu à des domaines juridiques et extra-juridiques, la conformité nécessite de faire l'objet d'une étude théorique. Déterminer l'essence de la construction du mécanisme de conformité et analyser les leviers de sa primordiale utilité en droit de l'entreprise sont des points relevant de cette étude. Afin de mieux cerner les ambivalences de la conformité, son origine pratique et ses aspects pluridisciplinaires, il sera nécessaire de la conceptualiser par une approche méthodique (Partie 1). Au-delà des fondements de droit dur et de droit mou mêlés, la conformité s'est révélée au travers des pratiques de lutte contre le blanchiment de capitaux. L'efficacité des mesures de conformité ajoutée à son faible coût pour les Etats, ont incité les pouvoirs publics à étendre son périmètre d'application à d'autres valeurs protégées par l'ordre public économique. Une approche empirique mettra en avant les liens ténus entre le droit pénal et la conformité dans les établissements financiers (Partie 2).

---

<sup>113</sup> B. CAZENEUVE, « Les enjeux de la compliance », in *Exercer et entreprendre*, coll. Dalloz avocats, Dalloz, 2020, p.144.





**PARTIE 1. APPROCHE MÉTHODIQUE  
DE LA CONFORMITÉ DANS LES  
ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS**

**31. Expression de la confiance.** L'information, la confiance et la transparence sont les concepts clefs auxquels les entreprises attachent une importance considérable. La crise de confiance dans le système bancaire s'est accrue depuis les dérégulations et déréglementations conséquentes des années 1980 et l'institution d'un nouvel ordre économique mondial basé sur la globalisation des échanges et le courant économique du néo-libéralisme. Les flux commerciaux, mais aussi financiers, se sont développés à travers le monde grâce à l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Le contexte de terrorisme, de son financement mais aussi du blanchiment de capitaux et de l'évasion fiscale qui en sont des corollaires, coûtent des milliards d'euros aux Etats. Ces investissements comprennent non seulement la lutte contre cette délinquance nouvelle qui doit être menée afin d'assurer la sécurité des citoyens, mais également la garantie d'une économie saine et d'une redistribution des richesses équilibrée au plan mondial, régional et Etatique. La traçabilité des flux financiers est devenue un élément fondamental de la lutte contre la délinquance financière internationale.

**32. Développement de la délinquance financière.** Les délits de fraude fiscale, de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme étant des infractions dissimulées, les Etats ont la plus grande difficulté à tracer et à contrôler les flux douteux. C'est ainsi qu'ils ont pris le parti de déléguer le contrôle de ces flux sur les acteurs privilégiés des transactions financières : les établissements financiers. Dès lors, s'est développée dans les années 1990 une nouvelle pratique : la compliance. L'autre raison du développement de ce contrôle de conformité interne à l'entreprise consiste dans la volonté d'anticiper la création de risque, qu'il soit économique, financier ou juridique. Le risque pénal représente la crainte majeure des entreprises puisqu'il a pour conséquence une atteinte à la réputation et à l'image de l'enseigne en cas de publication du jugement et de diffusion de l'information par les médias. C'est dans le but d'éviter ce genre d'atteinte que les entreprises d'investissement mais aussi les entreprises cotées sur un marché réglementé instaurent un contrôle interne qui met en place des process à respecter. Ce dernier

intervient à partir de l'anticipation des risques jusqu'au traitement de litige en interne afin d'éviter un risque de procédure judiciaire.

**33. La conformité des établissements financiers.** Générale pour les grandes entreprises cotées sur un marché réglementé, la conformité connaît une définition particulière en ce qui concerne les établissements financiers. Instaurée par un règlement CRBF<sup>114</sup> du 21 février 1997, cette définition de la compliance n'a cessé d'évoluer, entraînant plusieurs modifications au fil des années. Si la compliance est globale puisqu'elle évoque le traitement des risques financiers et juridiques en amont des difficultés, la conformité est un concept plus précis et n'a pas de définition légale établie. La règle de droit n'évoque qu'un risque de non-conformité à diverses règles hiérarchisées succinctement, et en dehors des classifications classiques du droit. Toutefois, la pratique évoque indistinctement les termes de conformité et de compliance. L'expression qui tend le plus à rapprocher ces deux concepts serait celui de conformité réglementaire<sup>115</sup>, la compliance étant une notion plus globale par son aspect multidimensionnel. Le terme de conformité dispose ainsi de définitions éparses et diversifiées<sup>116</sup>.

**34. Finalité de la conformité.** L'intérêt des entreprises pour la compliance est indéniable car elle rassure les investisseurs en fournissant une information exacte visant à accentuer leur confiance. Mais celle-ci a un coût et les sanctions qui sont issues d'un manquement de conformité s'échelonnent à différents niveaux, en fonction de la valeur de la norme transgressée. Les régulateurs, véritables représentants de l'ordre étatique sur les marchés, tiennent un rôle déterminant dans la mise en œuvre efficace de la conformité aussi bien dans un comportement *ex ante* que dans un comportement *ex post*. De surcroît, la

---

<sup>114</sup> Comité de la Réglementation Bancaire et Financière.

<sup>115</sup> C. ROQUILLY, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, n° 6, Novembre 2009, dossier 34.

<sup>116</sup> V. par ex. K. DUDZINSKA, B. MANIVIT, E. MARQUER, F. MORELLE, *Le guide pratique de la conformité*, coll. Cahiers financiers, Larcier Business, 2017 ; ou encore Les Editions Lamy ont une collection dont le titre est "Lamy Conformité ». On y trouve par exemple : C. COLLARD., C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *Risque juridique et conformité*, 2011, ou, V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *Codes de bonne conduite – Chartes éthiques*, 2012.

prévention est de l'essence même du concept de conformité, cela accentuant une démarche *a priori*.

Afin de déterminer l'importance pratique de la conformité, une analyse économique de ce mécanisme s'avère efficace et offre la possibilité d'en corriger certains défauts.

Dans le cadre de cette première partie, il s'agira de s'intéresser à ce que recouvre le concept de contrôle de conformité, de son acception à son essence et sa réalisation. Ce concept étant relativement récent et issu de la pratique, l'on pourrait penser qu'il n'est que juridiquement peu encadré. Pourtant, des textes à la fois nationaux et internationaux viennent donner toutes les précisions nécessaires à la compréhension de son environnement juridique. D'origine anglo-saxon, la conformité, dite compliance, a bénéficié par un effort de conceptualisation, d'une acculturation à la culture juridique continentale (TITRE 1<sup>er</sup>).

Cette conformité portant à la fois sur la norme pénale et sur la norme administrative, souvent considérée comme étant quasi pénale, est certes récente mais doit sans cesse évoluer afin de répondre à sa finalité première : la sauvegarde de la réputation de l'entreprise en évitant le contentieux. Des moyens spécifiques sont mis en œuvre afin de cartographier les risques les plus importants mais qui ont un coût certain pour l'établissement financier. Dès lors, l'appréhension des mécanismes de *soft law* par la conformité participe à l'objectivation et à la concrétisation de cette dernière (TITRE 2).

# TITRE 1. Conceptualisation de la conformité

---

**35. Contexte.** Il paraît difficile d'aborder pleinement le concept de conformité dans les banques et chez les prestataires de service d'investissement sans avoir fixé au préalable son cadre d'étude. En effet, les crises financières successives ont donné lieu à un mouvement cyclique de régulation, si ce n'est de réglementation, au sein des établissements financiers. Ce phénomène résulte de plusieurs facteurs et impacte de façon transversale l'ensemble des secteurs de la banque. Le contrôle interne n'est qu'une partie de cet ensemble, partie sans laquelle le reste de la politique de conformité ne peut être appliquée de façon effective. Conceptuellement, c'est « *un dispositif fonctionnel qui doit améliorer l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise en le rendant plus rapide, plus léger, plus efficace et d'une certaine façon plus sûr* »<sup>117</sup>.

**36. Une nécessité commune.** La conformité est l'affaire de tous dans les entreprises et *a fortiori* dans les entreprises financières. Elle a des conséquences directes sur ses finances, des conséquences sur les éventuels litiges d'ampleur qui pourraient naître de dysfonctionnements non détectés par le contrôle interne. Ces dysfonctionnements peuvent heurter, éroder l'image et la réputation de l'entreprise, et ainsi avoir un impact non négligeable sur la confiance des investisseurs qui ne souhaiteront plus investir autant dans l'entreprise. Ce manque de confiance dans l'entreprise peut donc entraîner la réduction du cours des changes qu'elle pourrait posséder dans un indice boursier de type CAC 40 par exemple. Et si les finances de l'entreprise ne sont plus suffisantes pour apporter les fonds dévolus au secteur de la recherche et du développement, l'entreprise prend le risque de perdre des parts de marché face à ses concurrents et donc d'alourdir ses pertes financières. D'autres conséquences sont donc à prévoir du point de vue des relations

---

<sup>117</sup> A. FELIX, « Le contrôle interne : le concept », *LPA*, 12 avr. 2007, n° 74 p. 5.

contractuelles avec des fournisseurs et des clients, en France et à l'international. Le point ultime serait, comme c'est le cas en pratique, la diminution de la masse salariale afin de compenser ces pertes financières. Des conflits sociaux résultent la diminution de la confiance des tiers envers l'entreprise, la naissance d'une crise de l'entreprise qui, si elle n'est pas résorbée à temps, peut entraîner la dissolution de la société. Cette chaîne de conséquences, vulgairement représentée ici en raison de son énoncé caricatural, n'en reste néanmoins que bien réel et plusieurs cas peuvent être cités en exemple dans les années « dures » de la crise financière entre 2008 et 2011. La chute de grandes entreprises entraînant souvent des faillites en cascade, notamment en ce qui concerne les sous-traitants. Le risque n'étant pas de ce type dans le secteur financier, il ne faut néanmoins pas éluder le fait que le système bancaire et financier constitue le lien entre l'économie financière et l'économie réelle. Par son rôle d'intermédiation, la banque participe pleinement à l'économie réelle en transformant les dépôts de fonds des clients en moyens de financement des entreprises. La stabilité de l'économie dépend donc de la stabilité de ses banques.

**37. *Questionnement sur le risque systémique.*** La question des causes de ce risque systémique tend alors à se poser. La solution tient en réalité en une autre problématique : comment gérer les risques pouvant atteindre l'entreprise ? En d'autres termes, comment déterminer les éléments qui peuvent faire courir un risque à l'entreprise, quelle est la nature de ces risques et comment peut-on, sinon les éviter, tout du moins les limiter ?

Le périmètre des concepts de compliance, de conformité et de contrôle interne sont relativement flous. C'est donc pour cela qu'il est nécessaire d'observer leur évolution au fil de ces dernières années. Si le contrôle interne semble être un ensemble plus vaste que celui de la conformité, les fondements juridiques encadrant une conformité pluridisciplinaire sont épars. L'extension des exigences liées à la conformité est corroborée par la multitude des sources normatives l'encadrant (Chapitre 1).

La conformité entendue au sens de conformité aux normes juridiques, est définie négativement par les pouvoirs publics. Appliquée au droit bancaire, cela correspond à ce

que la doctrine nomme « *la conformité réglementaire* » dont le contenu diffère en fonction de l'autorité qui fixe les normes. Dès lors, se remarque un confinement du périmètre de la conformité au risque de non-conformité (Chapitre 2).





## Chapitre 1. Extension d'une exigence de conformité

---

**38. *Etiologie du concept de conformité.*** La conformité est un concept récent et extrêmement malléable. Comme tous les instruments issus de la pratique, son acception est largement fonction du domaine dans lequel elle est utilisée. Sa conceptualisation relève donc avant tout d'un travail sur sa définition large et de sa traduction issue du droit anglo-saxon. Bien qu'une définition globale de la conformité existe, celle appliquée aux établissements financiers est particulière en ce qu'elle est large et recouvre tous les pans de l'entreprise. Visant à limiter l'application de règles répressives à l'encontre de la société, la conformité fait l'objet d'études pluridisciplinaires qui permettent de mieux appréhender ses enjeux au regard de la matière pénale (Section 1).

**39. *Approche multidimensionnelle de la conformité.*** Du point de vue normatif, la conformité, que l'on pourrait qualifier de conformité appliquée, est évoquée de façon négative par un règlement CRBF 97-02 puis par un arrêté du 3 novembre 2014. Le contenu de la définition du « *risque de non- conformité* » est dense en ce qu'il fait référence à toutes les normes pouvant interférer avec l'entreprise, aussi bien au plan international et national qu'au plan de l'entité juridique elle-même. La conformité est une partie de ce que l'on nomme « *contrôle interne* » dans les entreprises. Cette structure a pour objectif d'anticiper les risques, qu'ils soient financiers, juridiques ou économiques. Ainsi, la conformité doit être regardée à la lumière d'autres organes de la société en dehors de la simple fonction conformité. Cela incite à approcher la conformité de manière multidimensionnelle et d'en analyser les éléments qui restreignent alors son périmètre (Section 2).

## ***Section 1. Les enjeux de la conformité au regard de la matière pénale***

---

Objet d'analyses pluridisciplinaires, la conformité comme forme d'autorégulation est particulièrement observée par le prisme de la sociologie criminelle. En outre, ce sont les causes de son avènement en tant que concept qui sont étudiées par la sociologie criminelle, et plus particulièrement la dérégulation du système financier et la catégorisation des délinquants financiers comme producteurs de crises financières (Paragraphe 1).

Les établissements financiers bénéficient d'une définition plus précise de ce qu'est la conformité. Etant considéré en pratique comme étant à la fois de la conformité et de la compliance, le contrôle interne des organismes financiers bénéficie d'un cadre juridique mis à jour régulièrement, aux contours plus ou moins définis, afin d'appréhender ces nouvelles exigences du monde des affaires. Un cadre précis a été fixé afin d'établir les contours du contrôle interne bancaire et financier (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La conformité appréhendée par la sociologie criminelle**

La réalité du concept de conformité doit s'analyser au regard de l'histoire économique et financière de ces derniers siècles, des conflits judiciaires et médiatiques dans lesquels des institutions financières se sont retrouvées impliquées. La géopolitique du crime, et plus particulièrement du crime financier, fonde un nouvel ordre mondial auquel les établissements financiers ont su s'adapter. Les acteurs impliqués, quant à eux, sont les établissements financiers, avec bien souvent la complicité d'auditeurs externes.

Le système économique capitaliste fondé sur le libéralisme, et désormais le néo-libéralisme, engendre des comportements frauduleux de la part de ses acteurs. La sociologie et la criminologie se sont intéressées à ces dérives qui ont engendré une réaction forte des institutions et des acteurs de marché : la mise en place de conformité interne. La conformité est le siège d'une nouvelle autorégulation bancaire et financière (A). La catégorisation des délinquants d'affaires et l'érection du concept d'habitus criminogène d'élite permettent de mieux comprendre les dérégulations et déréglementations engendrées au cours du XXe siècle (B).

#### **A. Contexte historique et géopolitique de l'émanation du contrôle de conformité**

**40. Phénomène de balkanisation post-guerre.** Le comportement frauduleux de certains sujets est inhérent à tout système économique, peu importe son idéologie. Les fraudes ont toujours été l'apanage d'individus dont l'unique dessein est de maximiser leur profit au détriment des autres acteurs, cela en l'absence totale d'éthique professionnelle et personnelle. Historiquement, les deux grandes guerres mondiales furent totales en ce sens qu'elles ont entraîné une balkanisation de certains espaces géographiques. En d'autres termes, à la suite de ces évènements, des Etats ont été morcelés, fragmentés sans tenir compte des incidences que cela pouvait avoir sur les ressortissants de ces nations. Ce morcellement subi et soudain a attisé les tensions entre ces nouveaux Etats. Le traité de Versailles du 28 juin 1919, négocié pour la France par « *le Tigre* » devenu « *le Père la victoire* » Georges Clemenceau, a fait monter les tensions entre les belligérants. Principale cause de la seconde guerre mondiale<sup>118</sup>, la balkanisation s'est poursuivie à la fin de la Guerre froide avec l'éclatement du bloc soviétique, puis l'éclatement des pays du Balkan. Ce morcellement des identités engendre une montée du crime organisé. Des dictatures

---

<sup>118</sup> Certains historiens ont une opinion divergente.

sont également l'apanage de fraudes massives, la « kleptocratie »<sup>119</sup> faisant règne céans. Dans ce système, les gouvernements accaparent les richesses du peuple, ce qui crée des tensions internes et développe la criminalité.

**41. Les Etats face à la criminalité interne et externe.** Dans un affrontement bloc contre bloc, la guerre froide ne fut pas sans conséquences sur la légitimité et les pouvoirs que détiennent les Etats. Depuis les années 1970 et des vagues d'ultra-libéralisme successives, les Etats se sont désengagés d'une partie du contrôle de l'économie. Un transfert de pouvoir s'est opéré entre les Etats et les structures de marché qui sont des acteurs non-étatiques. Le corollaire de ce transfert de pouvoir est l'affaiblissement des Etats, se traduisant par une perte de souveraineté. Monsieur GAYRAUD caractérise désormais les Etats comme des « fictions courtoises »<sup>120</sup>. Dès lors, ceux-ci se criminalisent de l'intérieur ou de l'extérieur, ils deviennent captifs voire criminels. La privatisation de l'Etat le rend vulnérable aux criminels qui peuvent l'intégrer mais aussi développer des pratiques que l'Etat n'aura plus la possibilité de réguler. Ces Etats cacochymes se laissent alors pénétrer par le crime organisé, des mafias de toutes sortes. C'est alors que se développent dans diverses parties du globe terrestre des mafias de tous genres, certaines plus ethniques que d'autres. L'on voit apparaître les triades chinoises, les yakuzas japonais très influents, les triades albanaises. Plus proches de la France, les mafias sud-italiennes telles que la *Cosa nostra*, la *Camorra* sont les plus importantes et les plus influentes.

**42. Délinquance de la classe des élites.** La lutte contre cette criminalité organisée est rendue difficile par des frontières très poreuses entre milieu politique et milieu des affaires. En effet, les criminels des mafias s'intègrent au monde des affaires et corrompent les politiques pour obtenir des marchés et autres avantages anti-concurrentiels. De cette liaison incestueuse naît une nouvelle forme de criminalité qui tend à prendre une ampleur

---

<sup>119</sup> Concept évoqué par J.-F. GAYRAUD : J.-F. GAYRAUD, F. THUAL, *Géostratégie du crime, des flux criminels géants : vers une géo-économie du crime ?*, éd. Odile Jacob, 2012, p. 99. Terme issu du latin « *kratos* » qui signifie le gouvernement et de « *kleptos* » qui désigne le vol.

<sup>120</sup> J.-F. GAYRAUD, F. THUAL, *Géostratégie du crime, des flux criminels géants : vers une géo-économie du crime ?*, op. cit., p. 57.

proportionnelle au libéralisme économique : une convergence entre la criminalité en col blanc et la criminalité organisée. Cette hybridation est fortement nuisible puisqu'elle tisse des liens criminels entre les élites politiques, entrepreneuriales, et la criminalité d'affaires. La perversité de cette coalition effrite l'Etat, qui est attaqué de l'intérieur et de l'extérieur, cela n'étant pas sans incidence sur la découverte des phénomènes criminels et leurs poursuites. La classe dominante dont fait partie l'élite politique et entrepreneuriale bénéficie, par son imbrication, de la possibilité de développer des pratiques frauduleuses en toute discrétion. La multiplication des forces et des savoirs dans divers univers autorise un regroupement de capacités déterminantes à la réalisation du « *crime parfait* », c'est-à-dire celui qui maximise le profit de chaque auteur tout en limitant à peu de chagrin les risques de découverte. Ces classes dominantes usent du droit de façon stratégique et font appel à des intermédiaires afin de s'assurer du succès de l'opération criminelle escomptée. Les intermédiaires financiers et notamment les banquiers<sup>121</sup> sont les relayeurs privilégiés de cette criminalité « *infiltrée* ». Pour parvenir insidieusement à réaliser ces actes criminels, les établissements financiers ont développé des techniques et des savoir-faire rendant opaques les opérations douteuses. Pour ce faire, ils usent d'instruments offrant confidentialité et dématérialisation des flux financiers tels que les comptes numérotés. Ces derniers sont notamment indiqués pour réaliser de la fraude fiscale et du blanchiment de fraude fiscale.

**43. Vecteurs de la criminalité financière.** Dès lors, les établissements financiers sont un des vecteurs de cette criminalité en col blanc organisée, agissant en tant qu'intermédiaire de choix dans les placements illicites et peu traçables. Ce comportement criminogène des banques est le fruit de l'incitation permissive de la règle des « 3 D » mise en œuvre dans les années 1970-1980. Sous l'impulsion de Ronald Reagan aux Etats-Unis et de Margareth Thatcher en Grande-Bretagne, une vague libérale a envahi les principaux Etats du Vieux continent notamment. Ce mouvement s'est traduit par l'application d'une

---

<sup>121</sup> T. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Le capitalisme clandestin : l'illusoire régulation des places offshore*, Paris, la Découverte, 2004, p. 59.

déréglementation financière, d'une dérégulation importante des institutions financières et enfin d'une désintermédiation massive. En d'autres termes, la finance se trouve en proie à des investisseurs recherchant l'ultra-profit, ces derniers bénéficiant d'un affaiblissement des règles encadrant les intermédiaires financiers. Cette libéralisation est criminogène par essence puisqu'elle offre plus de liberté aux acteurs en réduisant le champ de contrôle et les interventions coercitives de l'Etat. Cette anomie<sup>122</sup> financière offre une incitation à la commission d'infractions aux acteurs ayant une attitude peu éthique. Ainsi, « *la criminalité profite de la mondialisation et de la déréglementation générale* »<sup>123</sup>.

**44. Loi de Gresham.** Une analogie est réalisable entre économie et sociologie par le biais de la loi de Gresham. Selon ce précepte, « *la mauvaise monnaie chasse la bonne monnaie* ». Appliquée à l'économie capitaliste, les acteurs au comportement frauduleux prennent le pas sur ceux qui conservent un comportement honnête et éthique. Cette situation est favorisée par un déclin certain des standards éthiques et la capacité de certains sujets à violer les règles légales<sup>124</sup>.

Il s'agit désormais d'étudier au plan sociologique et criminologique ce qui pousse les élites de la finance à dévier vers des comportements frauduleux.

## **B. Un habitus criminogène inhérent aux élites du capitalisme dérégulé**

**45. Un habitus de classe.** Pierre Bourdieu a développé un concept fondateur qui offre des possibilités d'analyses intéressantes au plan criminologique : l'habitus. L'habitus est « *un ensemble de dispositions durables, acquises, qui consiste en catégories d'appréciation et de jugement et engendre des pratiques sociales ajustées aux positions sociales. Acquis au cours de la prime éducation et des premières expériences sociales, il reflète aussi la*

---

<sup>122</sup> Au sens d'Emile Durkheim.

<sup>123</sup> N. PONS, *Cols blancs et mains sales. Economie criminelle, mode d'emploi*, éd. Odile Jacob, 2006, p. 19.

<sup>124</sup> R. J. SHILLER, *Irrational Exuberance Currency Doubleday*, Crown Business, 2<sup>ème</sup> éd., 2006.

*trajectoire et les expériences ultérieures : l'habitus résulte d'une incorporation progressive des structures sociales* »<sup>125</sup>. Bourdieu appliquait notamment ce concept aux classes sociales, caractérisant ainsi un habitus de classe<sup>126</sup> en fonction des valeurs et pratiques intégrées par une classe sociale déterminée. Appliqué aux phénomènes criminels, l'habitus semble trouver un intérêt certain. Ainsi, les élites criminelles de la finance auraient acquis par leur origine sociale et leur statut des valeurs dont ils sont imprégnés. La ploutocratie déforme les valeurs des classes les plus aisées, déformant par la même les valeurs dont ces élites se sont imprégnées. Un habitus criminogène aurait tendance à infiltrer les classes sociales les plus aisées. Deux phénomènes semblent corroborer cette analyse : la constante organisation ploutocratique de la société, vestige de l'Ancien Régime, mais également l'infléchissement des fonctions régaliennes de l'Etat qui ont permis le rapprochement des élites intellectuelles et des élites criminelles.

**46. Perpétuation d'une organisation ploutocratique de la société.** En premier lieu, la ploutocratie correspond à un « système dans lequel le pouvoir politique est dévolu aux détenteurs de la richesse »<sup>127</sup>. Par extension, il s'agit d'un système dans lequel le pouvoir appartient aux financiers<sup>128</sup>. Cette prédominance est évidemment préjudiciable en ce sens que des connivences vont apparaître entre les milieux politiques et financiers, afin de rendre plus fluides et moins traçables les flux d'argent sale. Cette criminalité est insidieuse en ce sens que les fraudes réalisées sont souvent cachées du grand public, et ne se révèlent à lui que lorsqu'une personne donne l'alerte. Afin de se défendre de commettre de telles actions, les criminels en col blanc usent de divers procédés qui ont fait l'objet de théorisations sociologiques. Notamment, sont exploitées les théories des « pommes pourries » visant à déterminer un bouc émissaire parmi les cadres afin d'éluder tout soupçon envers la hiérarchie, ou encore les théories de la normalisation de la déviance et

---

<sup>125</sup> <https://sociologie.revues.org/1200>.

<sup>126</sup> P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, éd. Les éditions de Minuit, 1984, p. 75. Accessible en ligne : [https://monoskop.org/images/4/47/Bourdieu\\_Pierre\\_Questions\\_de\\_sociologie\\_2002.pdf](https://monoskop.org/images/4/47/Bourdieu_Pierre_Questions_de_sociologie_2002.pdf)

<sup>127</sup> <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ploutocratie/61759?q=ploutocratie#150760>.

<sup>128</sup> J.-F. GAYRAUD, *Le nouveau capitalisme criminel*, op. cit., p. 90.

d'une mise en œuvre sélective des lois<sup>129</sup>. Finalement, une forme « d'irresponsabilité structurelle » se dessine, les infracteurs issus de la bourgeoisie évoluant dès lors à l'intérieur d'un cadre juridique qui leur est totalement dévoué<sup>130</sup>. Les institutions ne peuvent alors plus exercer leurs missions de protection de l'ordre public puisqu'elles sont gangrénées de l'intérieur.

**47. Rapprochement des élites intellectuelles et criminelles.** Un rapprochement des élites intellectuelles et des élites criminelles tend à s'affirmer, celui-ci étant la cause d'un métissage criminel. En effet, des zones grises de délinquance se sont formées en France depuis plusieurs années. Le rapprochement des sphères de l'économie, de la finance légale et des marchés criminels opère un rapprochement des élites intellectuelles et des élites criminelles<sup>131</sup>. Les élites intellectuelles peuvent notamment comprendre les professionnels du chiffre et du droit, les chefs d'entreprises, les notables et toute autre personne politiquement exposée. La conséquence en termes de déviance est l'incitation, par ce rapprochement, à l'accroissement des risques de corruption, de conflits d'intérêts, de trafic d'influence et surtout de blanchiment de capitaux impropres. Comme le conceptualise Sutherland, le crime en col blanc comprend quatre caractéristiques principales : l'origine sociale des auteurs, la commission des déviations au cours de l'exercice professionnelle, la nature non violente et dissimulée des déviations et la faible visibilité sociale et judiciaire de ces actes<sup>132</sup>. Cet auteur visionnaire a pu conceptualiser ces pratiques par une analyse empirique de l'Amérique des années de crise, c'est-à-dire dès 1929. En effet, il y a découvert les « barons voleurs » qui furent à l'origine du jeudi noir ainsi que la criminalité en col blanc issue de la « bourgeoisie criminelle ». Tous ces éléments permettant de déterminer une catégorie particulière de délinquants : les criminels de l'ombre. Ils usent de leurs compétences et des facilités que leur permette leur

---

<sup>129</sup> L. FINES *Les crimes en col blanc. Théories, stratégies de défense et mouvements du pouvoir*, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2011, p. 33.

<sup>130</sup> L. FINES, *op. cit.*, p. 67.

<sup>131</sup> J.-F. GAYRAUD, F. THUAL, *Géostratégie du crime*, *op. cit.*, p. 211.

<sup>132</sup> J.-F. GAYRAUD, *Le nouveau capitalisme criminel*, *op. cit.* p. 33.



emploi afin de commettre les infractions. Comme le mentionnent deux auteurs spécialistes des problématiques relatives à la délinquance d'affaires, « *une des particularités des élites est de se considérer comme supérieures aux autres, mais aussi comme nécessaires au bon fonctionnement de la société. Elles fournissent de l'emploi, financent des aides caritatives de toutes sortes et sont nécessaires à la création de la richesse nationale. Elles sont en quelque sorte au-delà des finalités ordinaires, elles le surplombent [...] les enfants des élites questionnent et contestent souvent l'autorité. Ils mettent en cause les réprimandes, négocient avec les figures d'autorité et demandent des traitements de faveur. Ils outrepassent facilement les jugements et ont déjà conscience qu'ils bénéficient d'un statut particulier. [...] la déviance, [...] devient ainsi une conduite normale qui n'a pas besoin d'être neutralisée. La loi s'adresse aux autres, non à elles, sauf quand elles y trouvent un avantage* »<sup>133</sup>. Les élites façonnent donc une société par des institutions conçues par eux et pour eux. Le cadre juridique leur étant favorable, leur statut social les rendant légitimes aux yeux du peuple, les actes criminels qu'ils commettent passent inaperçus. Seuls les membres de ce microcosme élitiste sont en mesure d'observer l'ampleur de cette délinquance si particulière.

**48. Caractérisation de l'impéritie étatique.** L'infléchissement des fonctions régaliennes de l'Etat a pour conséquence directe une impunité menaçante. La justice n'a plus les moyens de poursuivre les délinquants, voire même de les sanctionner. Parfois, l'absence de poursuite résulte d'un choix rationnel fondé sur un calcul économique suivant : la différence entre le coût de l'enquête et le résultat obtenu. L'impunité étant la meilleure incitation à récidiver, les criminels n'ont plus de crainte quant aux prononcés de peines à leur encontre et cela développe l'ampleur des fraudes commises. C'est ce que l'on dénomme « *l'impéritie Etatique* ». D'autres sociologues classent les infracteurs d'affaires en fonction de leur finalité. Ainsi, les déviances concernent aussi bien des groupements criminels que des agents individuels. Les groupements criminels sont connus du grand

---

<sup>133</sup> P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes, De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, éd. Armand Colin, 2014, p. 157.

public, bien qu'ils agissent dans l'ombre la plupart du temps. Il s'agit des mafias, des bandes organisées et des sectes. Les auteurs pris en tant qu'individualité peuvent tenir de cinq catégories différentes. Il peut s'agir des « affairistes » comme le fût Charles Ponzi, les « *entrepreneurs* », les « *escrocs sociaux* » et les « *joueurs* » comme Jérôme Kerviel<sup>134</sup>. Ces deux types d'action criminelle, qu'ils soient envisagés individuellement ou collectivement, participent à la continuation des théories de criminels en cols blancs de Sutherland.

---

<sup>134</sup> F. COMPIN, *Approche sociologique de la criminalité financière*, Thèse 2013 Evry Val d'Essonne, p. 151.

## **Paragraphe 2. Un cadre de conformité spécifique aux établissements de crédit**

La compliance correspond, dans l'esprit du législateur, à conformisme global de l'entreprise. Elle comprend un ensemble de normes juridiques afférant à des risques à éluder. Ces risques sont d'ordre économique, financier et juridique. Cependant, la conformité est un concept éminemment juridique, c'est-à-dire qu'il a été créé afin de donner un cadre global à respecter, chaque risque mentionné formant une parcelle des risques globaux, et chaque risque étant sanctionné individuellement par ailleurs. La conformité au sens strict du terme correspond à une partie seulement de ce que l'on pourrait nommer « le bloc compliance » ou encore « bloc de conformité ». En effet, le risque de non-conformité est un élément de la compliance qui regroupe tous les autres risques puisque le périmètre d'application est tellement large qu'il comprend la conformité aux lois et règlements. Or, c'est bien un règlement qui impose la maîtrise de tous ces risques, donc la conformité est une part de la compliance tout en l'englobant (A). La compliance se retrouve aussi bien dans le domaine bancaire et financier que dans le secteur des entreprises de taille importante. En France, elle a plutôt tendance à être nommée « *contrôle interne* » ou encore « *conformité* » et se trouve être mise à jour régulièrement par le pouvoir étatique en fonction des évolutions économiques. Réalisant une importante réforme substantielle en 2014, le système juridique français se dirige alors vers un droit de la conformité bancaire et financière (B).

## **A. Création d'un bloc de conformité**

**49. Définition négative de la conformité bancaire.** En matière bancaire et financière, la conformité a été définie en 1997 mais de façon négative, le texte évoquant simplement un risque de non-conformité. Il s'agit à présent de définir ce qu'est le contrôle de conformité. Dès 1990, un texte évoquait l'obligation pour les organismes financiers de respecter le contrôle d'opérations afférant à la lutte contre le blanchiment de capitaux<sup>135</sup>. L'appellation du service de conformité dans les établissements financiers varie de celle des sociétés cotées. La fonction de compliance y est nommée contrôle interne. Cette cellule doit faire respecter au sein de la banque les règles de sécurité financière qui, pour la plupart, sont émises par l'Union Européenne et reprennent les recommandations du comité de Bâle et du contrôle bancaire<sup>136</sup>.

**50. Création du comité de Bâle.** Après l'effondrement des bénéfices des accords de Bretton Woods de 1944 sur le management des taux de change, les marchés financiers ont été tourmentés et un grand nombre de banques ont subi d'importantes pertes financières sur le marché des devises étrangères. L'autorité de régulation bancaire allemande a retiré l'agrément de la banque Bankhaus Herstatt lorsqu'elle s'est aperçue que cette dernière avait perdu plus de trois fois le montant de son capital sur le marché du change. D'autres banques étrangères qui avaient des avoirs dans la banque allemande ont subi de lourdes pertes et cela a provoqué des faillites en cascade. Les autorités de régulation bancaire mondiale se sont rendues compte de l'importance des fonds propres des banques et des limites à poser dans les sommes qu'elles peuvent engager sur les marchés financiers. Dès lors, les gouverneurs des banques centrales des Etats composant le G10 ont décidé de former un groupe chargé de la supervision et de la régulation des établissements financiers

---

<sup>135</sup> Règlement 90/08 du Comité de la Réglementation Bancaire et Financière.

<sup>136</sup> En anglais *Basel Committee on Banking Supervision*.

afin de ne plus voir réapparaître une panique financière telle que vécue sur les marchés à cette période. Ce sont ces conclusions qui ont donné naissance au comité de Bâle à la fin de l'année 1974.

**51. Absence de force contraignante des recommandations.** Le Comité de Bâle émet des avis et recommandations ayant une force contraignante peu intense mais la légitimité de ses membres fondateurs fait que les travaux entrepris et ces recommandations sont toujours applicables. Le premier accord de Bâle fut entériné en 1988, accord dit Bâle I<sup>137</sup>. En 2004, un accord dit de Bâle II<sup>138</sup> voit le jour afin de corriger les défauts et manquements de Bâle I. Bâle III est intervenu après la crise avec différentes réformes qui seront évoquées plus en avant dans les développements<sup>139</sup>. Brièvement, le comité de Bâle crée des normes, pour la plupart comptables, qui sont ensuite intégrées au droit régional ou interne afin que chaque pays du globe applique ces derniers. La finalité étant d'assurer une sécurité financière aux établissements financiers en leur imposant un ratio de fonds propres à respecter afin de ne pas engager de façon irresponsable l'établissement sur les marchés financiers. *A fortiori*, cette sécurité est étendue par voie de conséquence aux investisseurs mondiaux. Le premier ratio créé par ce comité d'experts fut le ratio Cook<sup>140</sup>. Ce ratio de solvabilité bancaire imposait aux établissements de garantir un minimum de capitaux propres.

**52. Intégration des recommandations aux normes européennes.** Nombre de recommandations ont été reprises par le droit européen et ont, de ce fait, intégré l'ordre juridique interne français. On en retrouve l'essentiel dans le règlement « phare » du secteur bancaire : le règlement CRBF<sup>141</sup> 97-01 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Le pouvoir réglementaire

---

<sup>137</sup> Nom original : Basel I: the Basel Capital Accord.

<sup>138</sup> Nom original : Basel II: the New Capital Framework.

<sup>139</sup> Pour un historique complet avec le détail de chaque accord : <https://www.bis.org/bebs/history.htm>

<sup>140</sup> Du nom du directeur de la Banque d'Angleterre de l'époque, à l'initiative de la création du comité de Bâle.

<sup>141</sup> Comité de la Réglementation Bancaire et Financière.

en a fixé le périmètre (1), il a également listé un grand nombre de risques encourus par les entreprises soumises à ce texte de supervision prudentielle (2).

### 1. Origine et délimitation du concept de droit interne

**53. Origine.** En France, le pouvoir réglementaire en matière financière est exercé par le ministre de l'économie. Il est techniquement orienté par le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF)<sup>142</sup>. L'ancêtre du CCLRF, le Comité de la Réglementation Bancaire et Financière, est venu intégrer les normes du comité de Bâle afin de les rendre efficaces auprès de tous les établissements financiers. Pour ce faire, le CRBF a pris un règlement dit 97-02 du 21 février 1997 amenant à la connaissance des établissements financiers les mesures concernant la mise en place d'un contrôle interne.

**54. Organisation.** Ce règlement, modifié et complété à de nombreuses reprises<sup>143</sup>, est composé de sept chapitres. Le premier chapitre est extrêmement important puisqu'il présente les principes et définitions utilisés dans le règlement. Cela permet aux établissements de se repérer en fonction de leur organigramme, des appellations dont ils usent en leur sein et de ce qui est précisément attendu de leur part.

Le second chapitre a trait au système de contrôle des opérations et des procédures internes dans lequel sont expliqués les principaux processus que doivent respecter les établissements financiers en matière de compliance. Le troisième chapitre est relatif à l'organisation comptable ainsi qu'au traitement de l'information.

Les quatrième et cinquième chapitres sont relatifs à la mesure, la surveillance et la maîtrise des risques. Ces risques sont listés et définis. Des cellules spécifiques dédiées à

---

<sup>142</sup> Le CCLRF complète le Comité Consultatif du Secteur Financier (CCSF).

<sup>143</sup> Modifié par les arrêtés du 31 mars 2005, du 17 juin 2005, des 20 février et 2 juillet 2007, du 11 septembre 2008, du 14 janvier 2009, du 5 mai 2009, deux arrêtés du 29 octobre 2009, les arrêtés du 3 novembre 2009, du 19 janvier 2010, du 25 août 2010 et par l'arrêté du 13 décembre 2010.

la gestion des risques sont existants dans les établissements financiers afin d'anticiper tout risque de crises qui pourrait devenir systémique. Le cas de l'externalisation, c'est-à-dire le traitement de dossiers avec ou par des intermédiaires fait l'objet d'un contrôle particulier.

Enfin, les deux derniers chapitres concernent les dispositions diverses et le rôle des organes exécutif et délibérant de l'entreprise assujettie et de la Commission bancaire. Toutefois, il faut noter que la Commission Bancaire<sup>144</sup> n'existe plus puisqu'elle a été remplacée par l'actuelle Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)<sup>145</sup>. L'ACPR est désormais l'autorité de supervision en charge du contrôle du respect des procédures de management des risques mis en œuvre par les entreprises. Ce contrôle est dense puisque les risques qui doivent être anticipés et prévenus sont nombreux.

## 2. Les risques encourus

Les risques encourus par les établissements financiers consistent notamment en des risques financiers (a) et des risques semi-juridiques (b).

### *a. Les risques financiers*

---

<sup>144</sup> Elle a fusionné avec l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, le CECEI et le Comité des entreprises d'assurances Loi de Modernisation de l'Economie dite LME n° 2008-776 du 4 août 2008 (article 152). L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance a créé l'Autorité de Contrôle Prudentiel (l'ACP).

<sup>145</sup> Depuis la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

**55. Hiérarchisation.** Un ensemble de risques ont été mentionnés dans ce règlement. Ces derniers sont principalement liés aux marchés financiers. L'on y retrouve ainsi l'ensemble des risques financiers soulevés par le comité et qui en ont été son essence.

Une prévention du risque systémique était présente avant les grandes réformes européennes et nationales de ces dernières années. C'est ce que laisse transparaître la notion de « *plan de continuité de l'activité* ». Cela correspond à « l'ensemble de mesures visant à assurer, selon divers scénarios de crises, y compris face à des chocs extrêmes, le maintien, le cas échéant de façon temporaire selon un mode dégradé, des « prestations de services ou d'autres tâches opérationnelles essentielles ou importantes » (*Arrêté du 2 juillet 2007*) de l'entreprise puis la reprise planifiée des activités »<sup>146</sup>. Des « stress tests » sont régulièrement organisés sous l'égide de l'Autorité Bancaire Européenne afin de vérifier la solidité de l'assise financière de l'établissement de crédit<sup>147</sup>. Les résultats des banques françaises sont souvent scrutés avec intérêt par les économistes. Lors d'un test réalisé en juillet 2016, la banque italienne BMPS (Monte dei Paschi) avait été jugée insuffisamment apte à répondre aux simulations de crise créées par l'autorité bancaire européenne. Les évaluations s'étaient révélées bonnes puisque cette banque, dont 8,8 milliards d'euros de pertes liées aux créances toxiques de la crise des *subprimes*, a tenté vainement de se recapitaliser par le marché. L'Etat a dû intervenir à hauteur de 6,6 milliards d'euros pour éviter la faillite de la banque<sup>148</sup> mais également de prévenir un potentiel risque systémique. Les régulateurs européens interviennent à plusieurs degrés : *ex ante* en ce qui concerne la fixation de ratios prudentiels, *ex post* pour ce qui est du

---

<sup>146</sup> Article 4) j) du Règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

<sup>147</sup> [http://www.lesechos.fr/30/07/2016/lesechos.fr/0211171812423\\_stress-tests-bancaires---les-francaises-haut-la-main--monte-paschi-montree-du-doigt.htm](http://www.lesechos.fr/30/07/2016/lesechos.fr/0211171812423_stress-tests-bancaires---les-francaises-haut-la-main--monte-paschi-montree-du-doigt.htm)

<sup>148</sup> [https://www.lesechos.fr/05/05/2017/LesEchos/22439-120-ECH\\_1-inexorable-declin-de-monte-dei-paschi-di-siena.htm](https://www.lesechos.fr/05/05/2017/LesEchos/22439-120-ECH_1-inexorable-declin-de-monte-dei-paschi-di-siena.htm)



contrôle de l'application des recommandations des autorités de régulation par les établissements financiers.

**57. Risque des opérations de marché.** Une seconde catégorie comprendrait les risques principaux liés aux opérations de marchés. S'y retrouveraient le risque de marché, le risque de crédit, le risque de liquidité, le risque d'intermédiation, les pertes potentielles maximales, le risque de règlement et enfin le risque de concentration. Dans cette catégorie, le risque principal et dont les hautes instances financières mondiales sont les plus inquiètes, c'est bien le risque de liquidités. Défini comme « le risque pour l'entreprise assujettie de ne pas pouvoir faire face à ses engagements ou de ne pas pouvoir dénouer ou compenser une position en raison de la situation du marché », dans un délai déterminé et à un coût raisonnable », ici est visée la situation dans laquelle la banque ne peut exécuter ses engagements financiers en raison de la situation du marché. Cependant, le risque de liquidité comprend surtout en pratique la situation dans laquelle la banque ne peut subvenir à ses positions prises sur le marché en raison du manque de liquidité. Les prêts interbancaires ne sont plus suffisants pour lui permettre d'asseoir ses positions. Un autre exemple pratique est celui de la situation dans laquelle une bulle financière vient à exploser ou une annonce inquiétante de la situation économique d'une banque est transmise aux clients de celle-ci. Les épargnants décident alors de retirer en masse leurs liquidités afin de s'assurer de ne pas perdre d'argent sur les marchés financiers. C'est la pratique que les économistes nomment le « *bank run* ». Le cas échéant, les banques se retrouvent sans liquidités et ainsi dans une situation de vulnérabilité inquiétante. Pour peu que ce soit un groupe financier qui soit dans la tourmente, le risque passera dès lors à l'échelle systémique. L'exemple le plus poignant est celui du groupe Lehman Brothers qui ne parvenait plus à solder ses positions remplies d'actifs toxiques durant la crise des

*subprimes*. Elle a fait faillite au cours de l'année 2008, la Barclays ayant racheté la majorité de ses activités de courtage<sup>149</sup>.

**58. Les risques complémentaires.** Enfin, la dernière catégorie regrouperait l'ensemble des risques qui paraissent devoir subir un traitement différent au vue de leur nature comme le risque opérationnel, les activités externalisées, le risque résiduel, le risque de taux d'intérêt effectif global, le risque de règlement. Ici, ce sont les activités externalisées qui paraissent avoir une importance majeure en raison du phénomène de l'pe de l'information. En effet, la qualité de l'information que possède l'établissement financier n'est pas la même que celle que possède son intermédiaire. La relation de confiance doit donc être forte puisque les conséquences financières peuvent être non négligeables. Cet *intuitu personae* se doit d'être encore plus prégnant que les règles relatives à la conformité rendent l'établissement mandant responsable des actes du mandataire. Techniquement, ce sont « les activités pour lesquelles l'entreprise assujettie confie à un tiers, de manière durable et à titre habituel, la réalisation de prestations de services ou d'autres tâches opérationnelles essentielles ou importantes par sous-traitance au sens de la loi n° 75- 1334 du 31 décembre 1975, par démarchage au sens des articles L. 341-1 et L. 341-4 du code monétaire et financier susvisé, « par le recours aux agents liés tels que définis aux articles L. 545-1 et suivants du même code, par le recours aux agents définis aux articles L. 523-1 et suivants du même code ou par toute autre forme »<sup>150</sup>.

#### *b. Les risques semi-juridiques*

---

<sup>149</sup><https://www.nouvelobs.com/economie/la-crise-financiere/20080930.OBS3496/barclays-rachete-la-meilleure-part-de-lehman-brothers.html>

<sup>150</sup> Article 4) q) du Règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

**59. Le risque de non-conformité.** Le point principal de l'analyse de la conformité tenant à cette thèse est bien la conformité à la norme juridique. Celle-ci est définie précisément dans le règlement 97-02. Constitue un risque de non-conformité « 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 »<sup>151</sup>. Cette définition large sera étudiée en détails plus avant mais il est remarquable d'observer les sources auxquelles se réfère le texte. Des références à la *hard law* et la *soft law* y sont expressément mentionnées. Cela marque pour l'époque (fin des années 1990) une ouverture d'esprit importante en matière bancaire et financière. Cela est certainement dû au fait que le projet de réforme du code de commerce avait déjà débuté, consacrant légalement une multitude d'usages bancaires.

**60. Le risque juridique.** Le règlement 97-02 fait également mention du « *risque juridique* », lequel est défini comme étant « *le risque de tout litige avec une contrepartie, résultant de toute imprécision, lacune ou insuffisance susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre de ses opérations* »<sup>152</sup>. Cette définition du risque juridique est assez restreinte. En effet, il n'est fait référence qu'au risque de litige qui serait engendré par une erreur de type contractuelle au terme des opérations passées avec les contreparties. En théorie, l'erreur contractuelle consisterait en des imprécisions, lacunes et insuffisances pouvant générer un litige. En pratique, il s'agira d'une mauvaise rédaction de contrat, d'une inexécution ou bien encore d'une inexécution partielle du contrat pris avec la contrepartie. La multiplicité de contrats passés sur les marchés financiers réglementés est telle qu'une trame de contrats bien rédigés et précis sont nécessaires. C'est notamment

---

<sup>151</sup> Article 4) p) du Règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

<sup>152</sup> Article 4) k) du Règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

l'exemple des contrats à terme, avec options ou encore des prises fermes, dont les régimes et les conséquences financières sont sensiblement importantes en fonction des opérations engagées sur les marchés.

## **B. Vers un droit de la conformité bancaire et financière**

L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)<sup>153</sup> est venue modifier le contenu du règlement 97-02 en 2014. Il sera dès lors intéressant d'étudier les causes qui sont à l'origine de la modification du règlement (1) avant d'en étudier la substantielle réorganisation qui en a découlé (2). Enfin, l'étendue qu'offre ce nouveau corpus de normes sera analysé (3).

### 1. Cause et contenu de l'arrêté du 3 novembre 2014

**61. Origines de la réforme structurelle du 3 novembre 2014<sup>154</sup>.** La crise des *subprimes* de 2007 a fait réagir soudainement les grands pontes de la finance mondiale, les chefs d'Etat des pays membres du G-20<sup>155</sup>. La panique sur les marchés et le nombre de groupes bancaires nationaux et internationaux engagés dans la tourmente fut d'une telle ampleur que les membres du G-20 se sont réunis en urgence afin d'adopter un plan de relance. Ce dernier consistait entre autres à injecter des milliards de dollars afin de stabiliser la situation financière des banques en difficulté, créer des instruments financiers de reprise des actifs toxiques (des véhicules de support). En outre, le plan décide d'améliorer

---

<sup>153</sup> Autorité qui n'est pas considérée comme une autorité administrative indépendante depuis la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n°0018 du 21 janvier 2017.

<sup>154</sup> JORF n° 0256 du 5 novembre 2014 page 18598, texte n° 10.

<sup>155</sup> Le G-20 comprend les sept grands pays industrialisés — Allemagne, Canada, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie et Japon — plus l'Afrique du Sud, l'Arabie saoudite, l'Argentine, l'Australie, le Brésil, la Chine, la Corée du Sud, l'Inde, l'Indonésie, le Mexique, la Russie et la Turquie, ainsi que l'Union européenne, dont les 27 pays étaient représentés par l'Espagne.

l'efficacité de la régulation financière mondiale. Cela ne nécessite pas nécessairement une multiplication des autorités de régulation mais plutôt un accroissement des compétences de chaque autorité existante. A cela doivent être ajoutés des instruments permettant d'assurer la transparence et le respect d'une certaine éthique au sein de ces autorités de régulation et de supervision. Par exemple, il a été fait mention à plusieurs reprises du manque d'éthique professionnelle de la SEC<sup>156</sup>, autorité de régulation des marchés financiers américains<sup>157</sup> mais également des agences de notation.

**62. Réformes européennes consécutives à la crise des subprimes.** En Europe, l'Union Européenne a opéré des réformes importantes en matière financière et ce par un instrument : la CRD IV<sup>158</sup>. Suite aux innovations de la régulation bancaire communautaire, ce fut la première fois que l'UE utilisait un règlement en matière de normes prudentielles du secteur bancaire et financier issues de Bâle III. Le but étant d'harmoniser toutes les législations européennes car il s'applique directement. L'Autorité Bancaire Européenne a un fort pouvoir de normalisation afin d'apporter une assistance technique aux notions complexes usitées dans le texte. Elle apporte quelques améliorations par rapport à l'accord de Bâle 3 puisqu'il faut adapter le texte au marché européen : c'est, par exemple, le cas de la définition et du calcul des ratios de fonds propres ou encore les règles relatives aux liquidités.

**63. Réformes françaises consécutives à la crise des subprimes.** En 2014, la France a transposé deux directives applicables aux établissements financiers. D'une part, la directive dite « *CRD IV* »<sup>159</sup> faisant partie du « *paquet CRD IV* » puis la directive dite « *Ficod* »<sup>160</sup> ont été transposées en droit interne par divers procédés : l'ordonnance n°

---

<sup>156</sup> Security Exchange Commission.

<sup>157</sup> Explication complète dans le film « The Big Short » où les dérives morales de la SEC ainsi que des agences de notations sont comptées de façons précise et technique.

<sup>158</sup> Appelé « paquet CRD IV » et composé du Règlement UE n° 575/2013 et de la directive 2013/36/UE.

<sup>159</sup> Directive 2013/36/UE.

<sup>160</sup> Directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011.

2014-158 du 20 février 2014 et les décrets n° 2014-1315 du 3 novembre 2014 et n° 2014-1316 du 3 novembre 2014. Enfin, cette transposition a été complétée par sept arrêtés<sup>161</sup>.

L'arrêté qui nous intéresse plus précisément est celui du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumis au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Il vient abroger et remplacer le règlement CRBF 97-02 sur le contrôle interne. La première chose à remarquer est que ce texte ne provient pas de l'ACPR. Alors que le premier règlement émanait de la Commission Bancaire, cette seconde réglementation émane du gouvernement, certainement afin d'asseoir le rôle du contrôle interne et de la gestion des risques. Une autre raison à évoquer tient en ce que la Commission Bancaire devenue ACPR est dénuée de pouvoir réglementaire et n'assume que les missions qui lui ont été confiées par l'article L. 612-1 du code monétaire et financier c'est-à-dire assurer la stabilité du système financier ainsi que protéger la clientèle, sans compter sa coopération avec les autorités de régulation bancaire étrangères.

Ensuite, des ajouts et modifications ont été apportés au Règlement 97-01 afin d'intégrer de nouveaux risques financiers et systémiques issus des accords de Bâle III mais aussi d'améliorer l'efficacité du contrôle interne dans les établissements financiers.

---

<sup>161</sup> Arrêté du 3 novembre 2014 relatif à la surveillance complémentaire des conglomérats financiers.

- Arrêté du 3 novembre 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. - Arrêté du 3 novembre 2014 relatif aux coussins de fonds propres des prestataires de services bancaires et des entreprises d'investissement autres que des sociétés de gestion de portefeuille

- Arrêté du 3 novembre 2014 modifiant l'arrêté du 5 mai 2009 relatif à l'identification, la mesure, la gestion et le contrôle du risque de liquidité. - Arrêté du 3 novembre 2014 relatif à la surveillance prudentielle sur base consolidée. - Arrêté du 3 novembre 2014 relatif à l'agrément des établissements de crédit, des sociétés de financement, des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique.

- Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au processus de surveillance prudentielle et d'évaluation des risques des prestataires de services bancaires et des entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille.

## 2. Réorganisation des risques existants et nouveaux risques évoqués

**64. Réorganisation des risques.** L'arrêté du 3 novembre 2014 est venu apporter une modification substantielle dans l'approche des risques par l'entreprise. La « filière risques » ayant été ajoutée en 2010, afin d'élaborer une coordination complète des risques qui pèsent sur l'entreprise. Cette filière a été supprimée de cet arrêté au profit de la cellule de « la gestion des risques ». Cette dernière a pour mission de réaliser des contrôles réguliers à un deuxième niveau hiérarchique. En d'autres termes, elle travaille en étroites relations avec la conformité, la sécurité financière et le contrôle permanent et fait partie du premier niveau de supervision des risques dans l'entreprise.

**65. Approches permanentes et périodiques du contrôle de conformité.** Une autre approche importante à mentionner est la catégorisation de ce qui relève du contrôle permanent et du contrôle périodique. Déjà présente dans le règlement 97-02, elle est renforcée par cet arrêté afin de bien marquer la différenciation des fonctions de chaque organe de la gestion des risques.

**66. Ajout de risques complémentaires.** Les risques qui ont été ajoutés sont les risques de base, de dilution, de titrisation, liés au modèle, de levier excessif. D'autres risques ont vu leur définition et leur contenu modifiés tels que le risque de liquidité ou encore le risque de marché. Le régime interne de compliance a donc été mis à jour à la suite des dernières évolutions initiées par les experts du comité de Bâle. Des organes actifs du contrôle ont également été modifiés tels que le comité d'audit. Celui-ci est devenu le comité des risques. Aussi, les « organes exécutifs » ont été substitués par « les dirigeants effectifs » dont la définition est précisée à l'article 10 a) de l'arrêté du 3 novembre 2014. Par

conséquent, peu importe la forme juridique qu'a choisie l'entreprise, la notion de dirigeant effectif y sera nécessairement adaptable.

**67. Le risque de base.** Le risque de base est défini comme étant le « risque de pertes résultant d'une évolution de la valeur d'un contrat à terme sur un indice boursier ou d'un autre produit dérivé de cet indice boursier, non entièrement conforme à celle des actions qui le composent »<sup>162</sup>. Le risque de dilution est quant à lui « *le risque que le montant d'une créance se trouve réduit par l'octroi au débiteur de crédits, sous la forme de liquidités ou sous une autre forme* »<sup>163</sup>. Le risque de titrisation, issu directement du mécanisme qui a provoqué la crise de 2007, correspond au « *risque induit par les opérations de titrisation dans lesquelles l'entreprise assujettie intervient en qualité d'investisseur, d'initiateur ou de sponsor, y compris les risques de réputation tels que ceux survenant en liaison avec des structures ou des produits complexes* »<sup>164</sup>.

**68. Réaffirmation du risque systémique.** Autre risque, d'une importance considérable puisqu'il a été évoqué lors de la chute de la banque Lehman Brothers, c'est le risque systémique, défini comme suit : « *risque de perturbation du système financier susceptible d'avoir de graves répercussions négatives sur le système financier et l'économie réelle* »<sup>165</sup>. Le risque lié au modèle serait « *la perte susceptible d'être subie du fait de décisions pouvant être fondées principalement sur les résultats de modèles internes, en raison d'erreurs dans la mise au point, leur mise en œuvre ou leur utilisation* »<sup>166</sup>. Enfin, le risque de levier excessif représente le « risque de vulnérabilité d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement, résultant d'un levier éventuel pouvant nécessiter la prise de mesures correctives non prévues par le plan d'entreprise, y compris

---

<sup>162</sup> Art. 10 v).

<sup>163</sup> Art. 10 w).

<sup>164</sup> Art. 10 y).

<sup>165</sup> Art. 10 z).

<sup>166</sup> Art. 10 aa).



une vente en urgence d'actifs pouvant se solder par des pertes ou une réévaluation des actifs restants »<sup>167</sup>.

**69. Reprise du risque de non-conformité.** Le risque de non-conformité correspond au «*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* »<sup>168</sup>. Seul a été rajouté sur cette définition le concept d'orientation de l'organe de surveillance. Ce dernier est défini au b) de ce même article. Une différenciation est réalisée en fonction de la forme juridique de la banque et du type de banque auquel on se réfère. En d'autres termes, les précisions sont apportées en fonction du type de banque, mutualiste, publique ou privée, ainsi que du caractère moniste ou dualiste de la société. Ce sera donc soit le conseil d'administration, soit le conseil de surveillance qui aura la charge de donner les orientations des activités de la société. C'est en réalité un rappel inutile puisque l'article L. 225-35 du code de commerce fait déjà mention de ce rôle de l'organe de surveillance.

Le risque juridique, quant à lui, n'a pas été modifié et fait donc toujours référence à une inexécution totale ou partielle du prestataire de service d'investissement envers une contrepartie engendrant un litige ou un risque de litige.

**70. Mutation systémique et culture du risque.** L'ensemble de ces risques marque une véritable mutation de la relation que doit entretenir l'entreprise avec ses partenaires, ses salariés et les autorités de régulation. Le rôle de la banque au sein du système est déterminant pour éviter la survenance de catastrophe financière et économique. Une

---

<sup>167</sup> Art. 10 ab).

<sup>168</sup> Art. 10 p).

mauvaise application des principes évoqués ci-dessus pourrait causer, en fonction de leur intensité, un risque systémique impactant l'économie réelle. Dès lors, pour faire respecter ces règles visant à lutter contre les risques, il est nécessaire de faire fonctionner l'entreprise dans un mouvement de culture du risque afin que tous les salariés et administrateurs de l'entreprise soient concernés dans le but de faire prospérer le bien commun qu'est la banque. La prolifération de normes décriées depuis plusieurs années<sup>169</sup> offre une belle opportunité de développement de la cellule conformité des établissements financiers.

### 3. Périmètre de l'arrêté du 3 novembre 2014

**71. Définition du périmètre d'application.** Le règlement 97-02 et l'arrêté du 3 novembre 2014 qui est venu l'abroger prévoient le même périmètre d'application. Il est prévu dès le premier article du premier titre. Il vise en premier lieu les établissements de crédit, qui correspondent aux « *entreprises dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1* »<sup>170</sup>, ainsi que les établissements qui ont leur siège social hors de la zone UE et E.E.E. mais dont les succursales se situent en France et ont été agréées par l'AMF. Cette notion de succursale est particulière en ce qu'elle possède un régime juridique et fiscal parfois difficile à cerner<sup>171</sup>.

**72. Définition des opérations de banque.** L'article L. 311-1 énonce ce que sont les opérations de banque. Il s'agit de « *la réception de fonds remboursables du public, les*

---

<sup>169</sup> J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions de droit des affaires) », *RJ com.*, 1987, p. 377 ; *JCP E*, 1988, II, 15101 ; *JCP G*, 1988, I, 3330.

<sup>170</sup> Art. L. 511-1 CMF.

<sup>171</sup> Pour une étude complète, V° Thèse V. CASTILLO, *La notion de succursale en droit des affaires, aspects juridiques et fiscaux*, Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

*opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* ». Les services bancaires de paiement renvoient directement à la catégorie appelée « *nouveaux instruments de paiement* » dans laquelle figurent les virements, les autorisations de prélèvement et les paiements par carte bancaire. La recrudescence des fraudes sur ces instruments provoque des pertes non négligeables pour les établissements de crédit puisque dans la plupart des cas, ils se doivent de rembourser intégralement les opérations frauduleuses au client lorsqu'aucune faute personnelle n'est à lui reprocher<sup>172</sup>. Cette responsabilité sans faute de la banque est un risque à prévenir et à réduire par un traitement approprié et sûr. L'on pense notamment à des dispositifs informatiques de sécurité plus intense afin d'éviter le *hacking* ou toute autre cyber-fraude. Les banques françaises tentent de trouver de nouveaux moyens de sécuriser les transactions tels que l'envoi de textos, de mails, d'appels de confirmation comportant un code. Cela correspond au développement de systèmes de protection dit « *3D secure* ». D'autres groupes bancaires étrangers ne s'inquiètent encore que trop peu du développement de ces fraudes et de l'amélioration de leurs dispositifs sécurisés de paiement (DSP)<sup>173</sup>. Ces risques sont classifiés dans les risques opérationnels de l'article 10) j) de l'arrêté du 3 novembre 2014.

**73. La succursale bancaire.** Une directive européenne de 2000 fixe une définition harmonisée de ce qu'est une succursale en matière bancaire. Elle doit « *effectuer directement, tout ou partie des activités d'un établissement de crédit* »<sup>174</sup> et par conséquent avoir la possibilité technique de contracter et d'exécuter des contrats de crédit avec ses clients. Une agence qui se bornerait à recevoir les demandes d'emprunt et à fournir des renseignements en vue de les transmettre au siège social national ne peut être considérée comme étant une succursale<sup>175</sup>. L'on peut penser que ce raisonnement demeure inchangé lorsque la transmission des renseignements s'effectue auprès du siège social régional.

---

<sup>172</sup> Art. L. 133-18, L. 133-19, L. 133-24 et L. 133-25 du CMF.

<sup>173</sup> C'est notamment le cas des groupes bancaires de la City de Londres.

<sup>174</sup> Directive n° 2000/12/CE, art. 1er, pt. 3.

<sup>175</sup> Cour d'Aix, 6 décembre 1923, revue des sociétés 1924 p. 75.

**74. Les sociétés de financement.** Les sociétés de financement font également partie du périmètre du texte instaurant l'obligation de mise en place d'un contrôle interne. Définies comme étant « *des personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui effectuent à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément* »<sup>176</sup>, elles sont donc des établissements financiers au sens du 4 de l'article L. 511-21 du code monétaire et financier.

**75. Les entreprises d'investissement.** Sont ensuite comprises dans le périmètre de ce texte les entreprises d'investissement définies par l'article L. 531-4 du code monétaire et financier comme étant des personnes morales fournissant des services d'investissement à titre de profession habituelle mais qui ne sont pas des établissements de crédit. Mais en sont expressément exclues les entreprises d'investissement exerçant sous la forme juridique de sociétés de gestion fixées à l'article L.532-9 du code monétaire et financier. Sont visées ici principalement les sociétés de gestion qui gèrent des Organismes de Placement à Valeur Mobilière (OPCVM) et des Fonds d'Investissement Alternatifs (FIA) de type *Hedge Fund*. Ces derniers bénéficient d'un régime particulier fixé par des directives et règlements européens. Toutefois, sur le fond, les principes applicables subsistent mais la terminologie utilisée change ainsi que l'autorité de régulation compétente. Pour les OPCVM et les FIA, ce sera l'AMF qui sera compétente en droit interne.

**76. Les chambres de compensation.** Il est ensuite fait un renvoi aux 3° et 4° de l'article L. 440-2 du code monétaire et financier. Cet article évoque l'adhésion aux chambres de compensation (*clearing house*) afin de rendre applicable l'arrêté du 3 novembre 2014 aux sociétés de personnes ainsi qu'aux entreprises dont le siège social se situe en France ou dans les DOM-TOM cités et dont l'activité principale est la compensation d'instruments financiers. Cette référence à ce type d'établissement est certainement la conséquence

---

<sup>176</sup> Article L. 511-1-II du code monétaire et financier.

juridique de la transposition de la directive MIF de 2004<sup>177</sup>. Cette dernière a donné la possibilité à certains prestataires de service d'investissement de gérer des systèmes multilatéraux de négociation (SMN). Il s'agit des marchés non réglementés mais qui peuvent être organisés. Le SMN « assure la rencontre en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts d'acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, de manière à conclure des transactions sur ces instruments »<sup>178</sup>. Les prestataires de services d'investissement peuvent donc, à l'instar des entreprises de marché, gérer des marchés à la seule différence que moins d'exigences leur sont imposées. Cette possibilité a été créée par l'UE afin de mettre fin au monopole de certaines entreprises de marché<sup>179</sup>. Mais cette directive contenait plusieurs défauts qui furent atténués par le MIFID II : un manque de transparence et l'accroissement du *shadow banking*<sup>180</sup> étant les principaux écueils corrigés<sup>181</sup>. En d'autres termes, ces SMN étant moins règlementés, des transactions peuvent plus facilement se conclure hors système régulé. Le *shadow banking* et plus précisément le *dark trading*, étant un moyen de blanchiment de capitaux sur les marchés financiers, il était urgent de réformer la directive MIFID I afin de réintégrer plus de transparence financière.

Le fait que ce type d'établissement organise la gestion d'un système multilatéral de négociation devrait renforcer les contrôles réalisés par les autorités de régulation afin d'assurer la transparence totale du marché et d'en protéger son intégrité.

**77. Les établissements de paiement.** Enfin, font partie du périmètre de ce texte les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique. Moins répandus que les entreprises d'investissement et les établissements de crédit, un contrôle

---

<sup>177</sup> Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 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.

<sup>178</sup> A.-D. MERVILLE, *Droit Financier*, 2e édition 2015, Galino, éditions Lextenso, p. 146, 261.

<sup>179</sup> Cas de NYSE-Euronext par exemple.

<sup>180</sup> En 2017, le *shadow banking* pesait près de 45 milliards de dollars, *Le Figaro économie*, éd. du 8 mars 2017.

<sup>181</sup> M. ROUSSILLE, « Que reste-t-il du monopole bancaire ? », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque, 2014, p. 607.

interne peut apparaître nécessaire pour les établissements de paiement puisque des intérêts financiers sont tout de même en jeu et le cadre européen de lutte contre le blanchiment de capitaux impose un contrôle renforcé des organismes faisant transiter des capitaux.

## ***Section 2. Une approche multidimensionnelle du contrôle de conformité***

---

La conformité relève d'une approche globale au sein de l'entreprise voire d'un groupe de société. En effet, une multitude d'acteurs internes et externes à l'entreprise interviennent afin de promouvoir cette conformité, soit en agissant directement pour son bénéfice, soit en agissant en lien avec elle. Cette multitude d'acteurs interviennent donc dans de multiples disciplines liées au mécanisme de conformité. La gestion de ces acteurs est indispensable dans la finalité de rendre efficace un concept de compliance protéiforme (Paragraphe 1). Par ailleurs le domaine juridique intègre de manière distributive le concept de conformité (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Le management des risques par l'établissement financier**

Pour les organismes financiers, les risques juridiques et financiers sont encadrés autant que faire ce peut par des experts spécialisés dans le domaine de l'anticipation et de l'évaluation. Parties intégrantes de l'entreprise ou tiers certificateurs, les audits réalisent des missions et donnent des avis sur le fonctionnement global de l'entreprise, l'efficacité

de son organisation et des process qu'elle réalise (A). Dans le même temps, l'entreprise essaye par tous les moyens de réduire les coûts inhérents à son fonctionnement interne. C'est à ce stade qu'interviennent ce que l'on nomme en pratique les « *cost killers* », c'est-à-dire les contrôleurs de gestion (B).

#### **A. Une approche plurale : le contrôle interne et les audits**

**78. Conformité protéiforme.** Le contrôle interne comporte plusieurs dénominations telles que compliance, audit interne ou encore cellule de conformité. La dénomination dépend du type d'entreprise et de son secteur d'activité. Les missions et les fonctions attribuées à cet organe de l'entreprise sont sensiblement les mêmes, bien que leur intensité puisse varier en fonction de la taille de cette dernière. Ainsi, d'après sa définition négative, la conformité a pour finalité première de limiter le risque de sanction judiciaire, administrative et disciplinaire ainsi que le risque de réputation. En outre, cette limitation des risques passe par un examen pointu du contrôle interne sur le fonctionnement de l'entreprise. Pour ce faire, le contrôle interne met en place des process afin de maîtriser en interne les divers problèmes pouvant apparaître. Ces derniers peuvent avoir pour fait générateur l'irrespect d'une ou de plusieurs règles légales par un ou plusieurs salariés, cet irrespect entraînant potentiellement des conséquences à la fois financières et de réputation pour l'entreprise. Par conséquent, le contrôle interne va venir encadrer ces dérives par un ensemble de process déterminés définis et répertoriés en fonction de situations bien spécifiques que devront respecter les salariés lorsqu'ils auront à faire face à une situation inhabituelle pour laquelle leurs compétences sont insuffisantes afin de résoudre cette situation.

**79. L'audit interne.** L'audit interne correspond à un organe tiers à l'entreprise qui réalise une analyse de la situation de l'entreprise. L'audit interne « *est une activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses*

*opérations, lui apporte des conseils pour les améliorer et contribue à créer de la valeur ajoutée. Il aide cette organisation à atteindre ses objectifs en évaluant, par une approche systématique et méthodique, ses processus de management des risques, de contrôle et de gouvernement d'entreprise et en faisant des propositions pour renforcer leur efficacité»<sup>182</sup>. Vu sous cet aspect, l'audit interne serait donc plus un tiers conseiller qu'un contrôleur interne. Son rôle serait de rendre l'entreprise efficace dans ses procédures de contrôle interne en lui prodiguant des conseils.*

## **B. Une approche comptable : le contrôle de gestion**

**80. Un outil de gestion indispensable à l'entreprise.** Une autre entité d'importance, interne à l'entreprise, est à mentionner : le contrôle de gestion. En effet, celui-ci se définit comme étant « *l'activité visant la maîtrise de la conduite raisonnable d'une organisation en prévoyant les événements et en s'adaptant à l'évolution, en définissant les objectifs, en mettant en place les moyens, en comparant les performances passées et futures et les objectifs, en corrigeant les objectifs et les moyens* »<sup>183</sup>. Plus concrètement, il permet de créer des outils de gestion permettant la réduction des coûts de production, un management efficace et rentable d'organisation de l'entreprise. Ces outils permettent en réalité d'évaluer le coût et les performances de l'entreprise dans son optique de production, son efficience, sa capacité à produire et à être à la fois flexible et rentable. Cette évaluation faite, le contrôle de gestion peut estimer devoir prendre des mesures correctrices, soit de façon directe c'est-à-dire en appliquant elle-même les correctifs sur les secteurs visés, soit en soumettant des suggestions à la direction de l'entreprise, à savoir le conseil d'administration ou le directoire pour les sociétés anonymes, types de sociétés les plus représentatifs des entreprises importantes en France. Ce contrôle de l'efficience de la rentabilité des réalisations, c'est-à-dire la pertinence des moyens alloués au regard

---

<sup>182</sup> Pricewaterhouse, IFACI, 2004, La pratique du Contrôle Interne, Paris, édition d'organisation, p. 110-114.

<sup>183</sup> PCG, Partie III, 69.



des objectifs fixés, est un outil phare de la bonne gestion financière de l'entreprise. En ce sens, elle réalise déjà un premier travail de fond pour le contrôle interne qui pourra donc se fonder sur des données précises et des éléments correctifs nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. Cela a donc un rôle majeur dans la clarté de l'information financière de l'entreprise, celle-ci étant la base des investissements des actionnaires, actuels et potentiels.

**81. Un contrôle de gestion efficient.** Toutes les entreprises ont pour finalité la réalisation d'un contrôle de gestion efficient. Dans le domaine bancaire, cela se traduit notamment par un contrôle de la rentabilité des produits bancaires proposés. Ces derniers sont différents en fonction des clients visés. Par conséquent, les produits bancaires proposés ne seront pas les mêmes si le client est un particulier peu fortuné ou bien une entreprise de petite ou moyenne taille produisant des richesses conséquentes. Par exemple, les placements bancaires proposés aux particuliers ne sont absolument pas les mêmes que ceux offerts aux entreprises, ces dernières pouvant se voir proposer des placements de capitaux sur les marchés financiers. Il en résulte d'ailleurs une sectorisation des lignes de métiers et au sein de chaque ligne, une sectorisation des métiers eux-mêmes. Les conseillers bancaires pour les particuliers n'ont pas la même formation, les mêmes compétences ni le même portefeuille client qu'un chargé de clientèle professionnelle.

**82. Lien entre la cellule conformité et le contrôle de gestion.** Ainsi, l'on peut constater que la fonction de conformité agit en tant que « *premier rempart* » de l'entreprise dans la limitation du risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire. Par son évaluation des situations comme par les process qu'elle met en œuvre, la conformité apporte une sécurité juridique à la banque en permettant la résolution interne des conflits. Une fois que le conflit est résolu en interne sans que des fuites n'aient trouvé à se répandre, la réputation de l'entreprise s'en trouve sauvegardée. Mais ces « *cost killer* » ne sont pas les seuls à assurer le bien-être de l'entreprise. Il faut également compter sur d'autres organes avec qui ils travaillent en étroite relation : les *risk managers*.

## **Paragraphe 2. L'extension de l'influence de la conformité au domaine juridique**

Les infractions d'affaires sont spécifiques en ce que la preuve de leur consommation est parfois difficile à rapporter. Les magistrats, puis le législateur, atténuant la portée du principe de légalité criminelle aux moyens d'interprétation large de certains textes ou la création de présomptions légales, font peser un risque pénal supplémentaire sur les établissements financiers. C'est en ce sens que la conformité bancaire est directement liée au risque pénal (A). Afin de pallier ce facteur de risque pénal supplémentaire et ces incertitudes juridiques, la fonction de conformité de l'entreprise prend en charge la responsabilité de la veille juridique, la réalisation d'une cartographie des risques et met tous les moyens en œuvre afin d'éviter tout risque pénal qui pourrait devenir un risque financier. Une étroite collaboration s'effectue entre la fonction de conformité et le service juridique de l'entreprise (B).

### **A. Conformité bancaire et risque pénal**

**83. Qualification du risque pénal.** Le risque pénal a de plus en plus d'emprise au sein de l'entreprise en général et des établissements financiers en particulier. Il correspond à une forme particulière de risque juridique qui n'existe stricto sensu qu'à l'article 223-1 du code pénal en ces termes : « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner la mort ou une mutilation permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de*

*prudence prévue par la loi ou le règlement* ». Ce cas de figure paraît inadapté à l'étude de la responsabilité pénale des établissements financiers. Le risque pénal fait donc partie d'une acception globale comprenant dans son analyse les risques collatéraux, c'est-à-dire le risque de réputation et le risque quasi pénal<sup>184</sup>. Sont aussi des corollaires au risque pénal tous les risques environnementaux. Ceux-ci peuvent être directement sources d'incriminations pénales ou bien encore être utilisés comme moyens de preuve d'une obligation contractuelle sous-jacente. Ce sera notamment le cas des politiques de responsabilité sociale des entreprises qui sont incluses dans des documents déclaratifs et souvent coercitifs des entreprises. Par exemple, dans le procès de l'ERIKA<sup>185</sup>, les magistrats s'étaient référés au code éthique de la société TOTAL, ce code faisant référence aux obligations de vigilance environnementale dont se prévalait le groupe pétrolier.

**84. Qualité d'auteur ou de complice de l'infraction.** En outre, l'entreprise peut encourir plusieurs incriminations pénales en fonction de son comportement transgressif. Dès lors, elle peut aussi bien être auteur de l'infraction que complice par aide ou assistance voire complice par instigation. En matière bancaire, ce sera, par exemple, le cas de complicité de blanchiment de capitaux lorsque la banque n'a pas déclaré à TRACFIN des opérations suspectes réalisées par ses clients et que ces derniers sont poursuivis sur le fondement de l'article L. 561-1 du CMF.

**85. Le cas particulier des infractions d'affaires.** Les éléments matériels et intentionnels des infractions liées au droit des affaires sont parfois difficiles à rapporter. Ce que l'on désigne par « *infractions en col blanc* »<sup>186</sup>, ce sont les infractions dites astucieuses ou d'affaires. Elles sont l'apanage de personnes physiques ou morales qui usent de leurs

---

<sup>184</sup> DAOUD E., DINH B., FERRARI J., GAMBETTE C., *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, coll. Axe droit, 2011. p. 16.

<sup>185</sup>[http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/09/25/la-cour-de-cassation-confirme-la-condamnation-de-total-dans-le-nauffrage-de-l-erika\\_1765467\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/09/25/la-cour-de-cassation-confirme-la-condamnation-de-total-dans-le-nauffrage-de-l-erika_1765467_3224.html)

<sup>186</sup> Concept élaboré par E. H. SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, New Haven & London : Yale University Press, 1983, p. 3-10.

compétences en matière économique, financière et juridique pour réaliser leurs forfaits. Les infractions visées sont celles d'un droit pénal des affaires considéré tantôt comme un droit autonome tantôt comme un droit spécifique. Il pourra s'agir de l'abus de biens sociaux, du blanchiment de capitaux, de corruption, de banqueroute, etc. La technicité des méthodes employées par les délinquants pour réaliser l'infraction rend bien souvent difficile la caractérisation des modes opératoires. En outre, l'élément intentionnel de l'infraction peut être complexe à caractériser dans certaines circonstances.

**86. Caractérisation de l'élément matériel : l'exemple de l'infraction de blanchiment de capitaux.** En premier lieu, abordons l'élément matériel. Dans des délits comme le blanchiment de capitaux, la commission de l'infraction est exclusivement empreinte de dissimulation, c'est pourquoi l'élément matériel est par nature difficile à prouver. L'article 324-1 du code pénal évoque l'infraction comme suit : « *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* ».

Constitue également un cas de 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. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* »<sup>187</sup>. Les magistrats interprètent assez souplesment les termes légaux « d'opération de placement, de dissimulation, de conversion du produit direct de l'infraction » afin de pouvoir les appliquer aux pratiques toujours plus sophistiquées des délinquants. Le code monétaire et financier apporte de plus amples précisions concernant les personnes visées par la lutte contre le blanchiment ainsi que leurs obligations. Les établissements sont lourdement impliqués dans le cadre de cette lutte puisque ce sont eux qui sont les principaux vecteurs de flux financiers. Les articles L. 561-1 et suivant du code monétaire et financier évoquent le rôle et les obligations incombant aux banques et

---

<sup>187</sup> Article 324-1 du code pénal.

autres organismes financiers dans la lutte contre ce délit. La souplesse d'interprétation qu'offrent ces textes donnent la possibilité de caractériser, en tant qu'élément matériel de l'infraction de blanchiment, des techniques artisanales ou sophistiquées mêlant à la fois de la comptabilité, de la finance et du droit.

**87. Caractérisation de l'élément intentionnel de l'infraction d'affaires.** Partant du postulat que l'infraction d'affaires est une infraction astucieuse dans sa mise en œuvre, elle est également difficilement décelable par les autorités publiques. En effet, bon nombre d'infractions d'affaires sont occultes ou dissimulées<sup>188</sup>. La charge de la preuve pesant sur le ministère public est parfois très difficile à supporter. C'est pour cette raison que la jurisprudence, au fil des contentieux, a fourni un régime dérogatoire facilitant la preuve de l'élément intentionnel en ce qui concerne certaines infractions spécifiques. Désormais, un raisonnement déductif peut suffire à rapporter la preuve de l'élément moral de ces infractions spécifiques. La caractérisation du ou des éléments matériels de l'infraction peut permettre de déduire l'intention délictueuse du délinquant. Cela concernera surtout les infractions où le dol général est suffisant à rapporter la preuve de l'élément intentionnel. Toutefois, il est des infractions, comme l'abus de biens sociaux, où la preuve de l'élément intentionnel nécessite de rapporter, en outre la preuve d'un dol général, la preuve d'un dol spécial.

**88. Le cas particulier de l'infraction d'abus de biens sociaux.** L'infraction d'abus de biens sociaux est une infraction dédiée, c'est-à-dire qu'elle est réservée à certains délinquants. En outre, elle est spécifique en raison de la limitation des structures sociétaires intégrant son périmètre. Dès lors, seuls les dirigeants personnes physiques et morales de sociétés de capitaux et de société à responsabilité limitée (SARL), de nature mixte, peuvent être poursuivis sur ce fondement. Les textes réprimant cette infraction sont répartis de façon distributive en fonctions des textes applicables à chaque société.

---

<sup>188</sup> Ce sera par exemple le cas de l'abus de confiance, de l'abus de biens sociaux, de la banqueroute ou encore de la distribution de dividendes fictifs. La liste n'est pas exhaustive.

Notamment, l'article L. 241-3 du code de commerce, mentionne notamment « *la mauvaise foi* » du dirigeant social qui use de ses prérogatives dans un sens contraire à l'intérêt de la société. Cette mauvaise foi paraît fondée sur un pléonasme « *puisque le dirigeant social qui agit d'une manière qu'il sait contraire à l'intérêt de la société est nécessairement de mauvaise foi* »<sup>189</sup>. L'élément intentionnel doit nécessairement être relevé par les juges<sup>190</sup>, les énonciations des juges du fond doivent être explicites. Il s'agit là d'une jurisprudence constante<sup>191</sup>. Le dol spécial est quant à lui caractérisé par la finalité personnelle du dirigeant. Celui-ci fait référence au mobile de l'infraction qui est normalement sans incidence sur la qualification de l'infraction<sup>192</sup>. L'intérêt personnel du dirigeant doit être retenu explicitement contre lui par les juges, au même titre que le dol général<sup>193</sup>. Cet intérêt personnel a fait l'objet de controverses et de multiples contentieux réglés devant la Haute Cour judiciaire<sup>194</sup>.

**89. Raisonnement déductif et présomption d'intentionnalité.** Les magistrats usent du mécanisme juridique de présomption afin de caractériser l'élément intentionnel. Cette pratique se retrouve notamment à propos des infractions relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Ils estiment qu'au regard de la nature des infractions en question et de la qualité professionnelle de l'auteur de l'infraction, celui-ci est présumé avoir commis intentionnellement le comportement déviant. En d'autres termes, un professionnel qui commet un acte de tromperie est présumé l'avoir fait de façon intentionnelle car il détient une expertise dans le domaine et ne peut commettre d'erreur lors d'une transaction commerciale. Par exemple, ne pourra arguer de l'absence de mauvaise foi, un professionnel de la distribution qui étiquette de façon trompeuse les

---

<sup>189</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Abus de biens sociaux et banqueroute, pratique des affaires*, Joly éditions, 2010.

<sup>190</sup> Cass. crim., 19 déc. 1973, Bull. crim. 1973, n° 480 ; *Rev. Sociétés*, 1974, p. 364, note B. BOULOC.

<sup>191</sup> Cass. crim., 23 juill. 1895, n° 84-95.158 ; Cass. crim., 22 octobre 1990, *Rev. Sociétés*, 1991, p. 125, note B. BOULOC.

<sup>192</sup> Cass. crim., 13 mai 1992, n° 91-83.204.

<sup>193</sup> Cass. crim., 15 oct. 1990, n° 89-85.146, *Rev. Sociétés*, 1991, p. 378, obs. B. BOULOC ; Cass. crim., 14 juin 1993, n° 92-80.763, Bull. crim. 1993, n° 208.

<sup>194</sup> Voir notamment l'arrêt Carignon : Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698.

produits. Une fois de plus, dans ce type d'infractions spécifiques, la caractérisation de l'élément moral de l'infraction est issue d'un raisonnement déductif. Ici, ce n'est pas plus la preuve de la commission de l'élément matériel de l'infraction par le délinquant qui suffit à rapporter la preuve de son intentionnalité de commettre l'infraction mais sa qualité professionnelle. Cela tend donc à démontrer que l'élément moral de l'infraction d'affaires est rapporté de façon déductive. Tantôt l'élément d'analyse primaire porte sur la commission d'éléments matériels de l'infraction dont on estime qu'il n'a pu les commettre que par mauvaise foi, tantôt l'élément d'analyse de référence tient dans la qualité de l'auteur de l'infraction. Par sa qualité de professionnel du chiffre ou du droit, il ne pouvait ignorer qu'il commettait une infraction en réalisant les éléments constitutifs de l'infraction.

Dès lors, le mode de raisonnement déductif se fonde aussi bien sur la spécificité de l'infraction que sur la qualité professionnelle de l'auteur. Par sa qualité professionnelle, l'auteur a développé des compétences techniques spécifiques dans les domaines du chiffre et du droit, lui permettant de commettre des infractions dont les éléments matériels constitutifs sont d'une telle complexité qu'il sera présumé avoir réalisé ces actes dans l'intention de commettre un forfait. Dans le domaine économique, la Cour de cassation valide le fonctionnement des présomptions d'intentionnalité en usant de formules tout à fait explicites. Par exemple, l'on retrouve des formules du type « ne pouvait ignorer »<sup>195</sup> ou encore « *ne pouvait pas ne pas savoir* »<sup>196</sup>.

**90. Rôle de la fonction conformité.** Dans ces hypothèses où le législateur manque de clarté ou lorsque le juge crée des éléments complexes d'analyse, il revient à la fonction conformité de l'établissement financier de sécuriser juridiquement son entreprise. Pour ce faire, les *compliance officers* ont pour mission de tenir une veille juridique détaillée afférant aux modifications législatives, au contenu des dernières jurisprudences, aux

---

<sup>195</sup> Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-86.916.

<sup>196</sup> Cass. crim., 2 mai 2012, n° 11-84.290, Bull. crim. n° 102 ; Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 13-80.810.

éventuels revirements qui pourraient affecter le groupe bancaire. En matière de blanchiment de capitaux, de corruption et d'abus de marchés, les créations législatives sont abondantes et les décisions de justice décisives sont foisonnantes. Prévenir le risque pénal est le rôle primaire de la fonction conformité et cela passe par un travail d'analyse et de veille juridique réalisé en amont. Ensuite, cette même fonction met en œuvre des process visant à mettre à jour les procédés informatiques, le personnel étant destinataire des veilles juridiques. Cette fonction joue donc un rôle primordial en matière d'anticipation du risque pénal.

**91. Principe légaliste à valeur constitutionnelle.** Ce principe à valeur constitutionnelle<sup>197</sup> est rendu plus efficient par les décisions du conseil constitutionnel. Une de ses applications consiste en ce que les textes de loi doivent être clairs, précis et intelligibles<sup>198</sup>. De nombreux textes sont déclarés partiellement inconstitutionnels en raison du manque de clarté avec laquelle ils ont été rédigés. Or, « *la complexité de la loi et l'hétérogénéité de ses dispositions ne sauraient, à elles seules, porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* »<sup>199</sup>. Le manque d'intelligibilité se retrouve lorsqu'un texte d'incrimination renvoie à un ou plusieurs autres textes légaux. Cette technique des renvois législatifs peut être utile dans des matières techniques telles que le droit commercial ou bien encore le droit des sociétés. Cependant, utilisée en matière pénale, elle peut s'avérer inquiétante en termes de sécurité juridique. Aussi, en matière pénale, un autre principe trouve à s'appliquer : celui de l'interprétation stricte de la loi pénale<sup>200</sup>. Par conséquent, les juges n'ont pas en principe la possibilité d'interpréter les textes par analogie ou bien encore en usant de la téléologie. Le texte est applicable strictement et directement. Pourtant, eu égard à la complexité de la matière pénale, à la technicité demandée pour réaliser certains types d'infractions, les

---

<sup>197</sup> Notamment en ce qui concerne la précision des textes : article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, principe intégré au bloc de constitutionnalité.

<sup>198</sup> Cons. const., 18 janvier 1985, RSC, 1985, 609 ; Cons. const., 16 déc. 1999, décis. n° 99-421 DC.

<sup>199</sup> Cons. const., 12 mai 2011, décis. n° 2011-629 DC.

<sup>200</sup> Article 111-4 du code pénal.



magistrats sont parfois obligés de faire œuvre de création afin de pallier les vides juridiques ou encore les imprécisions textuelles. De ce fait, l'article 121-3 du code pénal est souvent mis à mal par des magistrats se retrouvant face à l'impossibilité d'interpréter strictement certains textes d'incrimination. Le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne constitue pas la seule difficulté à laquelle doivent faire face les magistrats dans la qualification de l'infraction pénale. Cette difficulté se retrouve également en matière probatoire. La substance du principe légaliste a été reprise au sein de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droit de l'Homme.

**92. *Jurisprudence et respect du principe légaliste.*** Les évolutions jurisprudentielles ont entraîné un assouplissement de la rigidité d'application du principe légaliste, créant alors de nouveaux risques pour les entreprises. Les principes issus du droit pénal général et du droit pénal spécial sont interprétés par la jurisprudence afin de faire valoir des solutions pragmatiques voire novatrices. Il n'est pas rare de constater que la jurisprudence fait parfois œuvre de prospective par la création de nouveaux préjudices dans le domaine de l'entreprise<sup>201</sup>. L'exemple le plus caractéristique de ces créations prétorienne est sans doute le cas du procès très médiatisé et politisé de l'ERIKA. Les juges du Tribunal de grande instance de Paris et ensuite ceux de la Cour d'appel de Paris ont créé le préjudice écologique, de nature civile<sup>202</sup>. Des indemnisations importantes ont été versées au profit de plusieurs parties civiles dont figurent notamment des collectivités territoriales et des associations de défense de l'environnement. Ce risque pénal, prenant sa source dans l'action civile et non plus l'action publique, est une nouveauté pouvant devenir inquiétante pour les entreprises de type industriel puisque le risque écologique est important pour ces derniers. Le procès de l'ERIKA a eu des répercussions en matière de responsabilité sociale de l'entreprise et plus largement de compliance.

---

<sup>201</sup> E. DAOUD, B. DINH, J. FERRARI, C. GAMBETTE, *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy axe droit, p. 48.

<sup>202</sup> TGI Paris, 11e ch. Corr., 16 janv. 2008, n° 2008-351025 ; CA Paris, Pôle 4, ch. 11 E, 30 mars 2010, RG n° 08/02278.

Les apports substantiels de la jurisprudence au profit des parties civiles constituent un nouveau risque pénal qu'il est difficile d'évaluer mais qu'il est indispensable d'appréhender et d'anticiper.

**93. *Risque de sanction financière et risque réputationnel.*** Le risque pénal est un des plus redoutés dans le domaine financier. Le risque de sanction financière en découlant en est bien évidemment une des causes, mais pas seulement. Les entités financières redoutent principalement les retombées médiatiques qui engendreront une atteinte plus ou moins grave à leur réputation. Les infractions de blanchiment, de corruption, de blanchiment de fraude fiscale et des divers abus de marchés, sans exhaustivité, sont les infractions les plus graves auxquelles elles peuvent être confrontées dans leur vie sociale. Le scandale d'évasion fiscale organisée par la banque HSBC Private Bank Geneva ou encore les démarchages réalisés par le groupe bancaire UBS Genève en vue d'éluder la fiscalité française en sont autant d'exemples. Dans ces deux cas, des procédures judiciaires sont en cours en France à leur encontre et leur réputation a été sérieusement entachée<sup>203</sup>. Le scandale des Panama Papers a quant à lui ébranlé la Société Générale, et surtout son DG Frédéric OUDEA, entendu par la commission des finances du Sénat en avril 2016 afin de s'expliquer sur la présence de filiales du groupe SG dans des paradis fiscaux et l'évasion d'actifs français dans ces paradis, notamment au Panama. Afin de préserver sa réputation, le groupe Société Générale a créé toute une page WEB dédiée à préserver son intégrité et prouver sa bonne foi<sup>204</sup>. Dès que le droit pénal se mêle de la vie des affaires, la réputation de l'entreprise est mise en danger et la communication peut seule, en l'absence de procédure judiciaire, apaiser le public et *a fortiori* les clients.

**94. *Le filtre de la personnalité morale.*** Le filtre de la personne morale est issu de la refonte de ce que l'on a appelé à un moment le « nouveau code pénal ». En effet, instituée

---

<sup>203</sup> [http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/17/comment-ubs-suisse-a-orchestre-un-vaste-systeme-d-evasion-fiscale-en-france\\_4866728\\_4862750.html](http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/17/comment-ubs-suisse-a-orchestre-un-vaste-systeme-d-evasion-fiscale-en-france_4866728_4862750.html)

<sup>204</sup> <https://www.societegenerale.com/fr/newsroom/position-du-groupe/panama-papers>

en 1992<sup>205</sup>, cette réforme du code pénal est entrée en vigueur au 1er mars 1994 et a consacré un principe tout à fait nouveau en droit pénal au titre de la responsabilité pénale: la responsabilité pénale des personnes morales. Par voie de conséquence, le chef d'entreprise est, indirectement, moins inquiété par le risque de sanction pénale puisqu'il est protégé par l'écran de la personnalité morale. Toutefois, ce principe connaît des exceptions notables, notamment en ce qui concerne la possibilité de cumuler les poursuites pénales envers la personne morale et la personne physique qui a passé l'acte au nom et pour le compte de la personne morale.

**95. Principe de légalité des délits et des peines.** Le principe de légalité criminelle, aussi appelé principe de légalité des délits et des peines, est le concept fondé par Beccaria<sup>206</sup>. Cet avocat et philosophe italien du XVIIIe siècle s'est inspiré des idées des Lumières pour prôner un principe devenu un des piliers du droit pénal moderne : le principe légaliste. Ce dernier évoque notamment que chaque infraction et chaque peine doit avoir été prévue par un texte de loi. De cela a été tiré l'adage « *Nullum crimen nulla poena sine lege* » c'est-à-dire pas d'infraction, pas de peine sans texte.

**96. Origine de la responsabilité pénale des personnes morales.** Ce sont les articles 121-1 et 121-2 du code pénal qui fixent le régime général de responsabilité. Avant cette réforme, c'est un adage datant du code pénal de 1810 qui trouvait grâce aux yeux des juristes : *societas delinquere non potest*. En d'autres termes, l'essence du droit pénal évoquait le principe, somme toute logique, que les sociétés ne peuvent commettre d'infraction. Cet adage prévalait sous Napoléon puisque le nombre d'entreprises était très restreint et la personnalité morale n'avait pas encore été créée. La révolution industrielle, les deux grandes guerres, la mondialisation économique et quelques scandales d'importance ont changé le cours de ce précepte, la doctrine combattant quant à elle le

---

<sup>205</sup> Loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992.

<sup>206</sup> C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Traduit de l'Italien par Chaillou de Lisy M., publié à Paris en 1773, Librairie de la Bibliothèque nationale, 1877.

principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales<sup>207</sup>. Depuis 1994, les personnes morales sont donc responsables pénalement, hormis quelques exceptions. D'intenses débats ont permis de dégager des règles claires en matière d'imputabilité, de personnalisation des peines et de sanctions applicables à ces entités juridiques. Ce système de responsabilité existait d'ores et déjà dans des Etats membres de l'Europe des quinze tels que les Pays-Bas ou encore la Grande-Bretagne. Cependant, un principe de responsabilité du *common law* n'est guère transposable en droit latin et ce malgré le travail comparatiste de qualité de quelques membres de la doctrine française<sup>208</sup>. Le système français se devait donc d'être innovant sur ce point.

**97. Principe de spécialité.** A l'origine de cette imputabilité des personnes morales, en 1994, s'appliquait le principe dit « *de spécialité* »<sup>209</sup>. Seules les infractions qui comportaient dans leur énoncé la possibilité d'incriminer les personnes morales permettaient de les sanctionner. Depuis la loi Perben II de 2004, s'applique désormais le principe de responsabilité générale des personnes morales. Ces dernières sont donc susceptibles d'être poursuivies pour l'ensemble des infractions pénales prévues par les textes. Cette généralisation a souffert de quelques remarques et analyses prospectives pour l'époque<sup>210</sup>.

**98. Nécessité d'identifier un organe ou un représentant.** La loi impose que l'infraction ait été commise par un organe ou un représentant de la personne morale<sup>211</sup>. Les deux termes évoqués par le texte font parfois double emploi. En effet, les organes visés sont, dans une société commerciale, l'assemblée générale, le conseil d'administration, le

---

<sup>207</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, 1988, Cujas, n° 605 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 1990, coll. Thémis, PUF, p. 108 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 1992, Cujas, n° 487.

<sup>208</sup> J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais », *Dr. pénal*, 1995, chron. N° 30 ; R. LEGAIS, « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993, p. 371. ; S. GEEROMS, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *RID comp.*, 1996, p. 533.

<sup>209</sup> B. BOULOC, « Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993, p. 291.

<sup>210</sup> H. MATSOPOULOU, « Réflexions sur la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Cahiers de l'Actualité*, 2004-3.

<sup>211</sup> C. pén., art. 121-2.

directoire, le conseil de surveillance, le directeur général, le dirigeant ou encore le gérant. Les dénominations sont fonction de la forme sociétaire envisagée. Le représentant est quant à lui le mandataire social. Il représente la société à l'égard des tiers. Toutefois, le dirigeant est également un organe de la société. Ce terme ne figurait pas dans les avant-projets de réforme du code pénal mais a tout de même été ajouté au texte voté par le Parlement. Il semble qu'il soit justifié par l'existence de structures sociétaires particulières en ce qu'elles ne prévoient pas spécifiquement tous les organes représentant la société, tel sera le cas de la SAS (Société par action simplifiée). Dans ce type de forme sociale, la loi n'impose que la désignation d'un président, le reste des organes pouvant potentiellement représenter la société à l'égard des tiers étant librement prévu par les statuts<sup>212</sup>.

**99. Nécessité d'une action passée au nom et pour le compte de la personne morale.**

Lorsque l'on évoque un acte passé pour le compte de la personne morale, cela évoque avant tout un acte passé dans son intérêt. En d'autres termes, il faut que l'acte lui fasse réaliser un profit ou, pour le moins, lui permette d'éviter une perte. La jurisprudence a étendu cette conception aux actes ayant trait à l'organisation et au fonctionnement de l'activité sociale, la stratégie commerciale de l'entreprise, peu importe que cet acte lui rapporte ou non un profit<sup>213</sup>.

**100. Détermination de l'élément moral de l'infraction commise par la personne morale.**

Etant évident que la personne morale n'ayant aucune réalité humaine, elle ne peut commettre d'infraction ou avoir la conscience et la volonté d'en commettre. Dès lors, il convient à nouveau de déporter la réalisation de l'élément constitutif de l'intentionnalité sur l'organe ou le représentant qui a commis l'infraction. L'intention criminelle sera recherchée dans la personne du représentant ou de l'organe qui a agit au nom et pour le compte de la personne morale afin de pouvoir caractériser l'intentionnalité de la personne

---

<sup>212</sup> C. com., art. L. 227-6.

<sup>213</sup> Cass. crim., 25 juin 2008, *Dr. pénal*, 2008, n° 140, obs. M. VERON.

morale. La Cour de cassation impose que les organes ou représentants aient eu conscience de la commission d'un délit pour pouvoir engager la responsabilité de la personne morale<sup>214</sup>.

**101. Cumul de responsabilité.** Ces considérations étant évoquées, il s'agit désormais de s'intéresser aux « réels » auteurs de l'infraction, c'est-à-dire « l'organe ou le représentant de la personne morale ». La notion de chef d'entreprise est souvent reprise bien que sa définition soit assez floue. Il s'agirait de la personne qui possède le pouvoir de direction et le pouvoir de prendre des décisions pour la gestion de l'entité. Deux visions du chef d'entreprise se dévoilent alors : le chef d'entreprise pris en sa qualité organique et le chef d'entreprise pris en sa qualité fonctionnelle.

**102. Auteur réel de l'infraction.** Une jurisprudence foisonnante a permis de mieux comprendre ce que recouvrait ce concept et qui étaient les réels auteurs de l'infraction. En ce qui concerne les établissements financiers, ils n'exercent pour la plupart que sous la forme de sociétés commerciales, et plus spécifiquement de sociétés anonymes monistes ou dualistes. Pour rappel, le système moniste est celui de la société de capitaux composée d'un conseil d'administration et d'un directeur général, le système dualiste prévoit que la société soit pour sa part composée d'un conseil de surveillance et d'un directoire. Plus concrètement, dans les sociétés anonymes pourvues d'un conseil d'administration, sont considérés légalement comme représentants de la société le président du conseil d'administration, le directeur général ou même le conseil d'administration<sup>215</sup>. Dans les sociétés anonymes « à l'allemande », l'organe ou le représentant peuvent être le directoire, le président du directoire, le directeur général unique<sup>216</sup> ou même les directeurs

---

<sup>214</sup> Cass. crim., 2 déc. 1997, Bull. crim., n° 408, *JCP G*, 1998. II. 10023, rapp. F. DESPORTES, *JCP E*, 1998.948, obs. P. SALVAGE, *Rev. sc. crim.*, 1998.536, obs. B. BOULOC; *Bull. Joly*, 1998.512, note J.- F. BARBIERI, *D.* 1999, somm. 152, obs. G. ROUJOU de BOUBÉE; G. ROUJOU de BOUBÉE, « La responsabilité pénale des personnes morales », *RJ com.*, 2001, p. 11 ; « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », in *Mélanges en l'honneur du professeur A. DECOCQ*, Litec, 2004, p. 535 ; confirmé par Cass. crim. 7 juill. 1998, Bull. crim., n° 216, *Rev. sc. crim.*, 1999.317, obs. B. BOULOC.

<sup>215</sup> C. com., art. L. 225-51-1 et L. 255-56.

<sup>216</sup> C. com., art. L. 225-58 et L.225-59.

généraux spécialement habilités par le conseil de surveillance à représenter la société<sup>217</sup>. En revanche, le conseil de surveillance ne peut être considéré comme étant un représentant ou un organe de l'article 121-2 du code pénal susceptible d'engager la responsabilité pénale de la société puisqu'il n'intervient à titre de contrôle qu'*a posteriori* des décisions prises par le directoire<sup>218</sup>. Ainsi, « *qu'il s'agisse d'une société pourvue d'un conseil d'administration ou d'une société à directoire, l'assemblée générale des actionnaires constitue incontestablement un organe délibérant* » au sens de l'article 121-2 du code pénal.

**103. Cumul des sanctions.** Enfin, un double problème complémentaire vient se poser. Tout d'abord, celui du cumul de sanctions entre personne morale et l'auteur réel de l'infraction. En d'autres termes, la personne morale peut parfois être seule condamnée alors que c'est bien une personne physique qui, en vertu d'un contrat de mandat, la représente et l'engage juridiquement. La crainte la plus grande qui pourrait avoir des conséquences sur les parties civiles, c'est la situation dans laquelle la personne physique, « *auteur réel* » de l'infraction, se cacherait derrière l'écran de la personnalité morale pour échapper à ses responsabilités<sup>219</sup>. Pour éluder cet écueil, le législateur a mentionné le cumul de responsabilité à l'article 121-2 alinéa 3 du code pénal par cette formule « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* ».

**104. La faute commise par l'organe ou le représentant engageant sa responsabilité personnelle.** L'analyse de l'article 121-3 du code pénal permet d'obtenir le régime juridique de ce cumul de responsabilité. L'alinéa 4, plus précisément, indique que la responsabilité des personnes physiques ne sera engagée qu'en cas de faute lourde,

---

<sup>217</sup> C. com., art. L. 225-66.

<sup>218</sup> C. com., art. L. 225-67.

<sup>219</sup> T. GARE et C. GINESTET, *Droit pénal procédure pénale*, Hyper cours Dalloz, 8e éd., Dalloz, 2014, p. 180, spéc. 313.

condition impérative énoncée à l’alinéa 3 de ce même texte. En outre, il faut que la personne physique ait « *violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », cette condition s’interprétant de façon restrictive par la jurisprudence. De cette lecture combinée des articles 121-2 et 121-3 du code pénal ressort que l’auteur réel de l’infraction, personne physique dirigeant ou organe de la personne morale, ne peut être poursuivie pénalement que s’il a commis une faute grave qui lui est imputable.

La Cour de cassation a analysé le texte de la même façon afin d’établir que l’absence de faute caractérisée du dirigeant ou de ses délégataires empêchait l’engagement de leur responsabilité pénale, mais la société demeurerait tout de même dans l’impossibilité de se prévaloir de la relaxe<sup>220</sup>. La simple négligence est insuffisante pour poursuivre pénalement la personne physique comme auteur indirect du dommage mais suffit à engager des poursuites à l’égard de la personne morale<sup>221</sup>.

**105. Délégation et responsabilité pénale.** Ensuite, se pose le problème de la délégation de pouvoir. En effet, la délégation de pouvoir a pour conséquence principale la délégation de responsabilité, et plus singulièrement celle de la responsabilité pénale<sup>222</sup>. La doctrine n’a pu trouver de compromis dans ce domaine<sup>223</sup>, la Cour de cassation a tranché en considérant que le délégataire peut engager pénalement la personne morale<sup>224</sup>. Pour la jurisprudence, les incidences du régime juridique de la délégation de pouvoir en matière pénale sont claires : la délégation de pouvoir entraîne la délégation de responsabilité pénale. Un simple salarié bénéficiant d’une délégation de pouvoir pourra être considéré

---

<sup>220</sup> Cass. crim., 24 oct. 2000, Bull. crim., n° 308, *Dr. penal*, 2001, n° 29, obs. M. VERON ; *Rev. sc. crim.*, 2001.162, obs. Y. MAYAUD.

<sup>221</sup> Cass. crim., 8 janv. 2013, *Dr. penal*, 2013, Comm. 55, obs. M. VERON.

<sup>222</sup> Art. 706-43 C proc. pén.

<sup>223</sup> Voir notamment : A. COURET, « La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture », *Rev. sc. crim.*, 1992, 475, et spéc. p. 490 ; J.-F. BARBIÈRI, « L’incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales », *LPA*, 1993, n° 130, p. 22, et spéc. p. 28.

<sup>224</sup> Voir notamment : Cass. crim., 9 nov. 1999, Bull. crim. n° 252.



comme étant un « *représentant* » de la personne morale au sens de l'article 121-2 du code pénal<sup>225</sup>.

Cette question relative à la délégation de pouvoir a des incidences non négligeables en matière de conformité. En effet, bien que la cellule conformité soit rattachée juridiquement au dirigeant de l'établissement financier, ce dernier fait bénéficier au responsable de cette cellule d'une délégation de pouvoirs en matière gestion des risques juridiques et financiers. En conséquence, les responsables compliance de l'établissement financier assument de lourdes responsabilités lorsque des défaillances du mécanisme de conformité sont détectées, notamment lorsqu'il s'agit de la consommation d'infractions pénales. De plus, par le mécanisme de la tierce introduction, la fonction conformité d'un établissement financier peut bénéficier de mécanismes de surveillance automatisée des transactions. Pour que ce type de délégation soit viable, il est nécessaire de conclure une convention formalisée permettant de déterminer les modalités de contrôle effectuées. L'établissement financier doit par exemple connaître précisément les critères constituant l'algorithme effectuant ces surveillances<sup>226</sup>.

**106. Identification de l'organe ou du représentant auteur de l'infraction.** En outre, la jurisprudence se montre assez libérale quant à la recherche de l'auteur « *réel* » de l'infraction, de son identification. En effet, selon une jurisprudence ancrée de la Cour de cassation, l'identification ne paraît avoir d'intérêt lorsque les circonstances des faits tendent à indiquer que l'infraction n'a pu être réalisée que par un organe ou un représentant<sup>227</sup>. Ce fonctionnement par présomption simple facilitant le travail de qualification des magistrats tend néanmoins à s'effriter au regard des derniers arrêts de la Cour de cassation<sup>228</sup>. En matière de contrôle interne et de conformité, c'est le dirigeant de la société qui en est responsable et par conséquent, il engage sa responsabilité

---

<sup>225</sup> Cass. crim., 25 mars 2014, n° 13-80.376.

<sup>226</sup> ACPR, Comm. sanct., 13 juin 2018, SIGUE GLOBAL SERVICES SAS, déc. n° 2017-07.

<sup>227</sup> Cass. crim., 20 juin 2006, *Rev. sc. crim.*, 2006, 885, obs. Y. MAYAUD.

<sup>228</sup> Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10-86.974.

personnelle lorsque ces procédures sont insuffisantes ou manquantes. Cela a des incidences extrêmement importantes lorsque des délégations de l'aspect « *conformité* » de l'entreprise ont été réalisées au bénéfice d'un tiers.

**107. Responsabilité pénale des établissements financiers.** La responsabilité pénale des personnes morales appliquée aux établissements financiers n'apporte que peu de particularité. Du point de vue des risques encourus, il s'agit, depuis 2004, de toutes les infractions existantes, les infractions d'affaires et celles liées au droit de la concurrence. Le principe de responsabilité des personnes morales fût vivement critiqué par toute une partie de la doctrine qui arguait que la personne morale ne pouvait commettre de faute que lorsque la faute pénale est due à un problème de fonctionnement interne, une organisation défectueuse ou de mauvais choix stratégiques aussi bien du point de vue commercial que social<sup>229</sup>. Le risque procédural, consécutif au risque pénal, comporte aussi une importance particulière en matière bancaire et financière. En tout état de cause, le dirigeant de la société assume pleinement la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale.

**108. Les peines principales encourues par les personnes morales.** En tant que fiction juridique, la personne morale ne peut voir prononcer à son encontre de peines d'emprisonnement. L'article 131-38 du code pénal prévoit que les personnes morales encourent une amende portée au quintuple de ce qu'encourt une personne physique pour la commission d'une infraction similaire. Un dé plafonnement de cette amende est prévu dans certaines infractions spécifiques telles que le blanchiment de capitaux ou encore le délit d'initié. A ce risque de sanction pénale dé plafonnée s'ajoute le fait que l'article 131-39 du code pénal prévoit les peines complémentaires applicables aux établissements financiers. La peine ayant le plus d'impact est sans conteste la dissolution de la personne morale. Cela tend à prononcer la « mort » de la société.

---

<sup>229</sup> C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, 1994, Hachette, p. 74.

**B. La conformité : à la croisée des fonctions de gestion des risques et des fonctions juridiques**

*109. Une synergie de conformité.* Comme évoquée précédemment, la société doit mettre en œuvre des procédures lui permettant de limiter les risques de financiers et juridiques, sa réalisation est liée à une déontologie qui en serait le socle. L'entreprise s'autorégule à l'aide de divers outils, dont notamment la déontologie<sup>230</sup>, mais cela ne peut suffire. Une synergie doit amener tous les secteurs de l'entreprise à fonctionner dans la même configuration de ce que doit être la conformité de l'entreprise, sans que des champs de compétence interfèrent entre les différentes fonctions de la compliance.

*110. Confusion sémantique.* Une confusion peut être aisément réalisée entre compliance et contrôle interne. Or, comme cela a été évoqué précédemment, la compliance ne représente qu'une partie du contrôle interne. Ce qui est couramment dénommée compliance dans le langage des affaires se réfère en général au risque de non-conformité. Celui-ci est une subdivision du contrôle en ce qu'il ne traite qu'un risque particulier parmi tous ceux mentionnés dans les textes de référence. Or, le contrôle interne se rapproche du concept plus général de gestion des risques puisqu'il évoque et encadre les risques et leur gestion au sens large en comprenant aussi bien les risques financiers, économiques, juridiques, quasi-juridiques et les risques de réputation. La compliance ne se réfère a

---

<sup>230</sup> D. GUTMANN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in Archives Phil. dr., *L'obligation*, 2000, t. 44, p. 115-128.

*priori* qu'au risque de non- conformité et *in extenso*, aux risques juridiques. En réalité, tout dépendra de l'organigramme de chaque société mettant en place ce dispositif de contrôle interne. Certaines engloberont plus de tâches et de missions concernant le *compliance officer* en charge de gérer le service conformité alors que d'autres définiront strictement les missions de ce dernier. Il s'agit en quelque sorte d'une forme d'institutionnalisation du contrôle interne.

**111. Une anticipation des risques fondée sur un triptyque organique.** Un triptyque fait fonctionner la compliance dans son acception d'anticipation des risques et non pas comme une simple soumission à la loi<sup>231</sup>. Les fonctions de compliance, de conformité juridique et de gestion des risques sont interdépendantes les unes des autres. Au croisement de ces trois grandes fonctions se manifeste le risque réglementaire. De là naîtraient le risque de non-conformité, la conformité réglementaire ou encore le risque juridique. Mais la distinction entre ces trois grandes fonctions de la compliance est loin d'être aisée. Bien souvent, leurs champs de compétence se recoupent.

La fonction juridique comprend une base solide en se composant d'un service juridique spécifique. Ce dernier identifie et anticipe les risques juridiques, notamment au travers de l'interprétation des textes et de la veille juridique. Également, ce service peut assurer des missions de gestion des contentieux mais aussi de limiter le risque juridique. Il « *résulte de la conjonction d'une norme juridique et d'un événement (changement de norme, transgression de la norme, application de la norme ou agression de la norme), un certain degré d'incertitude devant frapper la norme et / ou l'événement pour faire naître un risque juridique* »<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> L. S. PAINE, "Law, ethics, and managerial judgement", *Journal of Legal Studies*, 1994, 12(2), p. 153.

<sup>232</sup> C. COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? - Contribution à la définition du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, 2008, dossier 3 ; en se basant notamment sur les travaux de F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, éditions d'organisation, 2006.

La fonction de gestion des risques a pour tâche d'identifier, analyser, évaluer, traiter, contrôler de façon globale les risques. En d'autres termes, dans les établissements financiers, son rôle est étroitement lié au respect de l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne qui prévoit un contrôle global de la compliance dans l'entreprise. Cette fonction détient un impact majeur du point de vue économique car c'est elle qui va pouvoir alerter les dirigeants lorsque, par exemple, les normes en vigueur sur les fonds propres ne sont pas respectées. Dorénavant, en France, les sociétés par action doivent rendre des comptes en matière de mise en place d'un contrôle interne, notamment lorsque les sociétés sont admises à offrir leurs titres sur les marchés réglementés<sup>233</sup>.

**112. La fonction conformité.** Enfin, en ce qui concerne la fonction de conformité, elle comprend le process, le contrôle, la formation, la diffusion de la conformité. C'est en cela que cette fonction est essentielle au sein de l'entreprise. Son rôle est de promouvoir et de faire comprendre les enjeux d'une forme de conformisme aux différents acteurs de la société, leur faire prendre conscience des risques associés à une erreur humaine et les informer pédagogiquement des dangers liés à l'entreprise. La fonction conformité transpose les textes de loi et les actes répondant du droit mou en process et s'assurent de contrôler le bon fonctionnement du dispositif. L'AMF s'investit sur cette question du contrôle interne en produisant des rapports évaluant l'efficacité du contrôle interne dans la gestion des risques<sup>234</sup>, tout en guidant les entreprises afin d'organiser le contrôle interne et plus spécifiquement le contrôle réglementaire en différentes fonctions aussi distinctes que complémentaires<sup>235</sup>. Ce guide vise à standardiser l'analyse des principaux risques touchant la société, son évaluation, sa gestion et sa surveillance. La fonction conformité se doit d'établir un référentiel commun, c'est-à-dire un document standardisé retraçant

---

<sup>233</sup> Articles L. 225-37, alinéa 6 du Code de commerce pour les SA monistes et L. 225-68 du Code de commerce pour les SA dualistes.

<sup>234</sup> AMF, Rapp. 2007 : [http://www.amf-france.org/documents/general/8137\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8137_1.pdf) ; AMF, Rapp. 2008 : [http://www.amf-france.org/documents/general/8584\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8584_1.pdf).

<sup>235</sup> Document accessible à l'adresse suivante : [http://www.amf-france.org/documents/general/7602\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/7602_1.pdf). Pour les valeurs petites et moyennes, l'AMF a publié en février 2008 un référentiel plus adapté : [http://www.amf-france.org/documents/general/8178\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8178_1.pdf).

une terminologie unifiée que chaque organe de la société pourra utiliser. De cette harmonisation dépend l'efficacité de la gestion des risques par l'entreprise.

C'est ainsi que se développent dorénavant de nombreuses formations en matière de détection des risques de blanchiment de capitaux voire de financement du terrorisme, du risque de corruption.

## Conclusion du chapitre 1

---

**113. Une conformité de groupe.** Concept d'origine anglo-saxonne, issu de la pratique, la conformité possède une définition malléable et non uniformisée. Son acception comprend plusieurs valeurs non juridiques telles que l'éthique, la morale ou encore la déontologie, concepts qui s'entrecroisent et interfèrent véritablement sur le droit. Bien que n'ayant pas de définition exacte, sa pratique s'est étendue à toutes les grandes entreprises, pour la plupart cotées. Apprenant des erreurs du passé et ayant la volonté d'éviter l'avènement d'une crise systémique mondiale, les grands Etats mondiaux réunis en G-7 puis en G-20 ont permis l'installation concrète de cette délégation de contrôle au sein de l'entreprise. Les établissements financiers ont l'obligation de mettre en place un organe de conformité, assumé par les dirigeants sociaux, afin de s'assurer que celui-ci respecte les normes réglementaires en vigueur. Cette fonction de conformité est bien souvent étendue au niveau du groupe mais se trouve segmentée lorsque les banques ont des activités séparées de banque de détail et de banque de marché.

**114. Cadre et intérêt de la fonction conformité.** En France, c'est l'arrêté du 3 novembre 2014 qui évoque le contrôle interne des établissements financiers. Il correspond à une vision plutôt globale de la compliance, prise en son sens de conformité pluridisciplinaire. Plus strictement, un article de cet arrêté évoque le risque de non-conformité qui regroupe l'ensemble des normes issues du droit dur et du droit mou dont l'établissement doit assurer le respect. Cet ensemble assez vaste comprend en réalité tous les textes qui peuvent impacter la banque aussi bien sur ses activités de banque de détails que sur ses activités de banque de marché. La fonction conformité a donc pour mission de s'assurer du respect de ces normes. Les risques liés à l'irrespect de ces normes sont souvent d'origine pénale. En effet, d'importantes obligations de lutte en matière de corruption, de blanchiment de capitaux, de financement du terrorisme, de conflit d'intérêts, de délits d'initiés incombent

aux banques. C'est en cela que la fonction conformité contrôle le conformisme à la norme pénale, vue dans un sens large, afin d'éviter tout risque pénal et donc tout risque de poursuite de la personne morale ou de ses dirigeants.

***115. La conformité : un concept au croisement de l'autonomie et de l'hétéronomie.*** Bien que non compris dans le périmètre de cet arrêté, les OPCVM et FIA ont également des obligations en matière de mise en place d'un contrôle interne et d'une fonction de conformité. Une réglementation spécifique est spécifiée dans le Règlement Général de l'Autorité de Marchés Financiers. Par ailleurs, la cellule conformité travaille en lien étroit avec le *risk manager*, le contrôleur de gestion et les juristes de l'entreprise puisque sa mission est pluridisciplinaire. Au vu de l'aspect multidimensionnel de la compliance, il est difficile de fixer un axe d'analyse précis à ce concept. Entre autonomie et hétéronomie, la conformité recouvre des réalités à la fois substantielles et fonctionnelles qui influent sur les normes propres à l'encadrer ainsi que les normes qu'elle encadre.



## **Chapitre 2. Restriction du périmètre de la conformité au risque de non-conformité**

---

Après avoir étudié les différents aspects de la compliance, il convient désormais d'aborder le cadre juridique de la conformité bancaire. Le texte de référence étant l'arrêté du 3 novembre 2014 qui définit le cadre de la compliance et plus précisément de la non-conformité. Ainsi, une définition négative apparaît comme le fondement conceptuel d'obligations majeures à la charge des établissements financiers. Cet arrêté du 3 novembre 2014 astreint les établissements financiers au respect d'un panel de normes aussi variées qu'imprécises. Oscillant entre normes internationales et normes déontologiques, le risque juridique de ces organismes est accru par leur rôle actif dans le processus de mondialisation des flux économiques et financiers. Un enchevêtrement de normes complexes et techniques, pour la plupart assorties de sanctions pénales lourdes, est une source d'insécurité juridique pour les entreprises. En cas de sanctions à leur égard, la confiance des clients peut s'effriter tout autant que la réputation de marque et des services qui y sont attachés. Cette conformité réglementaire vaut aussi bien au plan national (Section 1) qu'au plan international (Section 2).

## ***Section 1. Fixation nationale d'une conformité spécifique aux établissements financiers***

---

Après avoir évoqué les normes et recommandations ayant une incidence sur le contrôle de conformité français, il est intéressant d'aborder les règles particulières du droit français. L'arrêté du 3 novembre 2014 fixant le cadre juridique du contrôle interne des établissements financiers figure comme le texte de référence de la pratique. Portant sur des aspects essentiellement économiques et financiers, il est intéressant de s'intéresser à la partie relative au risque juridique entendu largement comme le risque de non-conformité. Le régime de fixation de la conformité bancaire et financière comporte une double vision : une vision légaliste et une vision consensualiste de la conformité (§1).

Le rôle des comités consultatifs spécialisés en matière bancaire et financière n'est pas sans intérêt puisqu'il est relativement influent, que ce soit *a priori* c'est-à-dire dans la réalisation de norme juridique, ou *a posteriori* dans l'application et l'interprétation de la norme. La loi Sécurité financière de 2003<sup>236</sup> a créé deux nouvelles institutions : le Comité consultatif du secteur financier (CCSF)<sup>237</sup> et le Comité consultatif de la législation et de la réglementation (CCLRF)<sup>238</sup>. Le premier comité est «chargé d'étudier les questions relatives entre d'une part, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance et d'autre part, leurs clientèles respectives, ce qui explique qu'il soit composé en majorité et en nombre égal de représentants des établissement de crédit, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurance, des agents généraux et courtiers d'assurance d'une part, et des représentants des clientèles d'autre part »<sup>239</sup>. Les Parlementaires, le gouvernement, et

---

<sup>236</sup> Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière.

<sup>237</sup> Le CCSF est venu se substituer au Comité national du crédit et du titre, le Comité consultatif et la Commission consultative de l'assurance.

<sup>238</sup> Le CCLRF s'est substitué au Comité de la réglementation bancaire et financière et au Conseil des assurances.

<sup>239</sup> Décret n° 2004-850 du 23 août 2004, JO n° 197, 25 août 2004, p. 15223.

plus spécialement le ministre de l'économie, font appel à ce comité afin de recevoir ses avis et recommandations<sup>240</sup>.

Le CCRLF est saisi quant à lui avant tout projet de texte en matière financière afin de donner un avis « *simple* » ou « *renforcé* »<sup>241</sup>. Sa mission est de « donner un avis sur tous les projets de textes normatifs à portée générale dans le domaine bancaire, financier et des assurances (loi, ordonnance, décret, arrêté, ainsi que règlement européen et directive européenne), sur saisine du ministre chargé de l'économie à l'exception des textes portant sur l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou entrant dans les compétences de celle-ci »<sup>242</sup>.

Le CCSF et le CCRLF sont tous deux rattachés à la banque de Etats-Unis. Même si leur qualification en tant que source de droit peut être discutée, il ne fait aucun doute que les établissements financiers doivent se conformer à leurs avis et leurs recommandations lorsqu'ils en sont directement destinataires. Aucun pouvoir légal de contrainte n'est toutefois offert à ces comités afin de faire respecter les recommandations mais leur lien direct avec le ministère de l'Economie<sup>243</sup> leur procure une légitimité difficilement contestable.

Comme vues précédemment, les entreprises d'investissement exclues du régime de l'arrêté du 3 novembre 2014 suivent un régime spécial issu du code monétaire et financier ainsi que du règlement général de l'AMF. Ces textes font partie des règles que doivent respecter ces sociétés de gestion de portefeuille particulières en termes de contrôle interne et de conformité (§2).

---

<sup>240</sup> T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Corpus droit privé, 2e édition, 2005, Economica, p. 296, 306.

<sup>241</sup> T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, ibid, 306.

<sup>242</sup> <https://cclrf.banque-france.fr/accueil/presentation/missions.html>

<sup>243</sup> C. mon. et fin., art. Article L. 611-1 et s.

## **Paragraphe 1. Les normes de fixation générales de la conformité bancaire et financière**

La conformité peut être formelle ou substantielle, mais d'autres distinctions conceptuelles sont possibles. En effet, la conceptualisation de la conformité rend nécessaire l'observation de ce qui en est l'objet. Celui-ci comprend les normes issues du droit dur mais également toute forme de droit spontané créée par l'entreprise ou un groupe d'entreprises. En matière d'établissements financiers, un arrêté du 3 novembre 2014 précise bien que ces derniers doivent « *respecter les lois et règlements en vigueur mais également des règles déontologiques, de normes professionnelles et d'instructions de dirigeants* ». Dès lors, deux structures de conformité sont respectées par les établissements financiers : une conformité que l'on pourrait qualifier de légaliste, en lien direct avec le droit dur (A) et une conformité plutôt consensualiste, en lien direct avec le droit mou (B).

### **A. Constatation d'une conformité légaliste**

**116. Appréhension du risque de non-conformité.** Comme évoqué précédemment, l'article 10 p) de l'arrêté du 3 novembre 2014 énonce un risque particulier que les établissements de crédit doivent éluder : le risque de non-conformité. Celui-ci est défini par le texte comme étant « *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* »<sup>244</sup>, la définition restant inchangée de celle du règlement CRBF 97-02. Le risque juridique se réfère au risque d'inexécution d'un contrat financier, il sera compris dans le cas des risques opérationnels dans leur globalité.

**117. Une conceptualisation négative : une approche par les risques.** Or, ce risque de non-conformité est intéressant de par sa définition et de par son contenu. En effet, le risque n'est pas ici défini positivement mais négativement. De plus, c'est un risque qui se subdivise en deux phases thématiques : une sanction judiciaire, une sanction administrative, une sanction disciplinaire pour l'aspect « judiciaire ». L'autre phase remarquable forme un aspect « *financier* » puisque sont évoquées des pertes financières significatives et une atteinte à la réputation, qui aura nécessairement une répercussion sur le bilan de l'entreprise.

Cette notion de risque de non-conformité est donc originale par sa forme mais aussi sur le fond puisque la conformité tend à s'entendre comme étant une conformité juridique.

Il est plutôt intrigant de conceptualiser la conformité de façon négative. C'est pourtant ce qu'a fait le comité de la réglementation bancaire et financière par le règlement 97-02. Le gouvernement a suivi la même trame intellectuelle en reprenant cette même définition de l'arrêté du 3 novembre 2014. Comme mentionnée précédemment, la conformité n'a pas de définition propre mais est traitée sous l'aspect des risques. Les différentes directives européennes relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme usent également de cette approche par les risques depuis 2006. Les risques sont de différents types dans ce texte. En ce qui concerne le risque judiciaire au sens large, sont intégrés dans cette subdivision les risques de sanction judiciaire, administrative et disciplinaire. Sont ensuite mentionnés les textes auxquels doit se conformer l'établissement de crédit ou assimilé<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Article 10 p) du règlement CRBF 97-02.

<sup>245</sup> Assimilé est ici à considérer comme étant les autres établissements mentionnés par l'article 1er de l'arrêté du 3 novembre 2014.

**118. L'affirmation d'un conformisme aux lois et règlements.** Cette définition, bien que négative, détermine le cadre du contrôle de conformité. Sont visés les textes internationaux, régionaux mais aussi les textes de droit interne. Cette formule assez large a certainement été préférée afin de déterminer de façon non exhaustive le cadre du contrôle de conformité. Adaptabilité et souplesse sont certainement les raisons de cette acception large des causes de conformité. Ainsi, les activités des établissements financiers doivent refléter les attentes de ces textes issus du droit dur afin d'optimiser sa sécurité juridique.

## **B. Avènement d'une conformité consensualiste**

**119. Périmètre d'application du risque de non-conformité.** Dans la définition du risque de non-conformité précisée par l'arrêté du 3 novembre 2014, celle-ci a pour support en plus des textes légaux et réglementaires, des textes d'origine contractuelle, voire issus de règles émanant de l'employeur. En effet, sont visées les normes professionnelles et déontologiques.

Il convient dans un premier temps de définir ce que sont les normes professionnelles et déontologiques et définir leur périmètre d'applicabilité. Par usage, l'expression de « norme professionnelle » ne trouve pas d'équivalent en droit français. Tout au plus, cette formulation se retrouve en matière de profession réglementée telle que pour les « *normes d'exercice professionnel des commissaires aux comptes* ». Cela s'entend comme étant un ensemble de normes spécifiques applicables à une situation professionnelle déterminée, voire une profession (corporation) en particulier. Appliquées à ce texte, les normes professionnelles à respecter font référence aux règles issues des usages bancaires et financiers, dont la plupart sont repris par le règlement général de l'autorité des marchés financiers. Dès lors, une confusion s'élabore entre règles déontologiques et normes professionnelles.

**120. Les instructions des dirigeants effectifs.** L'arrêté du 3 novembre 2014 précise qu'il s'agit d'instructions prises en considération des orientations données par l'organe

de surveillance. Ce dernier n'est pas défini par la loi mais semble correspondre aux autorités de régulation et de supervision. En France, l'AMF est l'autorité de régulation qui va contrôler les opérations et le comportement des établissements financiers, entre autres, sur les marchés financiers réglementés. L'ACPR, quant à elle, correspond à l'autorité de supervision chargée de vérifier que les établissements financiers appliquent convenablement les règles prudentielles inhérentes au domaine bancaire, aux ratios initiés par le comité de Bâle notamment. L'article 10 p) de l'arrêté du 3 novembre 2014 est uniquement destiné aux établissements établis en France. Si des établissements français ont des intérêts ou des succursales à l'étranger, il va sans dire que ceux-ci devront se conformer aux exigences des autorités de régulation compétente dans les lieux où ils sont implantés. Par exemple, il peut s'agir de la SEC<sup>246</sup> si la banque a des intérêts et une présence physique aux Etats-Unis, du FCA<sup>247</sup> en Grande-Bretagne, etc.

**121. Analyse du concept « d'orientation ».** L'organe de surveillance, par des recommandations et des avis, voire par sa jurisprudence propre, va fournir les principales règles à suivre par les établissements ainsi que le détail de leur application. Deux procédés principaux permettent de donner une image fidèle de ce qu'attendent les autorités de contrôle : l'analyse de la jurisprudence des commissions de sanction et de l'AMF et de l'ACPR, l'analyse des règles de droit spontané créées par ces autorités afin de diffuser avec plus de rapidité et de souplesse leurs exigences. En matière de contrôle interne et d'efficacité des mesures de conformité mises en place par l'entreprise, c'est l'ACPR qui rend le plus de décisions. Elle sanctionne notamment les banques de détail concernant le non-respect de leurs obligations de contrôle effectif permanent des clients et des opérations réalisées par la banque. Sont liées à cela les obligations en matière de lutte contre le blanchiment incombant aux banques. Elles doivent mettre en œuvre un ensemble de processus comportant des moyens humains et financiers permettant une détection rapide des opérations suspectes et des clients douteux. Doit ensuite être réalisée, sans délai, une déclaration à TRACFIN. De

---

<sup>246</sup> *Security Exchange Commission.*

<sup>247</sup> *Financial Conduct Authority.*

nombreuses décisions rendues par la commission des sanctions de l'ACPR viennent sanctionner, par un blâme et une amende, les comportements négligents et fautifs des banques dans ce domaine<sup>248</sup>.

## **Paragraphe 2. Les normes spécifiques applicables aux organismes de gestion de portefeuille**

Bien que le texte soit peu clair et intelligible, ces deux types d'entreprise d'investissement à statut spécifique<sup>249</sup> sont expressément exclus du périmètre légal de l'arrêté du 3 novembre 2014. Ce sont donc des textes particuliers issus du règlement général de l'AMF qui imposent les mesures de contrôle interne et de compliance. Les FIA (Fonds d'investissements alternatifs) et les OPCVM (Organismes de placement collectif en valeur mobilières) ont une structure équivalente aux établissements de crédit faisant partie du périmètre de l'arrêté du 3 novembre 2014. Le règlement général de l'AMF lui impose de disposer d'un contrôle interne (A) mais surtout d'une conformité réglementaire, partie intégrante du contrôle interne (B).

### **A. Le contrôle interne en matière d'OPCVM et de FIA**

---

<sup>248</sup> ACPR, déc. Comm. Sanctions 19 juil. 2017, SOCIETE GENERALE, décision n° 2016-07 ; ACPR, déc. Comm. Sanctions, 30 mai 2017, BNP, décision n° 2016-06.

<sup>249</sup> Certains auteurs reprochent à ce statut spécifique un nouveau morcellement du droit bancaire : reprendre l'article qui parle de « mosaïque du droit pénal ».



La réglementation des Organismes de Placements Collectifs de Valeurs Mobilières a pour source le droit de l'Union Européenne. Plusieurs directives sont venues encadrer ces OPCVM dont la première dans les années 1980<sup>250</sup> qui ont été modifiées par la suite en 2002<sup>251</sup> puis en 2009<sup>252</sup>. La dernière directive à avoir fixé leur régime est la directive dite OPCVM V en 2014<sup>253</sup>. Au même titre que les autres prestataires de services d'investissement, les OPCVM sont dans l'obligation de mettre en œuvre des procédures internes afin de limiter les risques financiers et les risques de blanchiment (1). Les fonds alternatifs d'investissement supportent les mêmes obligations, même si leur réglementation juridique est distincte (2)

### 1. Le contrôle interne appliqué aux OPCVM

**122. Contenu des obligations de contrôle interne.** Les principes relatifs à la directive MIF ont imposé la mise en place de mesures de contrôle interne dans les PSI mais qui étaient déjà appliquées avant sa transposition. Ce dispositif est prévu aux articles L. 533-2 alinéa 1er du CMF et aux articles 313-1 et suivant du règlement général de l'AMF. Aucune définition technique du contrôle interne n'est fournie mais il est fait référence à l'article L. 511-55 du code monétaire et financier.

L'article 313-58 du règlement général de l'AMF fait état de l'obligation incombant aux sociétés de gestion de contrôler et d'évaluer de façon régulière l'efficacité des mécanismes de contrôle interne ainsi que de remédier aux défaillances potentielles. Toute cela constitue une nature plus ou moins floue de ce qu'est le contrôle interne. Si l'on se réfère à la nature même de ce qu'est un établissement financier, il est possible d'établir une analyse analogique entre ce que comprend la notion de contrôle interne applicable aux OPCVM et ce qui correspond au contrôle interne des

---

<sup>250</sup> Dir. n° 85-611 du Conseil du 20 décembre 1985 dite OPCVM 1.

<sup>251</sup> Dir. Cons. CE n° 2001/108, 21 janvier 2002 dite OPCVM III ou UCITS III.

<sup>252</sup> Dir. n° 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009.

<sup>253</sup> Dir. n° 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014.

établissements de crédit. Pour mémoire, c'est l'article 3 de l'arrêté du 3 novembre 2014 qui prévoit que « Le contrôle interne mentionné à l'article 2 comprend notamment :

- a) Un système de contrôle des opérations et des procédures internes ;
- b) Une organisation comptable et du traitement de l'information ;
- c) Des systèmes de mesure des risques et des résultats ;
- d) Des systèmes de surveillance et de maîtrise des risques ;
- e) Un système de documentation et d'information ;
- f) Un dispositif de surveillance des flux d'espèces et de titres. »

**123. Critiques.** Par conséquent, il est aisé de penser qu'un simple transfert de définition entre les établissements de crédit et les OPCVM puisse être réalisé afin de simplifier non seulement l'application mais aussi la surveillance de ce contrôle interne. Pourtant, si les OPCVM sont par nature des établissements financiers, ils bénéficient d'un droit spécial autant dans la fixation du cadre juridique global que dans l'application des exigences de contrôle interne et de conformité. Dès lors, il est intéressant de se questionner sur les causes de cette différence de régime. Il aurait été judicieux que le paquet « *CRD IV* » harmonise l'application des procédures de contrôle interne en créant un régime unique applicable aussi bien aux établissements de crédit et assimilés qu'aux entreprises d'investissement, que ces dernières aient un statut particulier ou non. Cela est d'autant plus gênant que les OPCVM, qui sont exploités juridiquement sous la forme de SICAV<sup>254</sup> et de fonds communs de placements, exercent la plus grande partie de leurs opérations sur les marchés réglementés tel qu'Euronext en Europe.

---

<sup>254</sup> Sociétés d'investissement à capital variable.

**124. Surveillance de l'AMF.** L'autorité de régulation en charge de la surveillance et du respect des règles de contrôle interne pour les OPCVM est l'autorité des marchés financiers. Chaque SICAV et fonds commun de placement est soumis aux décisions et recommandations de l'AMF en matière de conformité et de contrôle interne.

La jurisprudence de la commission des sanctions de l'AMF est dense en matière de surveillance et de sanction du contrôle interne. Par cette jurisprudence, il est plus aisé de saisir de quelle façon l'autorité de régulation conçoit la forme et les procédures du contrôle interne. Deux décisions de la commission des sanctions de l'AMF du 15 mai 2008 et du 5 décembre 2013 ont estimé que l'absence d'un déontologue ayant connaissance des règles internes et donc de son application et de son extension aux salariés de l'entreprise privait le contrôle de toute effectivité<sup>255</sup>. Dans le dernier contentieux, il était reproché à la société d'avoir tardé à formaliser les contrôles de conformité réalisés au cours de l'année, ce qui a empêché le responsable de la conformité d'en tirer les conséquences utiles afin de minimiser les risques de défaillance. Etaient aussi reprochés un manque de moyens humains à la fonction de conformité ainsi qu'un manque d'autorité du responsable conformité préjudiciable au bon fonctionnement du contrôle interne. L'ensemble de ces reproches sont fondés sur les textes du règlement général de l'AMF qui paraît être le texte de référence en matière de contrôle interne dans les entreprises se situant hors du périmètre de l'arrêt du 3 novembre 2014.

**125. Insuffisance de contrôle.** Un contrôle est estimé insuffisant lorsqu'il y a une absence d'effectivité des procédures internes ou que ce dernier ne permet pas de révéler les manquements de l'OPCVM à ses obligations de « *best execution* »<sup>256</sup> par l'utilisation de « *comptes parking* » ou encore appelés comptes de stockage<sup>257</sup>. Monsieur Michel STORCK, quant à lui, estime que la « gravité de la faute du préposé met en évidence la défaillance des procédures de contrôle interne et donc la

---

<sup>255</sup> Déc. Comm. Sanctions AMF, 15 mai 2008, Société Agilis gestion ; Déc. Comm. Sanctions AMF, 5 décembre 2013, Sociétés ICMOS France, Bull. Joly Bourse 2014, p. 137, note Riassetto I.

<sup>256</sup> Article 16 du règlement COB n° 96-03.

<sup>257</sup> Déc. Commission des sanctions AMF, 19 juin 2007, Société Financière Galilée et M. Frédéric Ohana, Rev. AMF 2007, n° 40, p. 221.

responsabilité du prestataire, ce qui fait rejaillir une autre obligation à la charge des prestataires : veiller à l'honorabilité et à l'intégrité des salariés qu'ils recrutent<sup>258</sup>.

Ce droit spécial appliqué aux sociétés de gestion comprend beaucoup moins de contraintes que celles prévues par ce que l'on pourrait qualifier de droit commun, c'est-à-dire celui de l'arrêté du 3 novembre 2014.

## 2. Le contrôle interne appliqué aux FIA

**126. Du risque financier au risque systémique.** En matière de FIA, le législateur européen est intervenu en 2010 à la suite de la crise systémique des *subprimes*. Les véhicules financiers principalement mis en cause sont les hedge funds. Ils sont accusés d'avoir arbitré favorablement les CDS (*Credit Default Swap*) et CDO (*Collateralized Debt Obligation*) tout en sachant les dangers que ces dérivés du crédit représentaient. Les autres critiques souvent mentionnées à propos des hedge funds concernaient la densité des flux *off shore* qu'ils créaient, tout en limitant les flux *in shore*, leur implantation bien souvent *off shore*, leur stratégie spéculative dite « alternative » qui consiste le plus souvent à prendre des positions longues en réalisant des ventes à découvert ou en ayant recours massif aux produits dérivés. Leur manque de transparence et leur appétence pour les marchés non réglementés sont également à mettre à leur charge. C'est en cela que l'Union Européenne est venue réglementer un type d'activité qui ne l'était pas assez et qu'elle qualifie de « fonds d'investissement alternatif » usant de l'effet levier par des stratégies d'investissement fondées sur l'arbitrage ou encore la vente à découvert. Les risques qu'ils auraient pris sur les marchés ont accru la transmission du risque systémique dont ils en sont des acteurs de premier rang<sup>259</sup>. Leur activité est intimement liée aux *prime brokers*, c'est-à-dire aux banques d'investissement qui font office d'intermédiaires financiers et offrent ainsi

---

<sup>258</sup> Déc. Comm. AMF, 13 mars 2008, Société J.-P. Klein Investissement et J.-J. Porte, *Bull. Joly Bourse*, 2008, p. 368 ; *RTD Com.*, 2007, p. 809, obs. M. STORCK.

<sup>259</sup> [congres.afse.fr/docs/633525lareglementationdeshedgefundsavril2008.doc](http://congres.afse.fr/docs/633525lareglementationdeshedgefundsavril2008.doc).

des services financiers aux *hedge funds* contre rétribution. Cette rétribution prend la forme de commissions et permet aux *hedge funds* de s'assurer une réputation sur le marché en utilisant des indices de cotation d'une banque d'investissement.

**127. Autonomie d'action liberticide des fonds spéculatifs.** Le vide réglementaire étant comblé depuis peu, un encadrement juridique et financier beaucoup plus strict qu'auparavant est réservé à ces fonds spéculatifs usant des effets de leviers. La question qui se pose alors est de savoir pourquoi le législateur, aussi bien national qu'européen, a laissé pendant toutes ces années ce champ de liberté à ces fonds spéculatifs. Aussi, pourquoi ces mêmes fonds continuent-ils à bénéficier d'un régime particulier distinct du régime ordinaire des OPCVM ? Il n'y a pas véritablement de réponse à ces questions. Aucune autre explication que celle de pressions que pouvait effectuer le lobby des banques sur le législateur. Ces dernières ayant été priées d'assainir leurs livres comptables, des tensions ont commencé à naître entre banque d'affaires et *hedges fund*.

**128. Obligation de bonne gestion.** La directive AIFM transposée par l'article 318-1 du règlement général de l'AMF énonce que « *la société de gestion de portefeuille utilise à tout moment les ressources humaines et techniques adaptées et appropriées nécessaires pour la bonne gestion des FIA* ». Dès lors se pose la question de savoir ce qui est entendu sous cette expression de « *bonne gestion* ». Cette bonne gestion comprend principalement la mise en place effective « *de procédures de contrôle interne adéquates incluant, notamment, des règles relatives aux transactions personnelles de ses employés ou la participation dans la gestion d'investissements en vue d'investir pour son propre compte et garantissant, au minimum, que chaque transaction concernant les FIA peut être reconstituée quant à son origine, aux parties concernées, à sa nature ainsi qu'au moment et au lieu où elle a été effectuée, et que les actifs des FIA gérés sont investis conformément au règlement ou aux statuts de FIA et aux disposition législatives et réglementaires en vigueur* »<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> I. RIASSETO, Fonds d'investissements alternatifs, Lamy droit du financement, Wolters Kluwer France, édition 2016, p. 1296, spéc. 2255.

L'article 57 du règlement délégué n° 231/2013/UE de la Commission du 19 décembre 2012 complétant la directive AIFM précise encore cette notion de contrôle interne en énonçant que les mécanismes de contrôle interne, les procédures de prise de décision, le reporting interne et la communication, l'intégrité et la confidentialité d'informations en interne devaient être maintenus opérationnels et mis à jour de façon régulière.

Ainsi, au-delà du contenu, la périodicité des mises à jour des mécanismes de contrôle interne est essentielle et fait partie intégrante du contrôle.

## **B. Risque de non-conformité et conformité réglementaire des OPCVM et des FIA**

Les fonds d'investissement alternatifs correspondent aux « *non-UCITS* », c'est-à-dire les fonds d'investissement n'entrant pas dans le champ d'application de la directive OPCVM. Plus communément, ces acteurs du marché financier sont appelés *Hedge funds*, d'autres forment les fonds de capital-risque (*private equity funds*) (1).

Au même titre que les autres prestataires de service d'investissement, ils doivent évaluer les risques qu'ils prennent tant au niveau de leur structure que de leurs opérations. Le respect de la norme *Le Lamy droit du financement*, Wolters Kluwer, 2019, V° « Fonds d'investissements alternatifs, OPCVM ». et des ratios institués par le comité de Bâle leur est donc obligatoire. Outre un système de contrôle interne, la présence d'un *compliance officer* gérant le risque de non-conformité est nécessaire (2). Il n'est d'ailleurs pas rare que dans ce type de structures à taille humaine, le *compliance officer* soit également responsable juridique.

### 1. Conformité réglementaire et risque juridique

**129. Distinction conceptuelle.** De prime abord, ces deux notions semblent aborder la même thématique : celle du respect de la norme juridique par un sujet de droit.

Seulement, le périmètre de chacun de ces concepts est différent. Par définition, le risque juridique « *résulte de la conjonction d'une norme juridique et d'un événement (changement de norme, transgression de la norme, application de la norme ou agression de la norme), un certain degré d'incertitude devant frapper la norme et / ou l'événement pour faire naître un risque juridique* »<sup>261</sup>. Or, selon les accords de Bâle II, le risque juridique n'était considéré que sous son aspect punitif. En d'autres termes, seul était pris en compte le risque pour l'entreprise de s'exposer à des amendes, des sanctions lourdes et au versement de dommages et intérêts, voire même des sanctions prononcées par les autorités de régulation et de supervision ou des personnes privées. Le contrôle interne devient un élément de valorisation de l'entreprise.

**130. Définition du risque de non-conformité.** « *La non-conformité réglementaire peut être causée par une absence d'identification de la norme, par une interprétation conflictuelle de la norme, ou par une prise de risque délibérée de la part de l'entreprise* »<sup>262</sup>. La conformité réglementaire renvoie donc à plusieurs types de normes : les normes issues de la *hard law* et les normes issues de la *soft law*, auxquelles sont rattachables les instructions des dirigeants effectifs prises par l'organe de surveillance.

Les règles de bonne conduite applicables à tous les prestataires d'investissement et d'autres plus spécifiques aux sociétés de gestion sont issues pour la plupart de la directive MIF, reprises ensuite par la transposition de la directive OPCVM IV sont désormais ancrées dans le code monétaire et financier et le règlement général de l'AMF. Ces règles de bonne conduite sont, semble-t-il, assimilables aux règles professionnelles évoquées dans divers articles du règlement général de l'AMF mentionnant la responsabilité des acteurs des marchés financiers.

**131. Fixation des règles de bonne conduite.** Sept règles de bonne conduite sont imposées, dont notamment l'obligation de loyauté. Celle-ci est le corollaire de

---

<sup>261</sup> C. COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? - Contribution à la définition du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, 2008, dossier 3.

<sup>262</sup> C. ROQUILLY, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, n° 6, Novembre 2009, dossier 34.

l'obligation pour la société de gestion de fournir une information fiable et transparente afin de protéger les clients. Comme le souligne le texte, « *les sociétés de gestion doivent agir de manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients* »<sup>263</sup>. L'obligation de diligence évoquée par l'article 313-4 du règlement général de l'AMF est la suite de l'obligation de loyauté comme le rappelle implicitement le contenu du texte. En effet, « *le prestataire de service d'investissement agit d'une manière honnête, loyale et professionnelle, avec la compétence, le soin, et la diligence qui s'imposent* »<sup>264</sup>. Ce texte sert de base légale au développement de pratiques spécifiques aux établissements financiers par la mise en œuvre de procédures dites de « *due diligence* ». Ces dernières sont la consécration d'une obligation de moyens.

**132. Obligation de best execution.** Ensuite, les prestataires de service d'investissement ont l'obligation de respecter le principe de « *best execution* ». Cela correspond aux obligations relatives à l'exécution et au traitement des ordres de négociation pour le compte de l'OPCVM. En outre, la société de gestion doit établir une complète politique de gestion dans laquelle figurent notamment les critères de choix et la façon dont sont contrôlés les intermédiaires<sup>265</sup>.

Une autre obligation vise à protéger les intérêts des porteurs et le bon fonctionnement du marché en imposant aux prestataires de mettre en place des procédures afin d'éviter toute mauvaise pratique. Tel serait le cas par exemple de l'arbitrage sur la valeur liquidative (*market timing*) ou encore les opérations hors délai (*late trading*). Des règles de commercialisation des parts d'OPCVM relativement strictes doivent être suivies par les sociétés de gestion. Bien qu'aucune définition de cette notion de commercialisation ne figure dans la réglementation en vigueur<sup>266</sup>, la doctrine administrative de la Commission des Opérations de Bourse (COB) puis de l'AMF ont créé cette définition. L'AMF a défini l'acte de commercialisation comme « *la*

---

<sup>263</sup> C. mon. et fin., article L. 533-1 et L. 533-11.

<sup>264</sup> RG AMF, article 313-4.

<sup>265</sup> RG AMF, articles 314-72 et s.

<sup>266</sup> Cf notamment Dir. Parl. et Cons. CE n° 2009/65 du 13 juillet 2009, Annexe II ; Articles 41 1-6, 411-9 et 411-50 et s. du RG AMF.



*présentation d'un instrument financier par différentes voies (publicité, démarchage, placement conseil, etc.) par un prestataire de service d'investissement –ou le cas échéant un agent lié, un conseiller en investissement financier ou un démarcheur bancaire ou financier, pour les produits autorisés au démarchage- en vue d'inciter un client à y souscrire ou à l'acheter »<sup>267</sup>. Cette définition a été encore précisée par la jurisprudence de la COB et de l'AMF ainsi que celle du Conseil d'Etat<sup>268</sup>.*

**133. Respect de l'intégrité du marché.** Enfin, la société de gestion doit respecter une dernière obligation professionnelle qui est de respecter l'intégrité du marché. Elle doit notamment s'abstenir d'utiliser directement ou indirectement pour compte propre ou pour compte de tiers une information privilégiée, au sens de l'article 621-1 du règlement général de l'AMF, qu'elle détiendrait du fait de ses fonctions<sup>269</sup>. Ensuite, interviennent les distributeurs et commercialisateurs d'OPCVM. Ces derniers obéissent à d'autres règles professionnelles particulières qui ne seront pas traitées dans cette thèse.

## 2. Le risque de non-conformité

Le risque de conformité est applicable à deux catégories particulières de sociétés œuvrant sur les marchés financiers : les sociétés de gestion (a) et les dépositaires (b).

### a. *Les sociétés de gestion*

---

<sup>267</sup> AMF, position n° 2010-05 du 15 octobre 2010 relative à la « Commercialisation des instruments financiers complexes ».

<sup>268</sup> Pour le Conseil d'Etat, « l'acte de commercialisation consiste, pour un prestataire de service d'investissement, un conseiller en investissement financier, à prendre l'initiative de présenter par différentes voies un instrument financier en vue d'inciter un client ou un prospect à y souscrire ou à l'acheter », CE, 28 nov. 2014, n° 3664463.

<sup>269</sup> C. mon. et fin., article L. 533-1; RG AMF, article 314-3.

**134. Corpus de textes applicables.** Les sociétés de gestion de portefeuille doivent respecter les règles de mise en place de procédés permettant la limitation du risque de non-conformité, qu'elles exercent leur activité sous agrément OPCVM ou FIA. Ces risques figurent au II de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier et visent principalement les obligations professionnelles, lois, règlements et textes européens. Cette obligation est reprise à l'article 318-4 du règlement général de l'AMF concernant les sociétés de gestion agréées pour gérer des FIA<sup>270</sup>. Le renvoi de cet article au règlement européen de 2012 précisant la directive AIFM démontre une fois de plus le manque d'intelligibilité de la loi. Après référence au dit texte, sont concernés par ce risque de non-conformité, les risques de liquidité et les risques systémiques. Aussi, un principe important dans l'appréciation des moyens à donner au contrôle interne est applicable ici : le principe de proportionnalité. En d'autres termes, l'intensité des moyens mis en œuvre pour assurer la conformité au sein de la société de gestion de portefeuille de *hedge fund* sera fonction de la nature, de la taille et de la complexité de l'activité de la société de gestion ainsi que des services et opérations fournies dans le cadre de cette activité. Ce principe est également applicable aux sociétés de gestions agréementées OPCVM.

**135. Les entreprises agréées OPCVM.** En ce qui concerne les entreprises agréées OPCVM, c'est le régime général de conformité des prestataires de service d'investissement qui est applicable. Il faut désormais se référer au chapitre 3, Titre Ier du règlement général de l'AMF pour obtenir le détail complet de ce à quoi doit se conformer un prestataire de service. En d'autres termes, le texte évoque « *des règles d'organisation* » applicables à l'ensemble des prestataires de services d'investissement, les dispositifs de conformité faisant l'objet de la première sous-section de ce développement. Le risque de non-conformité est limité aux obligations définies par renvoi à l'article L. 621-15 II du code monétaire et financier. Ce dernier

---

<sup>270</sup> La société de gestion de portefeuille établit et maintient opérationnelles des politiques et des procédures adéquates pour détecter tout risque de non-conformité aux obligations professionnelles mentionnées au II de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier ainsi que les risques en découlant et (Arrêté du 11 décembre 2013) « pour minimiser » ces risques.

Elle se conforme également aux articles 61 et 62 du règlement délégué (UE) n° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012.

se situe dans la partie du code relative aux pouvoirs de sanction de la commission des sanctions de l'AMF. Il précise le cadre dans lequel l'autorité de régulation a l'opportunité d'engager des poursuites à l'encontre d'un organisme financier. Le II de ce texte évoque les éléments constitutifs des « infractions » que peut poursuivre, sous réserve du respect du principe du contradictoire, l'AMF. Concernant les obligations qui y figurent, d'autres renvois sont faits au profit de « *leurs obligations professionnelles définies par les règlements européens, les lois, règlements et règles professionnelles approuvées par l'Autorité des marchés financiers en vigueur* ». La suite du II fait une énonciation exhaustive de diverses interdictions et non des obligations. Au final, ce texte prévoit un ensemble d'interdictions mais ne précise aucunement les obligations professionnelles qui sont à respecter. Il faut pour cela se référer de nouveau au RG AMF. Dès lors, le concept « *d'obligations professionnelles* » semble dénué de caractère propre et précis. Les renvois systématiques sont sources d'insécurité en raison du manque de clarté et d'intelligibilité de la loi.

**136. Adaptabilité des procédures de contrôle.** Ce même article 313-1 du RGAMF précise que « *pour l'application de l'alinéa précédent, le prestataire de services d'investissement tient compte de la nature, de l'importance, de la complexité et de la diversité des services d'investissement qu'il fournit et des activités qu'il exerce* ». Le prestataire de service d'investissement doit établir et maintenir des procédures de contrôle interne en respectant ces particularités. Par conséquent, une évaluation préalable doit être réalisée selon un référentiel précis pour que soit établi un standard modifiable afin de s'adapter continuellement aux évolutions des caractéristiques des activités.

L'article 313-2 du règlement général de l'AMF évoque les missions de la fonction conformité qui sont notamment de « *1° Contrôler et, de manière régulière, évaluer l'adéquation et l'efficacité des politiques, procédures et mesures mises en place en application de l'article 313-1, et des actions entreprises visant à remédier à tout*

*manquement du prestataire de services d'investissement et des personnes concernées à leurs obligations professionnelles »<sup>271</sup>.*

*b. Les dépositaires*

**137. Rôle et intérêt des dépositaires.** Leur rôle est de conserver les actifs détenus par les organismes des placements collectifs, de surveiller les décisions que prendraient les OPCVM et les FIA ou leurs sociétés de gestion, qu'elles soient bien conformes aux prescriptions législatives et réglementaires en vigueur, sans compter le respect des règles figurant sur le prospectus visé par l'AMF. Les OPCVM ont désormais l'obligation de confier leurs actifs à un dépositaire<sup>272</sup>. Les établissements de crédit souhaitant user de cette qualité doivent obtenir préalablement une habilitation de l'ACPR qu'analysera l'AMF afin d'être qualifiés de teneur de compte-conservation.

**138. La conformité des dépositaires.** Une instruction COB de novembre 1993 imposait au dépositaire d'OPCVM d'assurer la mise en place de structures de conformité et de contrôle interne lui permettant d'exercer sa mission. Les dépositaires d'OPCVM disposent d'un régime similaire à celui d'une société de gestion d'OPCVM. Ils sont tenus, au même titre que ces derniers, de mettre en œuvre des procédures de contrôle interne<sup>273</sup>, désormais fixées aux articles 323-18 et suivants du RG AMF. En outre, les teneurs de compte- conservateur doivent mettre en œuvre une procédure d'entrée en relation et de suivi afin de contrôler les OPCVM ou les sociétés de gestion<sup>274</sup>. Également, une procédure d'alerte relative aux anomalies et un plan de contrôle général sont établis<sup>275</sup>. En tant que membre actif des marchés, le dépositaire est soumis,

---

<sup>271</sup> RG AMF, article 313-3.

<sup>272</sup> C. mon. et fin., article L. 214-10. Obligation créée par la directive OPCVM I de 1985 (articles 7 à 11 et 14 à 18), repris sans modification par la directive OPCVM IV, transposée en droit interne par l'ordonnance 2011-015 du 1er août 2011.

<sup>273</sup> RG AMF, article 323-7. Il est à noter que ce texte use de la formule « dispositif de conformité et de contrôle interne ». Cela sous entendrait que ces deux concepts sont indépendants l'un de l'autre.

<sup>274</sup> RG AMF, art. 323-18.

<sup>275</sup> RG AMF, art. 323-18 et 323-19.

en tant que teneur de compte conservateur, aux règles visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>276</sup>.

**139. Critiques.** Dès lors, il apparaît une confusion certaine entre tous les textes appliqués aux établissements financiers. Le risque de non-conformité est dénué de définition harmonisée, son contenu est souvent flou et peu intelligible et il renvoie à des notions à la fois juridiques et financières. Une harmonisation européenne serait souhaitable, d'autant plus que les *hedge funds* sont très actifs sur les marchés de gré à gré, c'est-à-dire les marchés peu réglementés et peu contrôlés. Une distinction paraît être faite non pas en fonction des entreprises impliquées mais plutôt en fonction des marchés sur lesquels elles interviennent. Il en ressort que l'AMF doit effectuer un gros travail de contrôle externe sur le fonctionnement de ces sociétés de gestion de portefeuille et dépositaires.

### **Paragraphe 3. Les normes spécifiques à la lutte contre le blanchiment de capitaux**

**140. Obligation d'information spécifique.** L'article L. 561-33 du code monétaire et financier prévoit l'obligation de formation et d'information des personnels des établissements financiers susvisés afin d'affiner leurs compétences en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Cela s'impose également aux agents des prestataires de service de paiement (établissements de paiement, établissements de monnaie électronique et établissements de crédit) définis par l'article L. 523-1 du CMF<sup>277</sup>. Le régulateur sectoriel assure le respect de cette règle.

---

<sup>276</sup> RG AMF, article 322-1 par renvoi de l'article 323-3.

<sup>277</sup> Ajouté par l'article 13 de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013.

En pratique, ce sera donc le rôle dévolu à la commission des sanctions de l'ACPR. En font également partie les intermédiaires en financement participatif.

L'ancienne appellation était celle « *d'organisme financier* ». Les dispositions réglementaires de l'article L. 561-32 impose de nouvelles exigences de procédures internes.

**141. Périmètre d'application du texte.** L'article R. 561-38 du code monétaire et financier exclut de son périmètre d'application les organismes financiers sous la tutelle de l'AMF. Ce texte décrit ce à quoi correspondent les systèmes d'évaluation et de gestion des risques exigés à l'article L. 561-32. Plus précisément, un membre de la direction devra mettre en œuvre le dispositif de contrôle interne et « *prendre en compte dans le recrutement de leur personnel, selon le niveau des responsabilités exercées, les risques au regard de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme* »<sup>278</sup>. Cette formule assez évasive semble viser deux situations : celle du conflit d'intérêts et celle du recrutement efficient. D'une part, il s'agit de bien connaître la personne recrutée, son poste et les risques que celle-ci fait encourir en cas de conflit d'intérêts ou de collusion frauduleuse avec des malfaiteurs. D'autre part, peut être comprise dans cette formule la nécessité pour l'organisme financier d'effectuer un recrutement approprié en fonction de l'ampleur de la tâche à réaliser. En d'autres termes, la personne recrutée et qui aura pour mission de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, sera en charge d'une lourde responsabilité et devra donc avoir les compétences et l'expérience nécessaires afin d'assurer cette fonction clef. C'est ici que le rôle des ressources humaines est important afin de sélectionner les *compliance officers* pour leur niveau de formation et leurs compétences et non par l'utilisation du réseau professionnel.

**142. Mise en place de procédures de contrôles périodiques et permanents.** Aussi, ce texte évoque l'obligation de mettre en œuvre des procédures de contrôle périodique et permanent afin de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Surtout, une cartographie des risques sera réclamée à l'organisme

---

<sup>278</sup> C. mon. et fin., article R. 561-38 6°.

financier. Il s'agira de documents attestant de l'évaluation et de la classification des risques de blanchiment en fonction des risques présentés par leurs activités, 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* »<sup>279</sup>. Cette cartographie sera la base de réalisation des procédures internes. De cette exigence découle la mise en œuvre des obligations de vigilance relatives aux relations entretenues avec les clients, des opérations réalisées par les clients, la conservation des pièces, etc. Un arrêté du ministre de l'économie précisera les moyens concrets de mise en œuvre de ces exigences.

**143. Le concept de « Know Your Customer ».** Par ailleurs, se développe actuellement le « KYC ». Il s'agit en pratique de « *Know You Customer* », c'est-à-dire l'obligation pour les organismes financiers de connaître leur client. Cette obligation découle principalement, pour les organismes financiers qui ne sont pas sous la tutelle de l'AMF, de l'article R. 561-38 3° du code monétaire et financier. Le texte évoque la détermination d'un « *profil de la relation d'affaires avec le client, permettant de détecter des anomalies dans cette relation, au regard des risques de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme* ». En d'autres termes, l'organisme financier doit connaître l'identité, les fonctions, les habitudes de son client ainsi que les opérations qu'il réalise. Par la suite, un profil client sera déterminé et permettra de détecter toute anomalie pouvant laisser croire que le client effectue des actes de blanchiment ou de financement du terrorisme. L'ACPR contrôle aussi le suivi des relations d'affaires et les mécanismes de contrôle mis en œuvre par la cellule conformité. Ainsi, « *l'outil de suivi et d'analyse des relations d'affaires est insuffisant lorsqu'une identification des risques spécifiques à la clientèle n'est pas paramétrée* »<sup>280</sup>, l'établissement s'expose à une sanction de l'ACPR lorsque de telles défaillances dans les règles d'agrégations sont détectées. Ce sera par exemple le cas lorsque les seuils d'alerte fixés par un établissements financier concernant le transfert

---

<sup>279</sup> C. mon. et fin., article R. 561-38 2°.

<sup>280</sup> M.-E. BOURSIER, « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, 30 mai 2019, 1278.

de fonds à destination de la Chine ne sont pas adaptés au regard des montant moyens unitaires correspondant aux transactions réalisées par le client<sup>281</sup>.

Le règlement général de l'AMF encadre les diligences de contrôle interne pour les organismes de placement collectif, les sociétés de gestion de portefeuille, les dépositaires centraux, les gestionnaires de système de règlement et de livraison d'instruments financiers et les conseillers en investissement financier. En matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, l'autorité de régulation a précisé quatre points importants au sein des articles 315-50 à 315-59 du RGAMF. Les établissements financiers doivent respecter la nécessaire identification des investisseurs avant leur entrée en relation, détecter les opérations inhabituellement complexes, conserver des traces des mesures de vigilance réalisées et faire des déclarations à TRACFIN lorsque la situation l'impose. Ces aspects rejoignent étroitement la pratique du KYC développée ci-dessus.

**144. Pouvoir coercitif des autorités de régulation et de supervision.** L'AMF et l'ACPR qui sont toutes deux des autorités de régulation et de supervision, ont donc le rôle de surveillance des organismes financiers sous leur tutelle dans la mise en œuvre de ces procédures de contrôle interne. Mais elles possèdent également un pouvoir contraignant de sanction afin de faire respecter les textes en vigueur.

**145. Propositions.** Ces règles de vigilance sont également applicables aux avocats, notaires, administrateurs judiciaires, mandataires et liquidateurs judiciaires, les experts comptables, les changeurs manuels, les casinos et établissements de jeux, etc. Or, chaque secteur d'activité possède son propre organe de régulation voire son propre organisme compétent afin de faire respecter les exigences de vigilance. Pour certaines professions libérales comme les avocats ou les notaires, c'est l'ordre qui a entière compétence aussi bien en matière de surveillance que de sanction.

Les solutions envisageables dans l'objectif de réduire la potentialité de contrevenir au « *risque de non-conformité* » seraient d'établir une cartographie des risques

---

<sup>281</sup> ACPR, Comm. sanct., 13 juin 2018, SIGUE GLOBAL SERVICES SAS, déc. n° 2017-07.



comprenant une hiérarchisation des risques fondée sur une évaluation claire et interdisciplinaire. Seule une homogénéisation des standards de conformité serait à même d’instaurer une culture de conformité globale applicable à tous et par tous. Logiquement, un cadre commun ne peut suffire à fournir une gestion de conformité optimale et des spécificités seront prévues par secteurs, mais un cadre commun donnerait des indications relativement précises des attentes des pouvoirs publics de ce qu’est une conformité efficace.

## ***Section 2. Fixation internationale des règles de conformité***

---

Nombre de textes étrangers ont une influence économique et judiciaire majeure sur les établissements financiers français. Cette influence est d’autant plus forte que les grands groupes bancaires français, dont les activités de banque de dépôt et de banques de marché ont été séparées, ont un rayonnement international. En effet, tous les grands groupes ont une représentativité internationale forte. C’est notamment le cas de la BNP Paribas ou encore la Société Générale qui comptent nombre de filiales<sup>282</sup> et de succursales<sup>283</sup> en Europe mais aussi en dehors du Vieux continent. Les USA étant un partenaire économique privilégié de l’Europe, les grands groupes possèdent donc des intérêts outre-Atlantique. Mais des règles sanctionnatrices de référence ont également fait leur apparition afin de limiter les fraudes usant du système bancaire

---

<sup>282</sup> Terme désignant la société dont un pourcentage du capital social (en général plus de la moitié) appartient à une société (dite société mère).

L'article 1 du règlement 2000-03 définit la filiale comme l'entreprise sur laquelle est exercé un contrôle exclusif au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, ou une influence dominante en raison de l'existence de liens de solidarité importants et durables résultant d'engagements financiers, de dirigeants ou de services communs : <http://acpr.banque-france.fr/glossaire/lettre-glossaire/f.html>

<sup>283</sup> Une succursale est un siège d'exploitation dépourvu de la personnalité juridique, établi dans un État membre autre que celui où se trouve son siège social et par lequel un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, un établissement de paiement ou un établissement de monnaie électronique offre un service bancaire, ou de paiement ou émet et gère de la monnaie électronique par le biais d'une présence permanente dans cet État membre : <http://acpr.banque-france.fr/glossaire/lettre-glossaire/s.html>

pour perdurer (Paragraphe 1). Le droit interne prévoit tout de même un cadre de référence, fraîchement mis à jour et répondant aux problématiques à visée aussi bien nationale qu'internationale (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Les accords internationaux liant la conformité**

Les normes internationales influencent directement les établissements financiers puisque la plupart d'entre eux, hormis quelques banquiers indépendants, font partie d'un groupe à envergure internationale. Même les banques Populaires et de Caisse d'Epargne n'échappent pas à ce phénomène à la suite de la fusion de ces deux entités, qui forment désormais le groupe BPCE et dont les activités à l'international sont accrues, surtout en matière de marchés financiers, par le biais de la filiale Natixis.

L'influence des grands groupes bancaires à l'international et les affaires de corruption et de blanchiment les liant, tout autant que certains scandales financiers, ont incité le législateur américain à sanctionner ces pratiques déviantes et ce, en usant d'un pouvoir d'influence extraterritorial renforçant le phénomène de globalisation normative. La globalisation étant prise en compte dans l'édiction de normes coercitives auxquelles s'attachent de lourdes sanctions financières, les groupes bancaires doivent être toujours plus vigilants dès lors qu'un élément d'extranéité s'attache à leurs opérations ou leurs entités (A). Les normes régionales issues du droit de l'Union Européenne sont applicables de différentes façons dans les Etats membres : soit directement par le biais des règlements, soit indirectement par le biais des directives qui laissent subsister une marge d'interprétation des Etats lorsqu'ils l'intègrent dans leur droit interne. La Cour Européenne des Droits de l'Homme, par ses arrêts, apporte des précisions impactant également les établissements financiers, aussi bien du point de vue des droits fondamentaux contenus dans la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, que dans le respect des règles de procédure issues de cette même convention (B).

## **A. Respect des normes extra-régionales ayant une influence sur les groupes bancaires**

Les groupes bancaires, entités dénuées de personnalité juridique, ont des activités et des avoirs à l'international. Ainsi, les seules règles de droit interne ne peuvent suffire à établir une base légale à la conformité. Dès lors, les textes de droit étranger des Etats dans lesquels les groupes bancaires possèdent des structures et des intérêts doivent être pleinement pris en considération par le service de conformité (1). Certaines normes étatiques visant un type d'infraction particulier ont des incidences importantes à l'échelle internationale et celles-ci devront être intégrées avec soin dans la cartographie des risques de l'établissement financier, que ces normes soient juridiques ou comptables (2).

### **1. Les groupes bancaires : appréciation de leurs activités à l'international**

**146. Globalisation de l'activité bancaire internationale.** Les grands groupes français ont des activités allant bien au-delà des frontières nationales ou européennes<sup>284</sup>. La globalisation de l'économie encouragée par une politique de déréglementation et de dérégulation a favorisé l'accroissement des activités bancaires et financières françaises. La signature du Traité de Maastricht en 1993 instaurant une politique de marché unique se traduisant par une liberté de circulation des personnes et des capitaux a permis aux banques européennes de se faire concurrence dans des pays dans lesquels elles n'étaient pas installées auparavant. Par exemple aux Etats-Unis, des groupes bancaires viennent contester le leadership de groupes historiquement installés et faisant partie de la culture anglaise. En l'espèce, il s'agit du groupe espagnol Santander

---

<sup>284</sup> Activités européennes permises par le « passeport européen » : <https://acpr.banque-france.fr/agrements-et-autorisations/procedures-secteur-banque/passeports-europeens.html>

qui est venu prendre des parts de marché à la Barclays, HSBC ou encore la Lloyd's Bank.

**147. Exemples empiriques.** L'importance de l'activité hors zone UE est relative à la dimension et à la politique du groupe bancaire en question. Par exemple, le groupe BPCE (Banque populaire Caisse d'Epargne)<sup>285</sup> centre ses activités principalement en Europe, tout en étant absente des marchés européens, américains et asiatiques, hormis les DOM- TOM pour les activités de marché<sup>286</sup>. Cela exprime la volonté de poursuivre une relation de proximité avec ses clients et que le besoin n'est pas encore présent de s'ouvrir à l'international. Cela est également dû au type de clientèle plutôt modeste et dont le métier principal tient plus à la fonction publique que de l'entrepreneuriat international.

A l'inverse, le groupe BNP Paribas annonce être implanté dans 75 pays. Selon le rapport d'activité de 2015, la BNP comprendrait 146 610 collaborateurs en Europe, 580 au Moyen-Orient, 9860 en Afrique, 12180 en Asie-Pacifique, et 19845 aux Amériques<sup>287</sup>. Le groupe a même une filiale dédiée aux activités internationales et énormément de succursales basées dans le monde entier. L'on remarque que figurent dans liste le Panama, les îles caïmans, Guernesey et Jersey, quatre pays étant considérés comme peu coopératifs fiscalement et judiciairement<sup>288</sup>. Les banques privées sont au cœur de la mondialisation puisque le groupe Société Générale, dont le groupe Crédit du Nord fait partie, est également fortement implanté à l'étranger avec de nombreuses succursales<sup>289</sup>. Le groupe Crédit Agricole<sup>290</sup> est aussi fortement présent dans le monde entier<sup>291</sup> alors qu'historiquement c'est une banque attachée au milieu

---

<sup>285</sup> Le groupe BPCE est composé de : La Banque Populaire, La caisse d'Epargne, la CASDEN, le crédit coopératif, Natixis, la Banque Palatine, le crédit foncier, le crédit maritime, 1818 banque privée et de BPCE international.

<sup>286</sup> [http://www.groupebpce.fr/Metiers-implantations/Marques-Implantations/Implantations/\(continent\)/0/\(country\)/0](http://www.groupebpce.fr/Metiers-implantations/Marques-Implantations/Implantations/(continent)/0/(country)/0)

<sup>287</sup> [https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp\\_ra2015\\_fr\\_10.pdf](https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp_ra2015_fr_10.pdf)

<sup>288</sup> [https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp\\_paribas\\_securities\\_services\\_branches\\_us\\_patriot\\_act\\_2013.pdf](https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp_paribas_securities_services_branches_us_patriot_act_2013.pdf)

<sup>289</sup> <https://www.societegenerale.com/fr/connaitre-notre-entreprise/metiers/carte-des-implantations>

<sup>290</sup> Dont fait partie Le Crédit Lyonnais.

<sup>291</sup> <http://www.credit-agricole.com/Le-Groupe/Implantations-Credit-Agricole>

agricole et rural. Réseau français de banques coopératives et mutualistes, la banque Crédit Agricole est devenue un groupe bancaire d'envergure internationale dès 1990.

**148. Une nécessité de conformité à visée internationale.** Pour tous ces groupes portant et ayant des intérêts à l'étranger, la conformité juridique est indispensable. En d'autres termes, les groupes doivent être vigilants et attentifs aux normes et coutumes juridiques applicables dans les lieux où ils sont implantés.

## 2. Les normes internationales

**149. Textes fondateurs du contrôle de conformité.** Lorsque l'on évoque les normes internationales impactant directement les établissements financiers du monde entier, il est question de deux lois d'envergure. Tout d'abord la Loi Sarbanes-Oxley aux Etats-Unis (dite SOX), promulguée le 30 juillet 2002. Elle est intervenue en réaction aux attentats du 11 septembre 2001. Cette loi « *a donné aux Etats-Unis un réel contenu au concept de gouvernance d'entreprise (corporate governance, pour les anglo-saxons), en imposant de nouvelles règles de comptabilité, de transparence financière, d'alerte et de contrôle aux sociétés cotées sur le marché boursier américain. La mesure la plus importante mais aussi la plus contraignante fut sans nul doute la création de l'obligation pour chaque établissement financier de mettre en œuvre un service de contrôle interne*<sup>292</sup>. Puis le mouvement s'est étendu à d'autres pays, notamment aux pays européens et donc aux Etats-Unis, où toute une série de lois récentes ont pareillement entendu renforcer le contrôle des actionnaires ou encore permettre le déclenchement d'alertes opportunes »<sup>293</sup>. Ces éléments ont été complétés par une seconde loi d'envergure, le « *US Patriot Act* » datant du 26 octobre 2001.

**150. Les normes anti-corruption.** Autre norme internationale d'envergure : le *UK Bribery Act (UKBA)*, connu pour son extrême sévérité et son application territoriale

---

<sup>292</sup> Section 404 SOX.

<sup>293</sup> J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI, D. VELARDOCCHIO, *Le Lamy sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, 2019, V° « Responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) ».

étendue. Le Dodd Franck Act de 2010<sup>294</sup> a des incidences en matière d’alerte ainsi qu’en matière de séparation des activités de banque d’investissement et de banque de détail au sein d’un même groupe bancaire. Une autre règle américaine ayant des retentissements internationaux est le *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* est un règlement du code fiscal américain entré en vigueur par le biais d’une loi *Hiring Incentives to Restore Employment Act* du 18 mars 2010. Son extraterritorialité démontre les exigences américaines sur le contrôle de sa fiscalité.

**151. Les normes comptables et extra-comptables.** Les normes comptables et extra-comptables foisonnent depuis une dizaine d’années au plan international afin de prémunir l’entreprise de tout risque pénal en instaurant un référentiel interne strict. Au plan managérial, les normes ISO, CEN ou encore AFNOR sont celles auxquelles font référence les entreprises afin d’évaluer le risque pénal de l’entreprise. Ces standards visent deux finalités majeures pour l’entreprise : la normalisation et la certification, qui lui permettent d’obtenir un label attestant de son conformisme à la normalisation précitée<sup>295</sup>. Les normes les plus importantes du point de vue de la gestion du risque pénal sont les normes ISO 31000 sur le management des risques et ISO 26000 sur la responsabilité sociale de l’entreprise. Des normes ISO spécifiques s’appliquent dans les programme de conformité visant le domaine du droit de la concurrence<sup>296</sup>.

## **B. Le respect des normes régionales**

Les normes régionales, c’est-à-dire celles issues de conventions unissant la plupart des Etats européens, ont une influence déterminante dans la création de normes régissant les entreprises. Cette poussée normative peut trouver à s’appliquer directement ou indirectement dans l’Etat qui la réceptionne. Cela se caractérise

---

<sup>294</sup> <https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>

<sup>295</sup> DAOUD E., DINH B., FERRARI J., GAMBETTE C., *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, coll. Axe droit, 2011, p. 141.

<sup>296</sup> E. DIENY, « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600: 2014 et la pratique en droit de la concurrence », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2015, n° 110.

notamment par l'intégration des normes issues de l'Union Européenne (1) et le respect des normes issues de la CESDH (2).

### 1. Les normes issues de l'Union Européenne

**152. Les normes régionales.** L'Union Européenne a fortement réglementé le contrôle interne des établissements financiers au cours de ces dernières années. Les crises successives ont marqué le retour de l'Etat interventionniste afin d'endiguer les risques systémiques. Cet interventionnisme s'est traduit par l'avènement d'un droit de la régulation. Pour le moins, les 28 pays de l'Union Européenne<sup>297</sup> ont pris des mesures afin de limiter le risque de récurrence des crises financières qui ont mouvementé l'économie cette dernière décennie. Pour ce faire, plusieurs textes européens sous forme de directives voire des règlements, directement applicables dans les Etats membres furent mis en œuvre.

A titre d'exemple, les plus importants sont les règlements et directives CRD (*Capital Requirements Directive*) ou encore les règles relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Pour les grandes entreprises hors système bancaire telles que Nike ou encore Apple, plusieurs scandales médiatiques ont porté atteinte à leur image et leur réputation. Tel est le cas de salariés d'un sous-traitant de Nike, pour la plupart mineurs, qui travaillaient dans une usine chinoise pour quelques yens et sans aucun respect des droits de l'Homme<sup>298</sup>.

### 2. Les normes issues de la CESDH

**153. La CESDH.** La Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme vient aussi poser un certain nombre de restrictions, notamment en matière de protection des données personnelles des clients des établissements financiers. De plus en plus de

---

<sup>297</sup> 27 à l'horizon 2020 à la suite du Brexit décidé par les Britanniques le 24 juin 2016.

<sup>298</sup> <http://www.lefigaro.fr/societes/2013/05/17/20005-20130517ARTFIG00389-malgre-les-drames-et-scandales-l-industrie-a-la-memoire-courte.php>

groupes bancaires insèrent dans leur politique de RSE, ou leurs codes déontologiques, des engagements en matière de défense des droits de l'Homme. Un nouveau procédé initié par la Loi Sarbanes Oxley a été repris et conforté aux Etats-Unis<sup>299</sup> et vient directement au contact de cette CESDH : le lanceur d'alerte ou « *whistleblowing* ».

**154. Encadrement des sanctions disciplinaires.** Enfin, les normes de la CESDH viennent s'appliquer aux entreprises en matière de droit du travail et de la protection des salariés. Les établissements financiers étant des entreprises à part entière, ils sont soucieux du respect des règles issues à la fois du droit du travail mais aussi de celles issues de la CESDH. Les sanctions disciplinaires engagées en vertu des codes de bonne conduite et autres chartes éthiques doivent respecter les règles de procédure de droit interne et *a fortiori* de la CESDH. La Cour de Justice de l'Union Européenne joue un rôle de gardienne du respect des règles européennes. Les normes qui ont un retentissement sur les établissements financiers étant nombreuses, la CJUE<sup>300</sup> a un rôle d'encadrement des grands groupes bancaires et de leurs pratiques. Son activité est importante en matière d'abus de marché et de transparence des marchés, les textes communautaires étant assez fournis en la matière.

## **Paragraphe 2. Les recommandations de groupements internationaux intégrés**

Les institutions à visée internationale ne sont plus les seules à édicter des normes. Des groupements intégrés ayant une visée similaire créent des normes mais qui ne sont pas coercitives. En d'autres termes, n'ayant pas de pouvoir de normalisation, ils ne peuvent qu'émettre des recommandations et avis à destination des Etats et des institutions régionales et communautaires. Ces recommandations sont, pour la plupart, intégrées dans le droit des Etats membres car l'influence et la

---

<sup>299</sup> Repris en France par la Loi dite Sapin II du 9 décembre 2016.

<sup>300</sup> Et avant 2009 la CJCE (Cour de Justice des Communautés Européennes).



légitimité de ces groupements sont sans contestation. Les Etats commettraient une faute diplomatique ayant des conséquences commerciales inquiétantes s'ils décidaient de ne pas transposer ces normes. Sur des domaines très particuliers, leur expertise est nécessaire afin d'appréhender de façon plus pragmatique des concepts nouveaux comme la compliance avec le COSO (A) ou dans des matières techniquement complexes à traiter et dont les répercussions économiques sont dangereuses. C'est dans ce cadre que le GAFI imposera un cadre et des tutoriels efficaces en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et, depuis 2012, le financement du terrorisme (B).

## **A. Recommandations du COSO**

Le COSO, à l'instar d'autres textes d'envergure internationale, a été créé en réaction à des fraudes commises par de grandes firmes transnationales (1). Le contenu du COSO est à la fois précis et adaptable, comprenant l'ensemble des risques à prendre en considération pour assurer une sécurité juridique et financière aux sociétés qui les respectent (2).

### **1. Origine du COSO**

**155. Création du COSO.** Le COSO (*Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) est une organisation née en 1985 agissant exclusivement à titre non lucratif. Cette commission fut organisée afin de soutenir la *National Commission on Fraudulent Financial Reporting*, initiative issue du secteur privé et visant à lutter contre la fraude financière. Le COSO a émis des recommandations aux entreprises du secteur public mais aussi aux régulateurs financiers américains tel que la SEC (Securities and Exchange Commission)<sup>301</sup>. Depuis 1992, cette commission créé des référentiels standardisés à destination des entreprises afin de les inciter à inculquer les principes de contrôle interne et de management des risques dans leur culture

---

<sup>301</sup> Pour plus de détails sur l'historique du COSO : <http://www.coso.org/aboutus.htm>

d'entreprise et leur gouvernance<sup>302</sup>. La Loi SOX (*Sarbanes-Oxley*) de 2002 fut adoptée en urgence en réaction à deux affaires retentissantes.

**156. Les cas de l'entreprise ENRON.** Deux sociétés américaines furent à l'origine de manquements comptables et financiers graves qui se sont soldés par une crise d'ampleur. En effet, l'affaire révélée en 2001<sup>303</sup> fut le point de départ d'un scandale financier d'ampleur internationale en raison de sa cotation boursière. Fondée en 1985 par Kenneth Lay puis rejointe par Jeffrey Skilling, la société ENRON était une des entreprises leader du secteur de l'industrie. Sa progression en bourse aussi surprenante que précipitée (+ 90 % en un an seulement), lui valut l'encensement généralisé des agences de notation, des analystes et de la presse financière, elle fut désignée à plusieurs reprises comme étant l'entreprise la plus innovante et dont la gouvernance et la culture devait devenir un modèle pour tous. Toutefois, après une enquête réalisée par la SEC (*Secutity exchange commission*), il a été découvert que Enron a profité d'une déréglementation du secteur de l'énergie en Californie pour augmenter de façon exponentielle les prix au KW/h. Surtout, Enron a falsifié ses comptes en gonflant artificiellement ses bénéfices et en dissimulant ses pertes en usant de sociétés écrans. Elle dissimulait son endettement en créant hors bilan plus de 3500 sociétés écran auxquelles les actionnaires et les investisseurs de Enron n'ont pas accès. Les analystes financiers comme Goldman Sachs ou encore Lehman Brothers avaient la possibilité, par une étude poussée et un peu fouillée, de connaître les pratiques douteuses mais ont préféré continuer à inciter les investisseurs à acheter les titres d'Enron. Des analystes financiers aux cabinets d'avocats qui suivaient l'entreprise et voyaient gonfler leurs honoraires, tous avaient un intérêt à laisser aller les cours d'Enron à la hausse, peu importe les moyens.

Au-delà du scandale financier sans précédent, les conflits d'intérêts et les relations politico-juridico-médiatiques avec Enron se sont multipliés. Pourtant présenté comme modèle de gouvernance par excellence, ensencé pour ses résultats financiers détonants,

---

<sup>302</sup> *Entreprise Risk Management* (ERM).

<sup>303</sup> <http://www.lepoint.fr/actualites-economie/2007-01-20/le-scandale-enron/916/0/60482>.

Enron est en réalité un véritable imposteur juridique en ce que les apparences n'ont pas suffi à limiter les dégâts de sa chute dès la première difficulté rencontrée<sup>304</sup>.

**157. Mise en exergue des lacunes éthiques et du contrôle interne.** Au plan purement juridique, cette affaire a permis de mettre en lumière les lacunes du contrôle interne ainsi que du manque d'efficacité du gouvernement d'entreprise qui n'a pas su faire remonter les informations sensibles à la direction ainsi qu'au régulateur<sup>305</sup>. L'éthique étant ici fortement mise à mal par les intérêts financiers, un fonctionnement mieux organisé et plus efficace du contrôle interne permettrait-il d'éluder toute tricherie juridique et comptable ? Ou bien même toute tricherie comptable véhiculée par des sophistications juridiques plus ou moins complexes. L'enquête judiciaire a révélé que le cabinet d'audit « Andersen » était complice de cette fraude. En effet, leur activité de contrôle comptable et financier leur avait permis de constater les tricheries comptables mais n'ont pas jugé bon de réaliser une déclaration au régulateur, ni d'inciter Enron à cesser ces fraudes. La raison de l'absence de signalement repose sur les conflits d'intérêts liant des membres de la société Enron au cabinet Andersen<sup>306</sup>.

**158. Le cas de l'entreprise WORLDCOM.** Autre affaire importante des années 2000 et révélant une fraude comptable gigantesque : l'affaire WorldCom. Plus de 9 milliards de US dollars ont été manipulés afin de ne pas faire apparaître les pertes aux investisseurs et ainsi maintenir voire améliorer le cours de la société. Après que la tricherie ait été révélée, WorldCom est devenue une des plus grosses faillites que l'Amérique ait connue<sup>307</sup>.

**159. Avènement de la loi SOX.** Suite à cet enchaînement de tricheries aux conséquences financières et sociales lourdes, les USA ont entrepris une réforme d'ampleur du système de corporate governance des entreprises. La loi Sarbanes-Oxley

---

<sup>304</sup> M. A. FRISON-ROCHE, *Les leçons d'Enron*, Editions Autrement, 2003.

<sup>305</sup>[http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/libris/3303330403099/3303330403099\\_EX.pdf](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/libris/3303330403099/3303330403099_EX.pdf)

<sup>306</sup> L. FINES, *Les crimes en col blanc*, op. cit., p. 136.

<sup>307</sup> [http://www.lesechos.fr/08/01/2003/LesEchos/18818-120-ECH\\_enron--tyco--worldcom----des-societes-dans-la-tourmente.htm](http://www.lesechos.fr/08/01/2003/LesEchos/18818-120-ECH_enron--tyco--worldcom----des-societes-dans-la-tourmente.htm).

(SOX) de 2002 a notamment repris des éléments que le COSO avait déjà préconisés en matière de contrôle interne de management du risque de l'entreprise.

Le « *cube* » COSO prévoit une reddition des comptes donnant la possibilité aux organes d'améliorer les aspects de leur contrôle qui demeurent déficients en prenant des mesures correctrices. Le cube met en relation tous ces éléments avec les opérations, le reporting et la compliance. Tous les niveaux humains de l'entreprise sont concernés par ces moyens de faire remonter les informations et d'exercer le contrôle de conformité.

**160. Création du « *cube COSO* ».** Par la suite, la SOX a précisé diverses obligations de contrôle interne que doivent respecter les grandes entreprises. Le cube COSO a été révisé et s'est complété de nouveaux concepts applicables à la maîtrise des risques sociétaux post-crise. Le contrôle interne devient ainsi la fonction « gestion des risques », et le concept « d'appétence pour le risque » vient apporter des éléments d'analyse économique. Quel niveau de risque est prête à prendre l'entreprise afin d'accroître sa valeur ? Aussi, le reporting, c'est-à-dire le rapport fonctionnel, comprend désormais à la fois le reporting financier et le reporting non-financier, plutôt liés à des problématiques de responsabilité sociale des entreprises.

**161. Innovations structurelles du COSO 2.** Le COSO 2 apporte également des innovations d'ordre structurel. Le « *board of directors* » est une entité du sommet de l'organigramme des risques.

Le « *risk officer* » quant à lui, est en charge de la gestion des risques. Il crée des procédures visant à maîtriser les risques, veille à ce que le personnel de l'entreprise les comprenne et les applique convenablement. Il supervise donc la gestion des risques et par conséquent les reporting financiers et extra-financiers. Sa situation dans la hiérarchisation de l'entreprise est assez élevée et sa responsabilité agrandie.

## **B. Recommandations du GAFI**

**162. Origines du GAFI.** Le GAFI (Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux) a été créée en 1989, à la suite d'une réunion du G-7 se déroulant à Paris. Partant du constat de l'accroissement des risques de blanchiment pesant sur les institutions bancaires et financières, il a été donné pour mission au GAFI de lister des recommandations visant à réduire ce risque de blanchiment. Pour ce faire, les membres du groupe établissent un constat des réglementations d'ores et déjà en vigueur dans les pays du G-7 avant de rédiger *Quarante Recommandations* visant à lutter contre le blanchiment de capitaux. Les premières recommandations sont apparues dès l'année 1990. Une révision substantielle de ces *Quarante Recommandations* a été réalisée en 2012, intégrant par la même neuf recommandations spéciales relatives à la lutte contre le financement du terrorisme. En effet, depuis octobre 2001, le GAFI a vu son périmètre être logiquement étendu à la lutte contre le financement du terrorisme, étroitement lié au blanchiment de capitaux<sup>308</sup>. Créée en réaction aux attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis, cette extension de compétence du GAFI n'a jamais été aussi justifiée que depuis la prolifération des attentats terroristes en Europe depuis 2014.

Le GAFI se compose de 37 membres permanents comprenant deux organisations régionales dont la commission européenne. Aussi, un grand nombre de membres « observateurs » interviennent au GAFI. Il s'agit des institutions et organisations mondiales relatives aux établissements financiers, à la lutte contre le blanchiment, le financement du terrorisme, la corruption à travers le monde.

**163. Les recommandations du GAFI.** Les recommandations sont rédigées et communiquées à l'ensemble des membres ayant adhéré au GAFI, ces derniers peuvent adapter leurs législations en fonction de ces recommandations. L'Union Européenne étant membre du GAFI, en tant qu'entité autonome, fait résonance à ces recommandations par le biais des mécanismes d'harmonisation et d'unification

---

<sup>308</sup> <http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/quefaisons-nous/>

européennes. En d'autres termes, les directives et règlements européens sont la transcription effective des recommandations, pour ne pas dire des exigences, issues des travaux du GAFI. Toutes ces recommandations sont mises à jour en fonction des nouveaux moyens de blanchiment et de financement du terrorisme découverts mais aussi de l'efficacité de leurs applications au sein des pays membres. Somme toute, les recommandations sont composées d'éléments pratiques que doivent suivre les entreprises et plus particulièrement les établissements financiers.

**164. Les référentiels du GAFI.** Le GAFI assure la publication de « *guidance* », qui correspondent à des guides d'action pratiques, ayant pour finalité de faciliter la mise en application des recommandations par les législations nationales. Pour ce faire, le groupe invente divers procédés et crée des concepts novateurs permettant le suivi efficace de la monnaie par les établissements financiers. Les termes anglais de « *know your customer* » ou encore des « *due diligence* » sont désormais largement usités dans le milieu bancaire et financier. La base des procédures (*process*) de conformité visant à lutter contre le blanchiment d'argent au sein même des établissements financiers se fonde sur ces concepts. Leur mise en application sera fonction de la taille et de l'influence de l'établissement mais aussi de l'activité de celui-ci. Les process seront différents ou tout du moins différenciés selon que l'établissement agit en tant que banque de détail ou bien comme prestataire de services d'investissement.

## Conclusion du chapitre 2

---

**165. Une multitude de sources supports de la conformité.** Par la multitude de ses sources et son origine anglo-saxonne, la compliance s'inscrit difficilement dans une analyse positiviste du droit. La conformité réglementaire est un aspect spécifique de la compliance que la pratique élude par les appellations fixées dans l'organigramme des entreprises. La compliance légaliste comprendrait donc la conformité de l'ensemble des règles légales applicable aux établissements financiers, comprenant aussi bien les règles internationales, régionales que nationales. Les groupes bancaires français ayant une forte présence à l'étranger, que ce soit en Europe ou aux Etats-Unis, ils doivent constamment faire face à des éléments d'extranéité. Afin d'assurer une sécurité juridique optimale aussi bien à l'entité qu'aux transactions, la fonction conformité met en place des process qui visent aussi bien la compliance légaliste que la compliance contractualiste. En d'autres termes, des process sont créés aux fins de respecter la large palette de règles coercitives applicables aux organismes financiers. Le droit mou, dont sont issues des règles d'ordre éthique et déontologique, prend de plus en plus d'importance au sein du monde bancaire. Élément devenu marqueur de bonne image de l'entreprise, l'engagement éthique d'une banque offre aux investisseurs et aux parties prenantes une meilleure image qui pourra leur être bénéfique pour la suite. Les organismes internationaux tels que le GAFI ou encore le COSO offrent des recommandations qui se trouvent être transposées par les législateurs communautaires puis, par le biais de l'effet vertical des conventions internationales, par les législateurs nationaux.

Les établissements financiers étant au cœur des transactions internationales, doivent assumer par elles-mêmes la lutte efficace contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La fonction conformité joue un rôle plein dans cette lutte et la responsabilité des banques s'en trouve grandement élargie.

## CONCLUSION DU TITRE 1

---

**166. Une notion protéiforme.** La notion de compliance englobe un ensemble de risques regroupant et recoupant plusieurs matières : de la matière juridique à la matière comptable, des aspects financiers aux aspects judiciaires et administratifs. Cet enchevêtrement de risques ne va pas sans compter des sources juridiques qui s'accumulent voire se superposent, varient en fonction des opérations et des services envisagés par l'établissement bancaire. S'il agit en tant que prestataire de services d'investissement, les règles à aborder seront différentes de celles encadrant les services issus des opérations tenant aux banques de détail. De même, d'autres difficultés apparaissent lorsque de gros groupes bancaires possèdent des filiales dans divers domaines puisqu'il faut faire respecter dans chaque structure cette compliance, puis la centraliser. La technicité augmente encore lorsque certaines filiales ou succursales comportent des éléments d'extranéité telle qu'une situation géographique à l'étranger. Elles se voient alors appliquer des règles de droit étranger avec lesquelles il faut se conformer. Dès lors, de par la multiplicité des sources créatrices de normes, il n'existe pas une conformité mais des conformités.

**167. Conséquences pratiques d'une conformité optimale.** Enfin, ce « mille-feuille » des risques entraîne une conséquence à la fois logique et peu appréciable : un manque de repère concernant la délimitation des fonctions qui œuvrent dans l'entreprise. Plusieurs d'entre elles travaillent en commun avec la fonction conformité afin d'installer la gestion des risques dans l'entreprise. Pour ce faire, l'instauration d'une conformité globale à l'entreprise, bien qu'elle ait un coût indéniable, nécessite la fixation durable d'une culture de conformité et peut avoir des conséquences bénéfiques en termes de performance. Cela passe par des process et le partage des valeurs, de façon non contraignante, dans l'entreprise en utilisant un vecteur juridique en plein développement : la *soft law*. Cette autorégulation imposée par les pouvoirs publics est tout de même surveillée par ce que



l'on pourrait nommer « un contrôle externe », c'est-à-dire par les autorités de régulation qui encadrent le contrôle interne des entreprises par un double pouvoir : normatif et sanctionnateur.

## TITRE 2. Objectivation de la conformité

---

*168. Transition progressive d'un droit dur à un droit malléable.* La notion de compliance, comme nous l'avons remarqué précédemment, est relativement vaste. La conformité tendrait vers le respect de l'assujetti à un ensemble de normes juridiques d'origines diverses. Ces normes trouvent pour la plupart leur essence dans la loi ou les règlements pris en vertu des principes souverains issus du siècle des Lumières et appliqués de façon concrète dès la Révolution Française de 1789. Pour Jean-Jacques ROUSSEAU, la Loi est la volonté du peuple et trouve sa légitimité dans le peuple. Cela se traduit par la création de norme de l'organe législatif, légitimée par le scrutin national. L'Union Européenne, principale contributrice de normes dans le domaine bancaire et financier, vient fixer les principes fondamentaux et les lignes directrices que les établissements financiers et tous les organismes financiers doivent respecter. Elle les fixe aux moyens de directives européennes et de règlements européens. Seulement, ces textes européens ne se trouvent applicables en droit interne qu'après transposition ou bien par intégration directe dans la législation interne. Dès lors, seuls des lois et règlements, au sens des articles 34 et 37 de la Constitution, forment le socle de la législation bancaire et financière.

Également, la notion de non-conformité issue du règlement 97-01 correspond à ce que la pratique nomme la conformité réglementaire. Elle repose sur un ensemble de normes légales, réglementaires mais aussi de droit mou. En effet, de nouveaux types de normes apparaissent : celles qualifiées par la doctrine de normes privées, droit mou ou encore *soft law*. Elles sont le fruit de la pratique, c'est-à-dire qu'elles sont nées à la suite de besoins exprimés par les professionnels de secteurs particuliers, dont celui de la finance. A l'instar de la compliance, la *soft law* trouve également sa source dans le droit anglo-saxon. La globalisation financière a poussé les établissements financiers mais aussi plus largement les entreprises de grandes tailles et les entreprises de taille intermédiaire (ETI) à instaurer ce type de normes. Un mécanisme d'inversion de la hiérarchie des normes éclot en France depuis une dizaine d'années, appuyé tout autant

par les exigences mondiales des investisseurs que par la volonté des pouvoirs publics de suivre les évolutions législatives issues du droit de l'Union Européenne. Cette *soft law* est imprégnée, dans le domaine bancaire et financier, de concepts et de modes de fonctionnement innovants tels que la gouvernance d'entreprise ou encore la RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises) dont elle est directement issue. De façon plus pragmatique, ces valeurs sont diffusées au travers des codes de bonne conduite. Au plan externe, le conformisme à ces codes offrira aux investisseurs un gage de sécurité dans leurs investissements et à l'entreprise une plus grande visibilité et donc une meilleure réputation. Dès lors, la déontologique et l'éthique sont les bases de la *soft law* appliquées au domaine bancaire (Chapitre 1<sup>er</sup>).

**169. Un nouveau paradigme fondé sur l'approche par les risques.** Il n'est toutefois pas anodin de constater que cette inversion de la hiérarchie des normes heurte de plein fouet le système français fondé sur un droit dur et une organisation sociétaire peu vouée à ce changement de paradigme. Les entreprises sont contraintes de faire évoluer leur gestion managériale en fonction de cette restructuration des normes, guidées par une approche fondée sur les risques. Organisées par un fonctionnement *ex post*, les entreprises de taille intermédiaire et les grandes sociétés, sous la pression d'une mondialisation toujours plus forte, se doivent de faire évoluer leur gestion globale sur un fonctionnement *ex ante*. En outre, l'entreprise devra se doter d'un service compliance, en réalisant des process efficaces créés et suivis par des salariés compétents. La spécialisation des tâches, dont le fordisme a conçu les bases, incite les établissements financiers à déléguer les tâches liées au contrôle de conformité<sup>309</sup>. Cependant, la mise en place de ces contrôles de conformité *ex ante* supporte un coût important, aussi bien au plan humain qu'au plan financier. C'est pourquoi la mise en œuvre de la compliance, déterminée par le pouvoir de direction de l'établissement, doit donc suivre une politique prédéfinie. Soit elle sera incitative, soit elle sera coercitive, soit elle est une alchimie des deux. Dans le premier cas, le régime de sanction sera moindre que dans le second cas. Une analyse économique du concept de

---

<sup>309</sup> A.-D. MERVILLE, « La délégation des tâches de conformité et la responsabilité du RCCI/RCSI », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juin 2013, n° 6, p. 287.

conformité s'avère être nécessaire afin de déterminer son efficacité et son influence sur les performances de l'entreprise (Chapitre 2).

## Chapitre 1. Déontologie et éthique : la *soft law* au cœur du domaine bancaire

---

La *soft law* est devenue un instrument « phare » dans les établissements financiers. Qualifiée de droit mou, elle a pour origine le droit anglo-saxon. Considérée par certains auteurs comme un « *sous droit* »<sup>310</sup>, par d'autres comme un droit illégitime, le droit mou peine à se faire une place dans l'ordonnement juridique classique. Dès lors, comment concilier ce nouveau paradigme juridique avec la culture et la pratique latine du droit ? D'autant plus que celui-ci est imposé par les législations de l'Union Européenne alors même que la Grande-Bretagne est sortie de l'Union en appliquant l'article 52 TFUE consécutivement au Brexit voté en juin 2016. Une nouvelle forme de réglementation basée sur l'inversion de la hiérarchie des normes est désormais réalisée en droit de l'entreprise. Ce phénomène fut déjà amorcé par le droit du travail en ce qui concerne l'application des conventions collectives. Ce sont les organisations syndicales et patronales qui négocient les règles applicables aux salariés, que ce soit au niveau de l'entreprise ou de la branche. Par application de la loi, ces conventions collectives priment, dans certains domaines, les règles légales qui deviennent alors supplétives<sup>311</sup>. Bien qu'ayant une importance moindre qu'en droit du travail, ce phénomène d'inversion de la hiérarchie des normes s'est développé en droit bancaire et financier depuis les années 1990 et tend à croître grandement depuis 2005. Les organisations professionnelles sont très actives dans la production de normes privées standardisées qui seraient la consécration pratique de la *soft law*. Au-delà de constituer une nouvelle forme de règles plus ou moins contraignantes que les entreprises doivent respecter, la *soft law* apparaît également comme un moyen de réalisation de la conformité (**Section 1**). En effet, le droit spontané a cette particularité d'être, lorsqu'il est lié à l'activité de conformité, à la fois un ensemble de règles à respecter mais

---

<sup>310</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privé », in Les transformations de la régulation juridique, *L.G.D.J.*, 1998, p. 151.

<sup>311</sup> Les articles du Code du travail insérés dans les catégories « dispositions supplétives » ont vocation à s'appliquer uniquement en cas de défaut d'accords collectifs ou conventions collectives applicables sur ce point.

également un moyen efficace de sa mise en œuvre. Il constitue alors un outil privilégié des sociétés cotées, dont font partie les établissements financiers, afin de mettre en œuvre des politiques de gouvernance d'entreprise efficace. Moyen d'autorégulation privilégié par les entreprises dont les titres sont négociés sur les marchés financiers, la gouvernance d'entreprise est la consécration pratique de l'instauration de la *soft law* dans l'établissement (**Section 2**).

## ***Section 1. La soft law comme source et moyen de la conformité***

---

**170. Avènement d'une culture d'entreprise inhérente à l'évolution du droit malléable.** Nécessaire outil à l'expansion de la mondialisation en sécurisant les transactions financières et économiques, le droit se trouve parfois être un frein aux velléités capitalistes des grandes firmes transnationales. La crainte du conflit et du litige ayant pour conséquence un contentieux judiciaire faisant l'objet de publication médiatique et d'atteintes à la réputation, a poussé les entreprises à innover en termes de maîtrise des risques. Les éléments d'extranéité sont eux aussi importants. Pour ce faire, la pratique s'est aidée d'outils juridiques n'ayant pas de valeur contraignante au sens constitutionnel, mais permettant la diffusion de valeurs et de principes à portée morale à l'égard des *shareholders* (actionnaires) et des *stakeholders* (parties prenantes) : la *soft law*, encore appelée droit mou<sup>312</sup>. Afin d'assurer une diffusion efficace et complète, ce droit que l'on peut qualifier de « malléable » plutôt que de « mou » en raison de la dynamique dont il bénéficie dans sa mise en œuvre, a besoin d'un outil juridique performant qui en soit le vecteur. Dès lors, la compliance s'avère être l'outil le plus à même de créer une culture d'entreprise suffisamment intense pour faire accepter ce droit malléable au sein d'un groupe bancaire.

**171. Nature ambivalente du droit mou et renouveau de l'éthique des affaires.** La *soft law* a intégré peu à peu l'ordre juridique mondial depuis une trentaine d'années. Elle tendrait à subvenir aux besoins d'une loi « dure » régulièrement fustigée pour son manque de clarté rédactionnelle<sup>313</sup>. Mais des questions sont en débat sur sa nature

---

<sup>312</sup> La dernière mouture du code AFEP-MEDEF révisé en 2016 fait une ouverture sur les parties prenantes car il est désormais fait référence, aux articles 14 et 15 du code prévoit que le conseil d'administration « agit dans l'intérêt social » alors que la précédente formule évoquait la représentation de l'ensemble des actionnaires, ce qui excluait de fait les parties prenantes de cette représentation. Il ne paraît pas inutile d'ajouter que la notion d'intérêt social n'est toujours pas clairement identifiée et son application reste vague, notamment d'abus de biens sociaux.

<sup>313</sup> A. VIANDIER, « Observations sur le style de la loi », *RRJ-Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987-3, p. 847.

juridique, la légitimité de son caractère contraignant voire coercitif. Cette nature ambivalente, bien que vivement débattue en doctrine, donne lieu à une analyse d'autant plus intéressante que l'influence de la *soft law* est toujours plus prégnante en droit continental (Paragraphe 1).

Le développement ou, pourrait-on évoquer le terme de redéveloppement, de la morale dans le monde de l'entreprise et plus généralement dans le monde des affaires s'effectue par l'établissement de règles issues de la *soft law*. Afin de les intégrer dans la hiérarchie de l'entreprise, des sources de droit spécifiques se sont développées. Sont évoqués régulièrement des codes éthiques, chartes éthiques, codes de bonne conduite ou encore d'autres dénominations regroupant une idée fondatrice : l'intrusion de la morale dans l'entreprise. Les établissements financiers sont particulièrement au fait de ces nouveautés et instaurent ces normes particulières par l'intermédiaire de sa fonction compliance. Ces normes forment le socle de la compliance subjective et une situation cocasse se présente dès lors : la *soft law* devient à la fois source et moyen de la conformité (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La nature ambivalente du droit mou**

Le droit est considéré comme « *mou* » dès lors qu'il n'a pas été créé en fonction des canons classiques du droit latin. En d'autres termes, ne serait acceptée par le peuple que la règle de droit issue du pouvoir légitimement et légalement habilité à la faire. C'est en substance l'essence des discussions et des arguments soutenant que le droit mou est un droit réfuté (A). Néanmoins, du fait de l'évolution permanente des acteurs et des produits et services en circulation, l'avènement du droit mou offre une adaptabilité et une célérité indéniable, qualités appréciées par le capitalisme moderne. Telle est la base des réflexions considérant la *soft law* comme un droit accepté (B).



## A. Un droit réfuté

La nature juridique du droit mou est fréquemment remise en question par la doctrine. De plus, outre sa nature juridique, le mode de création de la norme pose des difficultés, notamment en termes de légitimité. Deux modes de création normative de droit spontané sont appliqués en pratique : la négociation de la loi d'une part (1), la déclaration de la loi d'autre part (2).

### 1. La loi négociée

**172. Le créateur légitime de la règle de droit.** Les questions doctrinales les plus soulevées tiennent bien souvent de l'origine du droit et de ses sources. Des débats d'ordre théorique et terminologique démontrent la difficulté qu'ont les juristes à déterminer distinctement les origines du droit et l'ambivalence de la création normative. Un élément d'analyse ne fait plus débat actuellement en théorie du droit : la loi occupe « *une place de choix* »<sup>314</sup>, c'est-à-dire que seule la loi possède une puissance normative acceptée par tous. Les sources du droit ont été considérées comme l'autorité qui produit et assure le respect de la règle de droit<sup>315</sup> ou encore les manifestations du droit<sup>316</sup>. Le doyen ROUBIER a beaucoup disserté sur ces sources et en a conceptualisé une distinction de premier ordre : les sources réelles sont à distinguer des sources formelles du droit. Pour lui, « *les sources formelles ne tirent leur validité que de leur conformité aux sources réelles* »<sup>317</sup>.

**173. Avènement d'une internormativité.** Cette dichotomie est désormais mise à mal par la nécessité d'entremêler les normes nationales et supra-nationales. En effet, l'inflation législative issue du processus d'intégration européenne crée un enchevêtrement de normes et de sources de droit qu'il faut organiser utilement afin

---

<sup>314</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse Paris II, 1992, spéc. N° 11, p. 12.

<sup>315</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, par G. RIPERT, t. 1, Principes généraux – Personnes – Biens, L.G.D.J., 1948, 4e éd., spéc. n°108.

<sup>316</sup> P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2005, spéc. p. 2.

<sup>317</sup> ROUBIER, *op. cit.*, spéc. 78.

d'en assurer une pleine efficacité. C'est en ce sens que certains auteurs évoquent une nécessaire internormativité<sup>318</sup> dans laquelle doit s'inscrire le droit contemporain. Les établissements financiers se situent en première ligne de ces réflexions en raison du nombre grandissant de règles internationales contraignantes ayant une incidence sur eux.

Le concept de source réelle du droit a une acception assez large. Elle regroupe toutes les sources informelles du droit qui forment le socle de la *ratio legis*. Ces sources sont constituées de données historiques, économiques et sociales<sup>319</sup> voire sociologiques. La recherche empirique permet de mieux comprendre la *ratio legis* de textes nationaux et internationaux, tout en offrant la possibilité d'anticiper les effets d'une loi à l'égard d'individus ou de situations déterminées.

La compliance pourrait-elle être considérée en elle-même comme une source de droit ou bien comme une forme de création normative à part entière ? Ou cet instrument ne servirait-il qu'à sous-traiter l'application de normes juridiques au sein de l'entreprise ?

**174. L'éthique comme moyen de régulation.** L'éthique est conçue comme un moyen de régulation des relations juridiques internationales<sup>320</sup>. Dans le domaine du commerce international, elle se retrouve sous la forme de diverses conventions dont les dénominations sont aussi diverses qu'imprécises. Une liste non exhaustive a été retranscrite par le Professeur OSMAN<sup>321</sup>, spécialiste des questions relatives à la *lex mercatoria*. Le droit spontané porteur de valeurs éthiques semble aller à l'encontre des enseignements du philosophe Paul Ricoeur. Ce dernier conçoit l'éthique sur une triade dont le sujet est au centre des attentions. Pour lui, l'éthique correspond à l'exercice

---

<sup>318</sup> S. POILLOT-PERUZETTO, « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, in Internormativité et réseaux d'autorités », (dir.) L. IDOT, et S. POILLOT-PERUZETTO, *LPA*, 5 octobre 2004, p. 17-31.

<sup>319</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis Droit Privé, 2002, spéc. n° 4, à propos de l'article 205 du code civil.

<sup>320</sup> Colloque *Normes privées internationales*, organisé par le Centre de Droit Economique et le centre Global Law, 10 juin 2011, Aix-en-Provence, *RRJ*, Cah. Met. Jur. N° 25, 2011.

<sup>321</sup> F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509.

des libertés individuelles alors que le contrat apparaît comme une contrainte obligeant à respecter la valeur éthique. L'éthique ne peut donc être philosophiquement conçue comme un acte décisoire, « *l'énoncé sous la forme d'un règlement ayant une assise contractuelle ou pris comme un acte unilatéral* »<sup>322</sup>. Le caractère transcendantal de l'éthique retire l'opportunité pour un code d'en définir le périmètre ou bien même d'en légitimer sa portée. Dès lors, deux types de *soft law* prennent forme dans le monde juridique : la loi négociée et la loi déclarée.

**175. Inversion de la hiérarchie des normes : produit d'une acculturation anglo-saxonne.** Un phénomène prend une ampleur toute aussi importante qu'inquiétante : celui de l'inversion de la hiérarchie des normes. En effet, du fait de la globalisation économique et de l'inflation normative en découlant, le droit connaît un bouleversement de ses sources fondamentales. La création légale, émanant du législateur, est fonction de politiques spécifiques à un fil conducteur conduit par des courants de pensée inhérentes à un courant politique. Les corporations sont plus impliquées dans la création normative, que cela se réalise sur un mécanisme participatif ou de négociation.

**176. Participation des professionnels pour la fixation des normes.** Aussi, oppose-t-on souvent la loi et la jurisprudence à la doctrine et aux revendications des professionnels. Seulement, en période de crise, la légitimité du législateur est profondément remise en cause. Les normes créées, interprétées et commentées par ces derniers régissent des situations qui leur sont externes. Les citoyens ne se sentent plus représentés par une classe politique dont les scandales médiatiques à répétition ne font que ternir leur légitimité. Pour apporter plus de réalisme dans la fixation des normes, il n'est plus rare que le législateur fasse appel aux professionnels. Ainsi, la règle de droit se trouve être légitimée par l'intervention, dans sa réalisation, des corporations. Il ne paraît pas illogique de confier à des professionnels la possibilité de participer à la création normative puisqu'ils en sont les destinataires principaux.

---

<sup>322</sup> G. RABU, « L'illusion d'éthique », *RRJ-Droit prospectif*, n° 146, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013-1, p. 38.

Pour le Professeur VABRES, « *la nouveauté réside dans l'intégration dans le déroulement même de la procédure d'élaboration du droit, d'une étape visant à prendre connaissance de l'avis des justiciables. L'idée de négociation de règles générales et abstraites brouille quelque peu les schémas théoriques habituels, puisque cela laisse sous-entendre que le droit communautaire tend à retenir une approche plus conventionnelle que normative* »<sup>323</sup>. Dès lors, l'on peut constater l'avènement d'une nouvelle forme de souveraineté du peuple. Le peuple souverain offre, par son vote, le pouvoir légitime au législateur de créer des règles générales et abstraites applicables à l'ensemble des citoyens. C'est la conséquence des valeurs et principes issus de la Révolution française et de l'instauration d'un régime démocratique. Le législateur contrôle le processus de création de la norme légale, de son projet à sa rédaction, de son vote à sa ratification.

**177. Influence des professionnels sur la production normative.** Désormais, cette nouvelle forme de souveraineté du peuple s'exprime non plus uniquement à travers le législateur mais bien au travers des professionnels. Dès lors, même si les corporations n'existent plus depuis la loi le Chapelier du 14 juin 1791, les professionnels exercent toujours une influence notable sur le pouvoir politique, et plus spécifiquement sur le législateur.

**178. Rôle clef des établissements financiers dans la production de normes.** En matière de services financiers, les banques ont une influence peu négligeable dans le processus de création normative française. Cela s'explique par le rôle majeur joué par les établissements financiers en matière de financement de l'économie. Que ce soit par le financement de projet par le biais d'ouvertures de crédits ou de réalisation d'opérations pour le compte de tiers, les organismes financiers sont le lien indispensable entre économie financière et économie réelle. C'est pour cela que leur aura exerce une influence certaine dans la prise de décision politique ayant une incidence sur le financement de l'économie ou la réglementation financière. En se

---

<sup>323</sup> R. VABRES, *Comitologie et services financiers*, Thèse Paris II, 2007, p. 145, spéc. 146.

rendant indispensable à la création de croissance, en finançant les entreprises, leurs avis et recommandations sont toujours pris en considération.

**179. Conflits d'intérêts et lobbying bancaire.** La problématique principale réside dans la fixation d'une limite, souvent très mince, entre exercice « sain » de l'activité de lobbying et exercice « néfaste » des relations d'influence entre les banques au sens large et le milieu politique. Les risques de conflits d'intérêts voire de corruption éveillent la curiosité lorsque l'on sait que certaines personnalités font le va-et-vient entre mandat politique et emploi dans le secteur privé, et plus précisément le secteur bancaire. Les relations d'influence doivent donc être prises en considération dans l'établissement de la loi et sa réalisation. Rappelons qu'en matière de corruption, le classement de la France, selon un indice créé par l'ONG « *Transparency International* », est inquiétant. La France ne pointe qu'à la 21<sup>e</sup> place en 2018, 23<sup>e</sup> place en 2016<sup>324</sup>, place qu'elle occupait déjà en 2015<sup>325</sup>, sa situation étant encore moins bonne les années précédentes<sup>326</sup>. Son indice de perception de la corruption était fixé à 72 sur 100 en 2018 par cette même ONG<sup>327</sup>.

**180. La loi : un acte négocié.** La loi devient, dans une certaine mesure, un acte négocié. En effet, comme évoquée précédemment, l'intermédiation des praticiens et des professionnels catégorisés par secteur d'activité est croissante. S'instaure alors un dialogue entre les protagonistes, c'est-à-dire entre le législateur et les professionnels consultés. Cette forme de création normative est fréquemment utilisée en matière de droit social où les conventions collectives viennent régir les situations des salariés, que ce soit au niveau de l'entreprise ou de la branche. Au fil des réformes, la loi négociée prend le pas sur la loi imposée.

---

<sup>324</sup> [http://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)

<sup>325</sup> <http://www.transparency.org/cpi2015>

<sup>326</sup> Notamment 26<sup>e</sup> en 2014 : <http://www.transparency.org/cpi2014/results>.

<sup>327</sup> <https://transparency-france.org/actu/indice-de-perception-de-la-corruption-2018/#.XZ2w8HduIhc>.

## 2. La loi déclarée

**181. Critiques.** Ce système de fonctionnement n'est pas sans critiques. D'une part, le risque inhérent à ce genre de négociation réside dans la spécialisation des actes qui en découlent. Les professionnels regroupés en secteurs d'activité divers ne défendent que les intérêts de leur profession ou de leur secteur. Un déséquilibre est donc créé entre secteurs et cela peut conduire à des situations perçues comme étant inégalitaires. Une forme de corporatisme refait surface dans la rédaction des normes, phénomène souvent dénoncé<sup>328</sup>, construisant une forme de mépris pour la démocratie<sup>329</sup>. D'autre part, le manque de légitimité caractérise ces actes *sui generis*. Bien que la loi soit « *le fruit de discussions et de compromis* », aucun indice n'est fourni quant aux protagonistes de cette discussion. Les syndicats se sont vus arroger ce rôle au fil des années en matière de droit du travail. Désormais, les syndicats majoritaires reconnus représentatifs à l'issue des élections professionnelles sont aptes à négocier les conventions collectives qui priment la loi dans certains domaines. Toutefois, le taux de syndicalisation en France ne dépasse que difficilement les 8 %. La légitimité de ces syndicats à négocier des actes ayant vocation à s'appliquer à tous les salariés d'une branche ou d'une entreprise voire un groupe d'entreprises est à reconsidérer. En d'autres termes, l'effet *erga omnes* issu de ces accords négociés est-il légitimement accepté par les salariés ? La nature juridique d'une convention collective est, comme son nom l'indique, un acte collectif né du fruit de négociations. Seulement, ce *mutuus consensus* peut avoir une portée normative à l'égard de personnes tierces à la convention. Un contre-argument peut être invoqué pour défendre la légitimité des syndicats : le taux de participation fort de 68 % en moyenne aux élections professionnelles.

**182. Propositions.** La participation des professionnels dans la création normative est une idée empreinte de réalisme juridique. Le pragmatisme normatif donne la possibilité de créer des lois qui soient à la fois plus précises et plus souples et qui offrent

---

<sup>328</sup> C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néocorporatisme », *RTD Com.*, 1989, p. 417.

<sup>329</sup> V. WESTER-OUISSE, « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *Rev. sc. crim.*, avril-juin 2000, p. 352.

l'avantage d'être en adéquation avec ce qui est attendu des entités qui devront l'appliquer. Aussi, la négociation peu légitime apparaît comme étant néfaste au processus de création normative. Les professionnels ne disposent d'aucun pouvoir législatif permettant de créer du droit. La négociation, au sens évoqué précédemment, ne peut alors leur être offerte. En revanche, une approche plus positive et plus respectueuse de la culture juridique latine est à rechercher. Les professionnels, réunis en comités sectoriels pourraient représenter leur profession au Parlement et travailler efficacement en union avec les parlementaires. Leur rôle ne serait pas de négocier la loi mais d'émettre des avis, des recommandations, des constats et éléments empiriques incitant le législateur à rédiger le texte de loi de telle ou telle manière.

Cette solution empreinte de pragmatisme permettrait d'adapter le droit continental à l'influence toujours plus forte du droit anglo-saxon, tout en conservant une vision de « *participation professionnelle aux négociations* » à la française.

**183. Inadaptation aux établissements financiers.** La pratique tend à trouver une place dans la création normative, pour le moins au plan interne. Au plan communautaire, l'émergence de ce droit spontané n'a que peu d'influence sur la création normative financière. En effet, les marchés financiers ne peuvent se permettre d'être régulés par des règles négociées par des professionnels des marchés. Les intérêts réciproques des membres du marché sont trop antagonistes pour pouvoir prétendre à l'émanation d'une loi négociée sans que l'une ou l'autre partie au contrat n'ait été obligée de faire des concessions. Une loi rédigée de façon trop libérale aurait un effet pernicieux sur les acteurs du marché. Tout signe de laxisme serait néfaste en termes de gestion de lutte contre les fraudes, qu'elles aient une qualification civile ou pénale.

## **B. Un droit accepté**

Les chartes éthiques sont une création de la pratique qui y a trouvé un moyen d'assurer l'instauration d'une approche éthique des activités et des engagements des

entreprises. Elles ont essentiellement une vocation pédagogique<sup>330</sup>. Cependant, ces corpus de normes privées sont en principe dénués de toute portée juridique *erga omnes*. Seule une valeur conventionnelle ne pourrait leur être reconnue (1). Bien que très adaptée aux besoins de célérité et de souplesse inhérents au système capitaliste, ces chartes font tout de même l'objet d'une analyse contrastée aussi bien sur leur forme que sur leurs réelles finalités (2).

### 1. Analyse conceptuelle des chartes éthiques

**184. Analyse juridique des chartes éthiques.** Les chartes éthiques se veulent être vecteurs de diffusion de valeurs moralisatrices ou éthiques au sein d'un groupement. Du point de vue philosophique, nous l'avons remarqué, un antagonisme éclot. Du point de vue juridique, des contestations émanent de l'analyse spécifique de la nature et de la finalité de ces chartes. Hans KELSEN avait perçu que « *la norme statue le comportement d'une personne ou d'un nombre défini ou indéfini de personnes, c'est-à-dire un comportement humain – rien d'autre – comme étant obligatoire* »<sup>331</sup> et il ajoutait que la norme correspond à un acte de pensée alors que l'énoncé, qui résulte de l'énonciation de la norme et sa compréhension, est la signification d'un acte de pensée<sup>332</sup>. Si l'on applique cette dichotomie aux chartes éthiques, leur analyse s'en trouve être profondément modifiée puisqu'il faut prendre en considération son contenu afin d'en établir le contenant. Si la charte relève de la norme, son analyse sera prescriptive et par conséquent, obligatoire, alors que si la charte relève de l'énoncé, son contenu ne sera que descriptif.

**185. Conception des chartes éthiques.** Les chartes éthiques peuvent être conçues de deux façons distinctes : soit en tant que contrat, au sens de convention, soit en tant

---

<sup>330</sup> V. REBEYROL, « La compliance: le rôle de la charte éthique », in *Compliance: l'entreprise, le régulateur et le juge*, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.110-127.

<sup>331</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes (Allgemeine Theorie der Normen)*, Traduit de l'Allemand par Ringhofer K. et Walter R., publié en 1979, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 37.

<sup>332</sup> *Ibid.*, 217.



qu'acte unilatéral. Cependant, il s'agit de noter que cette différence de nature n'est pas sans incidence sur le régime juridique applicable consécutivement.

En tant que contrat, la charte est négociable et revêt une force juridique incontestable en vertu de l'ancien article 1134 du code civil<sup>333</sup>. Ce *mutuus consensus* a aussi pour effet de paralyser les effets du contrat à l'égard des tiers grâce au principe de l'effet relatif des conventions. Cette inopposabilité se trouve ainsi sans effet au contact d'une chaîne de contrat dans laquelle la charte pourrait apparaître.

En tant qu'acte unilatéral, la charte déploie ses effets obligatoires envers les membres d'un groupement déterminé. En matière de droit des sociétés, cela se traduit par l'édiction d'un règlement intérieur, acte infra-statutaire, siège du pouvoir normatif de l'employeur. Par ce procédé, ce dernier dispose d'un outil de premier choix afin d'imposer des règles teintées d'éthique à ses employés. Le pouvoir réglementaire du chef d'entreprise est institué par ce que certains auteurs conceptualisent comme un *contrat organisation*<sup>334</sup>.

**186. Non-respect des chartes éthiques.** En réalité, il importe peu de pencher pour l'une ou l'autre vision des chartes éthiques puisque dans les deux cas, une sanction d'ordre contractuelle ou disciplinaire pourra être prononcée à l'encontre de celui qui n'a pas respecté les propositions contenues dans celles-ci. Ainsi, à partir du moment où l'on peut prononcer des sanctions en raison du non-respect de la charte, le pouvoir réglementaire de l'employeur l'emporte sur la libre disposition des salariés. Les incitations muent en obligations et les propositions deviennent des dispositions. Ce type de textes d'ordre privé fonctionne donc sur un degré de normativité variable mais qui exprime dans tous les cas « *un pouvoir normatif* »<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> Fondu au sein des nouveaux articles 1103, 1193 et 1104 du code civil depuis la réforme du droit des obligations de 2016.

<sup>334</sup> P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 1999, p. 635.

<sup>335</sup> P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD Civ.*, 2009, p. 77.

**187. Contenu des chartes éthiques : chartes descriptives et chartes prescriptives.** Une autre question concerne le contenu de ces chartes. D'une part, il existe les chartes qui reprennent le contenu de règles déjà existantes. D'autre part, certaines chartes ne se contentent pas de se limiter à leur fonction descriptive mais font preuve d'innovation en créant des règles inédites. Elles deviennent dès lors des chartes prescriptives. Leur valeur juridique sera difficilement reconnue si elles ne font pas l'objet de mesures coercitives afin d'être respectées par les destinataires.

## 2. Analyse contrastée des chartes éthiques

**188. Analyse ambivalente des chartes éthiques.** Comme déjà abordée à propos de la compliance, l'apparence peut aussi surgir en matière d'éthique. Monsieur RABU résume parfaitement l'analyse ambivalente des chartes éthiques et leur réelle finalité lorsqu'il évoque que « *la fonction affichée des chartes éthiques consiste le plus souvent à attester de la conformité de l'activité de leurs auteurs à la loi du pays dans lequel elle est développée, à des principes moraux, ainsi qu'à leur préoccupation majeure à des considérations d'ordre social ou environnemental. Si cette prise de conscience et l'attachement à certaines valeurs peuvent être sincères et réels, il n'empêche que les codes de bonne conduite ou d'éthique exercent en eux-mêmes une fonction labélisante de l'activité de leurs auteurs* »<sup>336</sup>. Depuis quelques années, les lois sont teintées d'éthique et de valeurs morales. L'on peut citer par exemple la loi sur la transparence de la vie publique<sup>337</sup>.

**189. Chartes « esthétiques ».** Des critiques peuvent être apportées à propos du caractère plus esthétique que juridique des chartes. Cela a été dénoncé comme « *révélant des stratégies propres à leurs auteurs, inscrites dans le jeu du marché, témoignant d'un souci de respect d'un droit de la concurrence, cautionnant les orientations de nouvelles politiques publiques ou répondant à des politiques d'aménagement du territoire, elles sont souvent constituées suivant des procédés*

---

<sup>336</sup> G. RABU, *L'illusion d'éthique*, op. cit., p. 41.

<sup>337</sup> Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013, p. 16829.

*officieux qui fragilisent la fonction classique de la règle de droit* »<sup>338</sup>. Les chartes seraient alors dénuées de réalité propre et n'auraient pour rôle que de faire transparaître une image positive et éthique de l'entreprise aux yeux des tiers. Dénuées, par principe, de véritables sanctions juridiques, seul le marché vient sanctionner l'absence de charte éthique. Bien souvent, les chartes sont considérées comme étant purement « esthétiques » ou « cosmétiques » car elles n'apportent juridiquement que peu d'éléments de fond, et n'ont que peu d'intérêt à l'égard des parties prenantes<sup>339</sup>. Le même raisonnement trouve à s'appliquer à la compliance que certains qualifient également de « cosmétique »<sup>340</sup>.

**190. Analyse herméneutique des normes.** L'éthique constitue le liant entre la force normative d'une loi ou d'un règlement et sa réception par les citoyens, sa légitimité. En déguisant la règle de droit de valeurs morales, le texte est bien mieux accepté par le peuple. La loi apparaît comme brutale lorsqu'elle n'est pas porteuse de valeurs éthiques à faire respecter. L'éthique apporte la légitimité, la légitimité apporte l'acceptation du peuple. Ces normes privées parviennent alors à expliciter la norme globale, à la rendre plus accessible et plus attractive en usant d'appareils éthiques. Mais le rôle de promotion des chartes ne vient-il pas affaiblir la règle de droit<sup>341</sup> ? Que la règle de droit soit expliquée c'est un fait, mais qu'elle le soit par des producteurs de normes privées mélangeant des finalités descriptives et prescriptives, c'en est un autre. L'explication des règles est issue de la *ratio legis*, que l'on retrouve notamment dans les travaux parlementaires, les travaux de doctrine, etc. Une analyse herméneutique de ces normes privées doit prendre le pas sur l'analyse purement sémantique ou sémiologique<sup>342</sup>. De plus, le droit spontané, lorsqu'il se veut contraignant, offre la

---

<sup>338</sup> G. KOUBI, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in Clam J. et Martin G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et société, Tome 5, 1998, p. 170.

<sup>339</sup> « La conformité réglementaire et les « programmes de compliance » » - Entretien avec CHRISTOPHE COLLARD et GUY GRAS et XAVIER GUIZOT et CHRISTOPHE ROQUILLY et RÉMY SAINTE FARE GARNOT, *Cah. dr. entr.*, n° 2, Mars 2010, entretien 2.

<sup>340</sup> N. BORGA et J.-C. RODA, « 3 QUESTIONS La compliance : nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ? », *JCP E*, n° 21-22, 25 Mai 2017, 390.

<sup>341</sup> G. KOUBI, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, *op. cit.*, p. 165, *spéc.* p. 166.

<sup>342</sup> RABU évoque les « énoncés descriptifs réitératifs » (p. 45).

possibilité d'émettre des sanctions sur son fondement. Est réalisable ici une application distributive du régime de sanction applicable en fonction de l'analyse descriptive ou prescriptive de la charte.

**191. Interaction des concepts de loi et de déontologie.** Dès lors, les concepts de loi et de déontologie sont conciliables. La loi vise matériellement « *toute règle de droit écrite, formulée par un organe étatique compétent dans l'exercice du pouvoir législatif ou exécutif* »<sup>343</sup>. La médiocrité rédactionnelle parfois constatée de la loi <sup>344</sup> explique le penchant des organismes privés à se tourner vers des « lois privées » reprenant l'esprit de la loi générale, mais dotée d'une rédaction à la fois plus utile et efficace. Madame le Professeur AUBRY offre une explication étoffée et précise des difficultés liées à l'appréhension de la loi, non seulement par les citoyens, mais aussi par les juristes<sup>345</sup>. La loi, par l'absence de décret d'application, devient ineffective alors que les règles déontologiques apparaissent toujours plus efficaces<sup>346</sup>. Cette notion d'origine économique offre la comparaison des « *alternatives qui produisent le meilleur résultat pour une allocation de ressources données* »<sup>347</sup>. Appliquée au droit, cette notion permet de calculer le coût et donc la rentabilité d'une mesure juridique. L'efficience trouve une pleine place en analyse économique du droit.

**192. Phénomène de destruction créatrice.** Toute crise économique perturbe le droit et ses normes bien calibrées. En matière économique est étudié le phénomène cyclique de destruction créatrice favorisant l'innovation<sup>348</sup>, cette étude semble pouvoir être transposée à la matière juridique. La hiérarchisation des normes n'est pas nécessairement remise en question, mais la façon dont est créée la loi dorénavant peut aisément être considérée comme une innovation juridique. Par les mécanismes de *soft*

---

<sup>343</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994, n° 244, p. 206.

<sup>344</sup> A. VIANDIER, « Observations sur le style de la loi », *RRJ-Droit prospectif*, 1987-3, p. 847.

<sup>345</sup> H. AUBRY, « Règles déontologiques et la loi », *RRJ- Droit prospectif*, 2011-3, p. 1109.

<sup>346</sup> H. AUBRY, « Règles déontologiques et la loi », *op. cit.*, p. 110.

<sup>347</sup> H.A. SIMON, *Administration et processus de la décision*, Economica, 1998, p. 160.

<sup>348</sup> J.-A. SCHUMPETER, *Théorie de l'évolution économique Recherche sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, traduit de l'allemand par Jean-Jacques Anstett, Dalloz, 1999.

*law*, la *hard law* s'en trouve modifiée dans son mécanisme de création. Cela provoque des répercussions, notamment en matière bancaire et financière où les cellules de conformité doivent suivre avec précision l'enchevêtrement de normes issues du droit mou et celles issues du droit dur.

## **Paragraphe 2. Charte éthique, code de bonnes conduites : de nouvelles normes bancaires non contraignantes comme vecteur de la conformité subjective**

La *soft law* est de plus en plus présente en droit bancaire depuis le début des années 1990. Offrant à la fois adaptabilité et souplesse, le droit mou est un gage de sécurité juridique des entreprises. En outre, en fonction de sa rédaction et de son contenu, il transmet des valeurs éthiques à l'ensemble des parties prenantes de la société. Prenant la forme de chartes éthiques ou de codes de bonnes conduites, le droit mou demeure néanmoins une source effacée du droit bancaire, le droit dur régissant logiquement ce domaine aux conséquences potentiellement systémiques (A). La création normative en France étant l'apanage du législateur, la prolifération de ces corpus de normes privées est par principe dénué de tout effet juridique et coercitif *erga omnes*. Dès lors, l'intervention d'une autorité publique s'avère être nécessaire pour donner une force juridique autonome à ces codes privés source et objet de conformité (B).

### **A. La *soft law* : source occultée du droit bancaire et financier**

Le droit mou est un outil de plus en plus prégnant dans le monde bancaire et financier. Si ses qualités d'adaptabilité et de célérité sont indéniables, sa caractérisation est particulière (1). N'étant en principe pas créée par le pouvoir législatif, étant Etatique ou a-Etatique, son élaboration par des institutions privées

peuvent recevoir une consécration légale, notamment par le phénomène de l'incorporation (2).

### 1. Caractérisation de la norme privée

**193. La soft law : un concept à la nature ambivalente.** La nature de la *soft law* est plutôt ambivalente et les discussions en doctrine ne permettent pas d'établir de distinctions claires. Néanmoins, la nature juridique de ces codes de bonne conduite reste à établir. Pourrait-on, au même titre que le règlement intérieur des entreprises, les qualifier d'actes infra-statutaires ? De par leur standardisation via des organes professionnels désignés ou légitimés, les codes se référant au code AFEP-MEDEF peuvent-ils être considérés comme des actes supra-statutaires et infra-législatifs ?

**194. Réalité et contenu de la soft law.** La pratique du droit mou est reconnue et appliquée avec intérêt dans les établissements financiers. Les banques se sont vues proposer depuis les années 1990 un ensemble de règles de nature déontologique. Ces règles empreintes d'éthique et de valeurs morales se surajoutent à un ensemble de règles légales et réglementaires déjà existantes, mais aussi aux conventions signées entre les établissements de crédit et les clients. Si la déontologie est une autodiscipline collective permettant d'assurer le respect de comportements moraux au sein d'une profession, sa place au cœur du système normatif français reste indéterminée.

Cependant, peut-on considérer le droit souple comme une véritable source du droit ? Des auteurs ont d'ores et déjà répondu par la positive à cette interrogation<sup>349</sup> et d'autres membres de la doctrine bancaire se greffent à ce mouvement<sup>350</sup>. Monsieur LASSERRE CAPDEVILLE estime que le développement de ces contrats moraux s'est accentué depuis la création de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution en 2010. Le droit boursier est le premier à faire éclore les codes de bonnes conduites en créant des règles

---

<sup>349</sup> A. PEZARD, « Une nouvelle source du droit : les normes déontologiques en matière bancaire et boursière dans les États de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de M. VASSEUR*, Banque éditeur, 2000, p. 113.

<sup>350</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *Rev dr. banc. et fin.*, n° 3, Mai 2014, dossier 21.

déontologiques visant à réduire les intérêts antagonistes des membres de marché. Quelques règles déontologiques ont été consacrées par des lois et règlements, codifiées notamment aux articles L. 533-4 et suivants du Code monétaire et financier.

**195. Création de la norme privée.** L'émergence de ces règles déontologiques ne s'est accentuée que très récemment en matière bancaire. La situation de crise de 2007 et ses causes qui ont révélé un manque flagrant de transparence a obligé les banques à intervenir dans un sens contraire afin de préserver leur réputation et leur image<sup>351</sup>. En matière financière, l'objectif clair de la déontologie qui a percé dans les années 1990, fut de « *remettre de l'ordre sur le marché parisien afin de rétablir la confiance des épargnants* »<sup>352</sup>.

En pratique, l'intérêt de ces règles réside dans leur flexibilité et leur adaptabilité ainsi que le respect du principe de célérité du droit bancaire et financier. Leur adoption se réalise rapidement puisque ce sont, en principe, des règles d'ordre privé énonciatives. Les professionnels de la banque et des marchés financiers étant à l'origine de ces « *normes* », leur acceptation dans le domaine financier ne laisse planer aucun doute. Leurs exigences sont donc nécessairement respectées, même si ces règles demeurent abstraites et relativement générales, même si elles peuvent être liées à la situation particulière de la banque ou s'appuyer sur des valeurs morales que la banque désire mettre de plus en plus en avant. Toutes les banques disposent d'un code éthique et de normes déontologiques qu'elles souhaitent imposer en interne. La BNP, la Société Générale et d'autres groupes bancaires tiennent à la disposition du public le contenu de ces normes.

**196. Historique et considérations.** Un débat doctrinal dense s'est formé à propos de la nature juridique de ces chartes éthiques et codes de bonnes conduites. Issues de la *soft law*, ces chartes éthiques posent la question des sources du droit bancaire. De l'époque romaine et égyptienne aux premières lois de la Troisième République, les

---

<sup>351</sup> G. FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 65.

<sup>352</sup> C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néocorporatisme », *op. cit.*, spéc. n° 7, p. 420.

coutumes ont toujours formé le socle du droit bancaire. La *soft law* correspond à des règles privées, issues de la pratique et n'ayant vocation à s'appliquer qu'entre membres d'une même profession voire d'un même secteur. De façon plus pragmatique, cela pourrait être considéré comme une sorte de retranscription écrite de coutumes bancaires et financières. Une différence de nature juridique marque les coutumes et le droit souple. Tout d'abord, le droit souple comprend une visée morale que les coutumes ne recherchent pas nécessairement. Ensuite, les coutumes sont considérées comme sources de droit bancaire à part entière, ce qui n'est pas le cas du droit souple, ou tout du moins pas encore. En effet, la *soft law* est certes estimée être un « *nouveau mode de production du droit* »<sup>353</sup> en raison de la forte propension que les établissements financiers ont à l'utiliser. Cependant, le doyen CARBONNIER l'a considérée comme un « *sous-droit* »<sup>354</sup> et des auteurs spécialisés en matière bancaire et financière semblent suivre la même analyse. D'autres éminents membres de la doctrine contestent la qualification de la *soft law* en tant que source du droit bancaire<sup>355</sup>.

**197. La *soft law* bancaire britannique.** Les Britanniques sont les premiers à avoir fait évoluer la qualité de leur production normative en l'évaluant. Certes, l'objet de l'analyse ne permet pas nécessairement de raisonner par analogie avec la production normative puisqu'est ici visée la *common law*. Néanmoins, des éléments peuvent s'avérer utiles pour faire évoluer le mode de production normatif français. En 1998, le gouvernement britannique a réuni un groupe de travail indépendant nommé « *Better Regulation Task Force* » et chargé de définir ce à quoi correspond une bonne réglementation (*Principles Of Good Regulation*).

Ce groupe en a dégagé cinq principaux : la transparence, ciblage, responsabilité, cohérence et proportionnalité. Ce dernier critère évoqué par la *Tasks Force* signifie que l'Etat n'intervient que de façon subsidiaire, que si d'autres alternatives non

---

<sup>353</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privé », in Les transformations de la régulation juridique, *L.G.D.J.*, 1998, p. 151.

<sup>354</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2013.

<sup>355</sup> P. JESTAZ, « Source silencieuse... Remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD Civ.*, 1993, p. 73.



étatiques ne sont pas applicables en l'espèce. C'est donc ici qu'interviennent pleinement les règles déontologiques.

**198. Les règles déontologiques étatiques.** L'Etat offre la possibilité aux ordres professionnels<sup>356</sup> d'établir des règles déontologiques qui auront force de loi. Il s'agit donc des règles déontologiques étatiques. Juridiquement, les ordres professionnels ne disposent pas du pouvoir d'émettre des règles de droit pouvant concurrencer celles émises par le pouvoir législatif. C'est pourquoi, l'Etat a doté ces ordres de la compétence d'adopter des règles d'ordre déontologique, strictement liées à leur profession. Pour ce faire, les ordres bénéficient d'une délégation de service public. Ce pouvoir réglementaire accordé aux ordres professionnels est enfermé dans une double limite. D'une part, la hiérarchie des normes impose le nécessaire respect par les règles déontologiques des normes issues du droit dur de telle sorte que ces règles ne peuvent, en pratique, n'être que le prolongement de la loi. D'autre part, le périmètre de compétence offert aux ordres est spécifiquement délimité à une finalité déterminée. Un exemple de réglementations déontologiques issues d'une délégation de pouvoir réside dans les fédérations sportives. Ces dernières ont chacune des règles déontologiques spécifiques applicables en leur sein et souvent contrôlées par les fédérations internationales et l'Etat lui-même. Une grande partie des autorités publiques indépendantes et des autorités administratives indépendantes sont également compétentes pour adopter des règles déontologiques. Cette possibilité offre une intermédiation, encore appelée co-régulation<sup>357</sup>, entre l'édiction de règles étatiques et celle de règles purement professionnelles.

**199. Règles déontologiques d'origine a-étatique.** Également, les règles déontologiques d'origine a-étatique font leur apparition sous couvert de la *soft law* (*Ubi societas, ibi jus*). Le recours aux règles d'ordre privé semble prévaloir comme

---

<sup>356</sup> L'ordre professionnel est un « organisme de caractère corporatif institué par la loi au plan national, régional ou départemental et regroupant obligatoirement les membres de certaines professions libérales (avocats, médecin, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, experts comptables, vétérinaires et architectes) qui exerce, outre une fonction de représentation, une mission de service public consistant dans la réglementation de la profession et dans la juridiction sur ses membres », Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique* sous la direction de G. Cornu, PUF, 2009.

<sup>357</sup> H. AUBRY, « Règles déontologiques et loi », *R.R.J., Droit prospectif*, n° 138, 2011-3, p. 1114.

moyen de redonner confiance aux clients et aux parties prenantes d'une entreprise lorsque des abus ou des pratiques critiquables sont apparues et ont été diffusées dans la presse<sup>358</sup>. La déontologie est « *un instrument de promotion d'une profession ou d'une activité. Vis-à-vis des tiers, elle participe « à l'image de marque » de celui qui l'applique* »<sup>359</sup>. L'apparition de règles déontologiques est fréquente lorsque l'Etat est dans l'impossibilité d'intervenir directement dans les relations internationales. Ce sont alors des institutions européennes ou mondiales qui prennent le relais afin d'injecter de la morale dans les relations internationales comme par exemple l'OCDE ou l'OIT<sup>360</sup>. L'autre facteur incitant à la création de codes de conduite privés est la volonté d'éluder une potentielle intervention législative<sup>361</sup>.

## 2. Elaboration de la norme privée

**200. Réalisation formelle des normes de soft law.** Bien que ne devant pas respecter les règles strictes du droit dur, le processus d'élaboration de ces normes « *flottantes* » est lui aussi particulier. « Les chartes sont faites d'objets composites et d'objectifs multiples, aux sources hétéroclites ; elles ne dérivent pas de phénomènes de déréglementation ni de processus d'autorégulation ; elles expriment une recherche de normativité plus élastique, plus souple ; plus flexible, plus ductile, principalement assignée par les acteurs de pouvoir du secteur considéré avec la bénédiction des pouvoirs publics »<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de bonne conduite privés » in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, *Litec* ; 1982, p. 47, spéc. p. 52.

<sup>359</sup> H. AUBRY, *op. cit.*, p. 1116.

<sup>360</sup> I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, Regard sur une pratique en expansion », *JCP G*, 2003, I, 112, p. 337.

<sup>361</sup> N. DUPONT, « Le droit mou professionnel d'initiative privé. Quels intérêts pour les consommateurs ? », *RRJ-Droit prospectif*, 2009, p. 1201, spéc. n° 8.

<sup>362</sup> G. KOUBI, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, *op. cit.*

Néanmoins, la forme de ces codes déontologiques pose problème. Reprenant la formulation des textes légaux, la présentation générale sous forme d'articles, la confusion est relativement aisée pour un néophyte du droit<sup>363</sup>.

**201. Absence de valeur juridique autonome.** Les supports déontologiques n'ont pas de valeur juridique propre. En d'autres termes, les codes déontologiques n'ont pas de réalité autonome, ils sont l'accessoire d'un autre acte juridique ou d'une institution juridique. En réalité, le contenu est plus important que le contenant, cependant, sans contenant ayant une force juridiquement contraignante, le contenu se trouve privé d'effets coercitifs. Cependant, « *le droit peut avoir quatre attitudes à l'égard des codes de conduite : la condamnation, l'indifférence, l'incitation, la judiciarisation* »<sup>364</sup>. Le Professeur FARJAT considère les codes de conduite comme des autorités de fait pouvant être « juridicisées ». Il semblerait qu'actuellement, la tendance serait à l'incitation des entreprises d'utiliser de procédés de droit mou au détriment du droit dur. Etant privé de force coercitive, le droit mou ne peut avoir de réelle existence que s'il est rattaché à des règles organisant un système de sanction efficace. Toutefois, seules des règles de droit dur peuvent organiser un régime de sanction efficace puisque c'est le seul à pouvoir, par sa légitimité, infliger des sanctions qui pourront être ensuite contestées judiciairement. Dès lors, le droit mou doit coexister avec le droit dur pour pouvoir se réaliser pleinement, c'est-à-dire s'affirmer avec un régime de sanction effectif lorsqu'une faute a été commise. Si tel n'est pas le cas, le droit mou doit se contenter de l'unique rôle pour lequel il a été conçu initialement : un rôle de dissuasion. Dès lors, seule l'absorption des règles de droit mou par le droit dur semble en mesure d'offrir un régime de sanction complet à la *soft law*.

**200. Subordination de la réalité et du fonctionnement des chartes au règlement intérieur.** Dans le domaine de l'entreprise, et les groupes bancaires plus particulièrement, les chartes sont subordonnées au règlement intérieur. Juridiquement,

---

<sup>363</sup> R. CABRILLAC, « Le symbolisme des codes » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommages à F. TERRE*, Dalloz, 1999, spéc. 212.

<sup>364</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privé », *op. cit.*, p. 156.

le règlement intérieur est un acte unilatéral au profit de l'employeur lui permettant de faire valoir son pouvoir normatif. Au sens strict, l'article 1321-1 du code du travail fixe limitativement les matières pouvant intégrer le règlement intérieur. Sont notamment visées les règles d'hygiène et de sécurité, à la discipline, aux droits de la défense des salariés<sup>365</sup>.

S'est alors posée en doctrine, la question de savoir, en matière de droit du travail, si les chartes d'entreprises étaient autonomes et possédaient une force obligatoire dont pouvait user l'employeur. La doctrine française s'était accordée à considérer que les chartes ne peuvent constituer une source autonome du droit du travail étant donné le pouvoir restreint de l'employeur en matière normative<sup>366</sup>. Les réformes législatives ont modifié cette vision. Les règles relatives à l'éthique et la déontologie de l'entreprise sont mises en place par voie contractuelle comme un accord collectif, ou bien par voie unilatérale, c'est-à-dire par décision unilatérale de l'employeur<sup>367</sup>. Par conséquent, la force juridique d'une charte éthique ou d'un code de bonne conduite est nécessairement attachée à une mention du règlement intérieur ou à un référencement contractuel ou unilatéral.

**201. Ordonnancement juridique des chartes éthiques.** Afin de préserver une pleine cohérence entre les règles légales et déontologiques, le législateur use du renvoi. Cette méthode d'ordonnancement juridique consolide l'intégration des règles déontologiques et leur relevance<sup>368</sup> dans l'ordonnancement juridique, même si les liens entre la loi et ces dernières sont d'intensité variable<sup>369</sup>. Les règles déontologiques ont souvent pour rôle de compléter la loi, prenant alors la place des coutumes et usages. Également, la jurisprudence de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif joue un

---

<sup>365</sup> Il faut noter que l'insertion de nouvelles règles dans le règlement intérieur nécessite un avis des représentants des salariés et le contrôle de l'inspection du travail (article 1321-4 du code du travail).

<sup>366</sup> D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 125, spéc. 139.

<sup>367</sup> C. ANDRE-HESSE, M. D'ALLENDE, « Chartes éthiques, code de conduite et dispositifs d'alerte professionnelle : aspects pratiques », *JCP S*, 2010, 1213.

<sup>368</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, publié à Rome en 1918, Traduit de l'italien par François L. et Gothot P., Dalloz, coll. Philosophie du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 1975.

<sup>369</sup> N. MOLFOSSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ – Droit prospectif*, 1997, p. 1193, spéc. n° 10 et s., p. 1199.

rôle non négligeable en matière de relevance des règles déontologiques. Un mécanisme s'est propagé ces dernières années : l'applicabilité des règles déontologiques d'origine étatique par le biais de décrets et arrêtés. Dès lors, le Conseil d'Etat a compétence pour contrôler la conformité de la règle déontologique à l'ensemble du droit<sup>370</sup>.

**202. Absorption du droit mou par le droit dur.** Lorsque la loi utilise des termes flous et peu clairs, la déontologie vient les préciser. Dès lors, une forme de complémentarité s'établit entre la loi et la déontologie. Le phénomène d'absorption des règles déontologiques par la loi a pu être observé en matière financière. En février 1987, un groupe de travail sur la déontologie financière a été créé afin de proposer des solutions visant à développer la transparence sur les marchés financiers. Il en a résulté la création de règles déontologiques visant les opérateurs financiers<sup>371</sup>. Ces règles ont été reprises par le législateur dans une loi de 1996 de modernisation des activités financières, dans une section relative aux « *Règles de bonne conduite* »<sup>372</sup>.

Les chartes semblent muer en lois à essai<sup>373</sup>. L'absorption de la règle déontologique par la loi offre une caution morale à la règle juridique et assure une sanction effective à la règle déontologique, régime de sanction dont elle était plus ou moins dépourvue. Ce régime de sanction s'étend significativement au regard de l'effet *erga omnes* des lois. Dès lors, le phénomène d'absorption par le droit dur des règles déontologiques issues du droit mou mute son rôle primaire de dissuasion en un outil de coercition. De plus, le législateur perd en légitimité puisqu'il consacre des règles qu'il n'a pas lui-même élaborées.

**203. Légitimité des règles déontologiques.** Néanmoins, ces règles ne seraient-elles pas instrumentalisées, notamment dans la phase d'élaboration de la loi ? Les règles éthiques qui étaient par essence un complément moral non contraignant de la loi, sont devenues l'apanage du législateur, ce dernier lui octroyant même un régime de

---

<sup>370</sup> Voir par exemple : CE, Ass., 24 mars 2006, D. 2006, jurispr. P. 1224 : arrêt dit « *KPMG* » rendu à propos des règles déontologiques visant les commissaires aux comptes.

<sup>371</sup> Rapport publié dans le supplément du bulletin mensuel de la C.O.B., n° 212, mars 1988.

<sup>372</sup> Loi n° 96-597, du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, JO du 4 juillet 1996, p. 10063.

<sup>373</sup> H. AUBRY, *op. cit.* p. 1126.

sanction. Mais, hormis le cas de l'absorption légale, les règles déontologiques trouvent leur légitimité et leur effet contraignant dans leur homologation par des autorités spécifiques ayant compétence pour les rendre obligatoires. La principale caractéristique de ces chartes n'en est en réalité pas une : il s'agit de l'absence de sanction coercitive inhérent à son non-respect.

## **B. La *soft law* : déploiement de la reconnaissance juridique de sa création en droit bancaire et financier**

Le droit mou, lorsqu'il n'est tout simplement pas absorbé par le droit dur, peut être reconnu par une autorité compétente. En d'autres termes, lorsque le législateur ne reconnaît pas implicitement la juridicité du droit mou, des autorités publiques compétentes peuvent les reconnaître explicitement. Deux procédés donnent une force contraignante plus ou moins forte à la *soft law* : l'homologation des chartes éthiques (1) et leur approbation (2).

### **1. De l'homologation à l'approbation des codes de bonne conduite**

**204. L'AMF comme créateur de règle de *soft law*.** L'autorité des marchés financiers, le régulateur financier, est lui-même source de droit en raison de la compétence réglementaire que lui a accordée le législateur, comme ce fut déjà le cas du Conseil des marchés financiers et de la Commission des opérations de bourse avant la fusion opérée en 2003. Nombre d'articles du code monétaire et financier renvoient au Règlement général de l'AMF afin d'en déterminer le périmètre de compétence. Par exemple, l'article 621-7 du code monétaire et financier évoque les « *règles et principes généraux* » contenus dans le règlement général de l'AMF. En marge de ces textes coexistent des « *corpus documentaires* » que l'on pourrait qualifier « *d'infrajuridicité* »<sup>374</sup>. Siège de l'autorégulation, la *soft law* ne comprendrait

---

<sup>374</sup> O. DOUVRELEUR, « La *soft law* en matière financière : le point de vue de l'Autorité des marchés financiers », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 1, Janvier 2012, dossier 5.

désormais que des « poches », subsistantes à la crise de 2007. Ces réservoirs d'autorégulation n'auraient pour objet que la gouvernance d'entreprise et la déontologie professionnelle. La principale problématique vient de la reconnaissance juridique de cette autorégulation. Des institutions privées peuvent créer des normes qui leur sont propres mais qui n'auront de valeur juridique qu'auprès des sujets de droit qui y auront adhéré. Dès lors, seule une valeur contractuelle peut être reconnue à ces corpus de règles. Les codes de bonnes conduites n'ont donc, par principe, aucun effet coercitif étendu à une branche spécifique d'institutions financières. *« Un code de bonne conduite n'a pas toujours une valeur non contraignante. D'une part, l'AMF peut l'élever au rang de « règles professionnelles » au sens de l'article 314-2, alinéa 2 du règlement général de l'AMF. D'autre part, la loi n° 2008-1271 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (article 152) a prévu l'adoption de mesures portant sur la mise en place, à l'initiative des professionnels, de codes de conduite en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne ou d'assurance-vie que le ministre de l'Economie peut homologuer »*<sup>375</sup>.

### **205. Consécration d'un effet coercitif plus large mais à valeur infra-réglementaire.**

Une solution a été trouvée à cette absence d'effet coercitif : l'homologation des codes de conduite<sup>376</sup>. En matière bancaire, la prolifération des codes de conduite s'est accrue dans les années 2000 à la suite d'une ordonnance de décembre 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, produits d'épargne ou d'assurance sur la vie<sup>377</sup>. Les organisations représentatives des professionnels du secteur financier ont la faculté d'établir des codes de bonnes conduites traitant d'aspects liés aux thématiques définies par le texte.

---

<sup>375</sup> I. RIASSETTO, OPCVM, *Lamy droit du financement*, Wolters Kluwer, éd 2016, p. 1143, Spéc. 1928.

<sup>376</sup> V. CABROL, *Déontologie et droit – Contribution à l'étude des rapports entre ordres normatifs*, Thèse Toulouse, 2000, p. 421 et s.

<sup>377</sup> Ordonnance n° 2008-1271 du 5 décembre 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.

Désormais, en vertu de cette loi, le ministre chargé de l'économie peut, à la demande de celles-ci, homologuer ces codes de conduite.

Une loi du 22 décembre 2010<sup>378</sup> offre la possibilité pour ces organisations de faire homologuer par l'ACPR les codes dont les dispositions touchent les opérations de banque et les services de paiement<sup>379</sup>. Lorsque cette homologation est obtenue, le code acquiert une valeur obligatoire et sa méconnaissance par un établissement financier incluant le périmètre d'application du code engage sa responsabilité disciplinaire. Ces codes de conduite approuvés ont une valeur infra-réglementaire. L'ACPR veille à l'adéquation des moyens et procédures que ces établissements mettent en œuvre à cet effet<sup>380</sup>.

**206. Création d'une nouvelle forme de régulation erga omnes.** Désormais, des règles d'ordre privé peuvent obtenir un effet étendu, *erga omnes*, grâce à l'approbation de l'autorité de régulation. Un lien de création normative coercitive unit dès lors la régulation et l'autorégulation, ce que l'on pourrait qualifier de « *forme hybride de régulation* ». Cette approbation donnera la qualification de « *règles professionnelles* » édictées par le privé. Cette solution réside dans l'approbation des codes par l'autorité de régulation. Plus spécifiquement en matière financière, l'AMF conserve également un rôle d'homologation fixé à l'article 314-2 du Règlement général de l'AMF. Cet article vise des acteurs particuliers : les prestataires de services d'investissement et les gestionnaires d'OPCVM. Cet article dispose que lorsque des associations de professionnels élaborent dans ces matières un code de bonne conduite, une procédure spécifique doit être respectée. Elles doivent examiner la compatibilité de ces codes aux normes légales et réglementaires en vigueur. Ensuite, l'AMF approuve en tout ou partie ces règles de code de conduite en qualité de « *règles professionnelles* ». Cette approbation est réalisée sur demande de l'association. Une fois approuvés, ces codes se voient conférer un effet contraignant plus large. Ce code n'avait d'effet contraignant

---

<sup>378</sup> L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010 : Journal Officiel du 23 Octobre 2010, art. 36 XIII. - J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Modifications de l'Autorité de contrôle prudentiel par la loi de régulation bancaire et financière », *LPA*, 2010, n° 250, p. 33.

<sup>379</sup> C. mon. et fin., article L. 611-3-1.

<sup>380</sup> C. mon. et fin., art. L. 612-1.



qu'à l'égard des adhérents de l'association, le fonctionnement des sanctions disciplinaires du droit associatif prévalant. Par son approbation par une autorité publique indépendante<sup>381</sup>, le code de conduite acquiert une force juridique similaire à la loi ou au règlement applicable à ces mêmes catégories de personnes. Dès lors, elles encourront les peines prévues par le code monétaire et financier en cas de manquement. L'AMF peut donner un effet *erga omnes* si elle le juge « *opportun* », c'est-à-dire à l'ensemble des professionnels du marché après avis de l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Cette procédure a été utilisée en 2009. Le Collège de l'AMF a rendu deux délibérations les 28 avril et 15 décembre 2009 afin de donner une force contraignante au « Règlement de déontologie des OPCVM et de la gestion individualisée sous mandat » de l'AFG (Association Française de la Gestion financière).

Les codes de conduite obtiennent un statut de « *norme de place* » à la suite de cette procédure d'extension. Une fois encore, le droit mou se transforme en droit dur par l'intervention d'une autorité étatique.

**207. Questionnement.** Des suites de cette analyse éclot une problématique relative à la nature des règles de *soft law* approuvées ou homologuées par l'AMF. Peut-on considérer qu'il s'agit de règles *étatiques* en raison de la nature juridique d'autorité publique de l'AMF, ou bien *a-étatiques* ? Aucune réponse véritable ne peut être apportée mais il semble tout de même que ce droit flexible ait une nature étatique du fait de la nature juridique de son créateur ou, du moins, son vérificateur. En vertu de l'adage « l'accessoire suit le principal », ces normes privées pourront être qualifiées de règles étatiques.

---

<sup>381</sup> Une Autorité Publique Indépendante est une Autorité Administrative Indépendante dotée de la personnalité morale et donc de la capacité d'ester en justice.

## 2. Reconnaissance juridique d'une nouvelle forme d'autorégulation

**208. La soft law comme droit spontané.** Plusieurs thématiques s'entremêlent alors autour de la régulation juridique, de la régulation sociale et du droit spontané. La *soft law*, qualifiée de droit spontané ou de droit mou, est issue du *common law*, de la déréglementation américaine et de ce que l'on a appelé « la révolution libérale ». Le principal instigateur de ce mouvement est HAYEK, qui expliqua que les bases du droit anglo-saxon sont le fruit d'ordres spontanés et mûris. Pour lui, l'ordre spontané correspond à « *des structures ordonnées, qui sont le résultat de l'action d'hommes nombreux mais ne sont pas le résultat d'un dessein humain* »<sup>382</sup>. La spontanéité intéresse particulièrement la compliance lorsqu'elle est considérée en tant que moyen d'autorégulation. En pareil cas, la théorie des systèmes autoréférentiels ou auto-organisés<sup>383</sup> trouve application. La théorie américaine dite « du droit responsif » fait figure de précurseur de la pluridisciplinarité du droit. Pour lui, le système juridique « *fait figure d'institution flexible, capable d'apprentissage et sensibilise à réagir aux besoins sociaux et aux aspirations humaines* »<sup>384</sup>. L'on sent ici pointer l'analyse économique du droit dont s'inspire directement cette vision. L'analyse de la fonction des codes de conduite s'inspire du « *droit réflexif* ». Le rôle de ce dernier est de créer « les conditions structurelles » d'une « conscience organisationnelle »<sup>385</sup>.

**209. Création d'un processus de normalisation.** Lorsque l'on évoque les codes de bonne conduite, le lien entre le droit et l'éthique, se pose la question de l'intégration de valeurs morales dans le processus de normalisation. Les systèmes juridiques, peu importe leur culture et leur nature, sont destinés à créer un cadre juridique aux systèmes sociaux environnants tels que la religion, l'économie, etc. Ces systèmes sociaux créent leur propre processus de normalisation, notamment par l'intermédiaire de codes de bonne conduite. La régulation juridique peut s'enrichir de ces codes de

---

<sup>382</sup> F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, t. I, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 43. Définition reprise d'Adam FERGUSON.

<sup>383</sup> P. DEMOUCHEL et J.-P. DUPUY, *L'auto-organisation, de la physique au politique*, Le Seuil, 1983.

<sup>384</sup> G. TEUBNER, *Droit et réflexivité, l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, L.G.D.J., 1994., p. 3.

<sup>385</sup> G. TEUBNER, *Droit et réflexivité, l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, *op. cit.*, p. 46 et 47.

conduites émanant de la régulation sociale, créant par la même un enrichissement mutuel. Cela résulterait d'une projection positive du système juridique sur le système social, lui laissant une marge de liberté pour s'autoréguler. Une dynamique de conjonction d'une régulation sociale et d'une régulation juridique se développe alors en offrant à quelques secteurs, comme le domaine monétaire et financier, la possibilité de s'autoréguler. La dérive de ce mode de fonctionnement plutôt attrayant serait que, comme l'a justement fait remarquer le Professeur FARJAT, « *la déréglementation pourrait laisser place à un despotisme plus ou moins normatif de nature privé* »<sup>386</sup>. La rédaction de ces chartes déontologiques doit être réalisée par des professionnels ayant une bonne connaissance de l'entreprise, c'est-à-dire possédant des compétences pluridisciplinaires. Ainsi, le rédacteur doit être à la fois maîtriser les domaines de compétence juridique, de conformité, les ressources humaines ou encore la communication. L'agence française anticorruption préconise, quant à elle, la nomination d'un comité ad hoc spécifiquement constitué en vue de rédiger les codes de bonne conduite ainsi qu'une cartographie des risques.

**210. Reconnaissance de la soft law par les magistrats.** En l'intégrant parfois au droit, le pouvoir législatif a d'ores et déjà reconnu l'existence du droit souple. La jurisprudence, dans un élan similaire bien que plus réservé, en a fait de même. Le Conseil d'Etat a reconnu le droit souple de façon progressive depuis quelques années. En 2013, une définition et des recommandations destinées aux pouvoirs publics avaient été retranscrites dans une étude annuelle<sup>387</sup>. Désormais, il augmente son champ de compétence en acceptant d'être saisi de recours en annulation des actes de *soft law*<sup>388</sup>. Dans ces affaires, les normes de *soft law* en cause consistaient en un communiqué de presse de l'AMF et une prise de position de l'Autorité de la concurrence. Pour Monsieur DURAND-BARTHEZ, « aucun de ces actes ne créait de droit ou d'obligation juridique, mais le Conseil d'État a estimé qu'ils pouvaient avoir des effets notables,

---

<sup>386</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privé », in Clam J. et Martin G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et société, Tome 5, 1998, p. 121.

<sup>387</sup> CE, étude annuelle 2013 : le droit souple, 2 oct. 2013

<sup>388</sup> CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084 et n° 390023, Société Fairvesta GmbH et autres et Société NC Numericable, n° 2016-004898 et n° 2016-004897 ; *JCP G*, 2016, 368 ; *JCP E*, 2016, act. 279

suffisamment pour qu'il soit justifié d'en vérifier la légalité »<sup>389</sup>. Aussi, les recommandations de l'AMF, de l'ACPR et d'autres informations émises par ces autorités sont considérées comme de la *soft law*.

**211. Nature dissuasive du droit spontané.** La *soft law* est par nature dissuasive, en pratique coercitive lorsqu'elle est absorbée par la loi. Mais lorsqu'elle conserve son identité extra-légale, elle demeure dénuée de sanction. Dans le domaine de la gouvernance d'entreprise, lorsque la norme de *soft law* émane d'une personne morale d'ordre privé, son absence de sanction est souvent décriée. Cela pourrait se justifier en raison du fait que la sanction du non-respect de règles éthiques par l'entreprise n'est sanctionnée que par le marché. Les investisseurs sanctionneraient, par leur absence d'investissements, les entreprises ne respectant pas les règles de droit mou qu'elles se sont fixées. Bien que ces chartes éthiques soient un instrument de vulgarisation du droit<sup>390</sup> pour des entreprises déjà submergées par des normes nationales et internationales, le droit pénal se doit de sanctionner les comportements déviants afin de faire respecter ces chartes<sup>391</sup>. Il est donc pertinent de s'intéresser à la façon dont ce mouvement de « *contractualisation moralisatrice* » a pénétré le domaine bancaire et financier.

Le droit mou est devenu un instrument privilégié des établissements financiers dans l'objectif de diffuser largement et efficacement une culture de conformité auprès de ses *shareholders* et des *stakeholders*. Son caractère malléable et son potentiel pouvoir coercitif rendent le droit mou attrayant en matière de politique de conformité.

---

<sup>389</sup> P. DURAND-BARTHEZ, « Le principe « appliquer ou expliquer ». Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *Cah. dr. entr.*, n° 2, Mars 2016, dossier 11

<sup>390</sup> M. GERMAIN, *Morale et droit des affaires*, Thèmes et commentaires, (dir.) D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, *Dalloz*, 2011, p. 187.

<sup>391</sup> V. WESTER-OUISSE, « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 351.

## ***Section 2. Soft law et gouvernance d'entreprise : une autorégulation nécessitée par la conformité***

---

**212. Justification historique.** La période d'après-guerre et la construction d'une Europe pacifiste et économique ont amené l'économie de marché, guidée principalement par la liberté de circulation des capitaux et des marchandises. Cela a abouti à l'avènement d'une économie réelle dictée par les règles de l'offre et de la demande, les marchés financiers étant un recours privilégié des entreprises dans le but d'obtenir des financements. Face à un environnement régi par une concurrence exacerbée, les entreprises doivent non seulement faire montre d'innovation technique pour attirer la clientèle mais aussi d'innovation économique et juridique pour attirer les investisseurs. L'image de l'entreprise à l'extérieur est un marqueur essentiel de sa réputation. Afin de la soigner, de la rendre plus performante et visible, des mécanismes ingénieux sont découverts. La RSE (Responsabilité sociale ou sociétale des entreprises) en est l'exemple le plus frappant.

**213. Mise en œuvre de la RSE.** D'essence pratique, les législateurs européens et internes s'accaparent les initiatives entrepreneuriales réputationnelles en matière de RSE dans le but de leur donner un caractère obligatoire (Paragraphe 2). Mais la RSE n'est qu'un élément constitutif d'un mouvement sociétal « responsabilisant » plus vaste : la gouvernance d'entreprise. Concept lui aussi issu de l'environnement juridique anglo-saxon, il permettrait d'insérer des bribes de moralité et des valeurs éthiques dans l'organisation et les activités de l'entreprise. Cette « *corporate governance* » obéit à un système d'organisation à la fois flexible et rigoureux. Domaine privilégié des économistes, des juristes français se sont intéressés à la gouvernance des sociétés et la conçoivent comme une science de l'organisation<sup>392</sup>. Leurs analyses permettent de justifier son utilité du point de vue des performances juridiques et économiques. Aussi, la volonté de l'opinion publique d'observer plus de

---

<sup>392</sup> J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation - et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques », *RTD Com.*, 1989, p. 1.

transparence dans les sociétés et sur les marchés financiers a donné l'occasion au législateur de transférer en droit dur un concept apanage du droit mou (Paragraphe 1).

## **Paragraphe 1. La gouvernance comme facteur de responsabilisation et de performance de l'établissement bancaire**

La gouvernance d'entreprise est un concept issu du droit anglo-saxon qui tend à prendre une part toujours plus importante en droit des sociétés. Ayant la volonté de moraliser une économie capitaliste dérégulée à outrance, elle se présente comme un mode de régulation universaliste compensatrice dont l'essence est particulière (A). Sa mise en œuvre empirique comprend notamment le développement de bonnes pratiques regroupées dans des codes, chartes et autres instruments privilégiés de *soft law* (B).

### **A. Etiologie de la gouvernance d'entreprise**

La gouvernance d'entreprise est un mode de régulation universaliste, se complétant par une forme d'autorégulation. Apparaissant en filigrane de la nouvelle rédaction de l'article 1833 du code civil<sup>393</sup> issue de la loi dite PACTE du 22 mai 2019<sup>394</sup>, la gouvernance d'entreprise connaît une forme de consécration en droit interne. Elle est enfermée dans un périmètre d'application qui tend à s'étendre en raison de l'influence croissante de la RSE, concept souvent confondu avec la gouvernance d'entreprise (1). Plusieurs auteurs ont participé à la promotion et au développement d'une nouvelle vision de l'entreprise. L'économie capitaliste exhortant les entreprises à rechercher la maximisation des profits, seuls les actionnaires sont intéressés par le marché et le marché est le seul intérêt des actionnaires. Néanmoins,

---

<sup>393</sup>C. civ., art. 183 al2, « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux et sociaux ».

<sup>394</sup> Loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019, JO

les salariés, les clients, les entreprises partenaires ou liées contractuellement trouvent également un intérêt à la bonne marche de l'entreprise. Plusieurs économistes ont analysé ces protagonistes à l'aune d'un mouvement de généralisation de la prise en compte des intérêts des parties prenantes (2).

1. Définition et périmètre d'application de la gouvernance d'entreprise

**214. Présentation d'un mode de régulation universaliste.** La gouvernance d'entreprise peut être définie comme suit : ce sont des « *structures, procédures et pratiques qui précisent le fonctionnement des organes de direction de façon à ce que soient préservés les intérêts des parties prenantes* »<sup>395</sup>.

Par la transparence et la loyauté de l'information qu'elle permet de véhiculer, la gouvernance semble être le meilleur outil développé par la pratique pour restaurer cette confiance trop souvent perdue par le public. Comme le mentionne très justement le Professeur COURET, « *la confiance est un élément fondateur sur les marchés financiers et il n'y a pas de marché financier efficient sans confiance* »<sup>396</sup>. Pour cet auteur, la gouvernance serait un modèle de régulation universaliste.

**215. Définition.** La « corporate governance » pose un problème de définition. La première traduction de ce concept fut « le gouvernement d'entreprise ». Néanmoins, cette transposition n'est pas tant due à la nature économique-juridique du concept qu'à un manque de précision de recherche du sens des termes anglais utilisés. Les termes de « governance » et de « government » n'ont pas le même sens à l'issue de la traduction, c'est pourquoi la traduction de gouvernement d'entreprise en français ne semble pas véritablement précise. L'utilisation de la traduction de « gouvernance

---

<sup>395</sup> J.-P. DOM, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *Rev. des sociétés*, août-sept. 2012, Etude n° 12, p. 8.

<sup>396</sup> A. COURET, « Gouvernance et confiance : les conditions d'une fusion vertueuse », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain - Regards français et européens en hommage à Y. CHAPUT*, Lexisnexis, coll. « Le droit des affaires », 2014, p. 43.

d'entreprise » serait plus adaptée puisqu'elle est plus révélatrice de l'idée de l'action de gouverner.

Malgré son essor important depuis une vingtaine d'années, la gouvernance d'entreprise ne fait l'objet d'aucune définition légale. En l'absence de détermination légale commune, la doctrine s'est proposée de faire œuvre créatrice en tentant une définition complète de ce concept. Selon Monsieur MAATI, il s'agit de « *l'ensemble des mesures mises en œuvre dans le cadre du construit social qu'est l'entreprise afin d'inciter les agents économiques indispensables à prendre part au processus productif et à s'y maintenir en assurant la création d'une rente organisationnelle suffisante ainsi qu'un partage perçu comme équitable par ces derniers compte tenu de leurs apports respectifs* »<sup>397</sup>.

**216. Etiologie de la corporate governance.** Il est intéressant de rechercher l'étiologie de la corporate governance. Le gouvernement d'entreprise s'est développé il y a bientôt un siècle aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. Le système capitaliste s'est développé sur une idée de statut patriarcal, il agit comme le *pater familias* de la société et a évolué vers un fonctionnement directorial où quelques individus managent la société sans avoir la totalité des droits de propriété.

**217. Périmètre d'application.** Bien qu'en principe, le terme « d'entreprise » utilisé par le concept objet de l'analyse contiendrait en son sein l'ensemble des sociétés commerciales, la doctrine préfère s'intéresser aux sociétés cotées. En d'autres termes, les sociétés anonymes, de par leur fonctionnement complexe et leur organisation lourde, sont des sujets d'analyse prioritaires. En outre, la possibilité qu'elles ont d'offrir leurs titres sur un marché réglementé et la potentielle présence d'investisseurs institutionnels, qui eux-mêmes fonctionnent sous le statut juridique de SA, sont des éléments d'analyse à prendre en considération. L'intérêt sous-jacent d'une bonne gouvernance d'entreprise demeure d'assurer et d'inspirer la confiance des investisseurs. La confiance liée à la firme dans laquelle ils investissent, mais

---

<sup>397</sup> J. MAATI, « Le gouvernement d'entreprise, l'approche financière des sciences de gestion, *LPA*, 12 févr. 2004, n° 31, p. 33.



également la confiance dans le système juridique du pays où la firme réside. Monsieur MOULIN évoque le fait que « *cette problématique de la confiance impacte sur les prises de décision des investisseurs et ils sont souvent prêts à payer plus cher un actif dès lors que l'entreprise dans laquelle ils investissent présente un bon système de gouvernement d'entreprise* »<sup>398</sup>. En d'autres termes, l'organisation saine et précise de la société importe plus aux investisseurs que sa valeur vénale.

Toutefois, il n'existe pas un modèle unique de gouvernance d'entreprise. Chaque pays a sa culture, son histoire et son système social propre. Aussi, la gouvernance sera fonction de ces trois éléments et ne se fixera dans les mentalités qu'en les respectant. Pour autant, l'OCDE, bien que rappelant cette idée<sup>399</sup>, relève que des éléments communs à tous les systèmes offrent la possibilité de créer un standard de gouvernance d'entreprise, et par la même un modèle d'implémentation. L'avènement d'un standard commun offrirait la possibilité aux Etats d'adapter leur législation aux principes directeurs de l'OCDE, ce qui aurait pour conséquence d'accroître l'attractivité de leur place financière.

## 2. L'essence de la gouvernance d'entreprise : la théorie des parties prenantes

**218. Théorie des Shareholders et des Stakeholders.** Après l'analyse de la crise boursière de 1929, les économistes<sup>400</sup> ont constaté que la trop grande liquidité du marché boursier américain avait mis en avant une séparation entre les *shareholders* et les *managers*, c'est-à-dire entre les personnes qui détiennent le capital et les personnes qui en ont la gestion, ces derniers ayant entre leurs mains beaucoup trop de pouvoir. La solution proposée était de rééquilibrer les dynamiques au sein de la société en donnant plus de force aux actionnaires et d'inciter les dirigeants à agir dans l'intérêt commun de la société et non dans le but de satisfaire leurs intérêts individuels. L'idée

---

<sup>398</sup> J.-M. MOULIN, *J.-Cl. Commercial- Lexis Nexis*, 2016, v° « Fasc. 1350 : Sociétés anonymes – gouvernance des sociétés », p.5.

<sup>399</sup> OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, 2004, p. 13.

<sup>400</sup> Voir notamment : A. BERLE et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Macmillan Co., 1932 (rééd. 1968, New York, Harcourt, Brace and World Inc.).

maîtresse de cette théorie de la firme managériale<sup>401</sup> repose sur une double délégation de pouvoir : une première délégation de pouvoir émanant des actionnaires au profit des administrateurs, une seconde délégation émanant des administrateurs et bénéficiant aux dirigeants de la société. Les conséquences de ce système de fonctionnement ne sont pas négligeables. En effet, la multiplication des intérêts à satisfaire devient problématique puisque qu'il faut rechercher le juste milieu entre les intérêts à long terme des actionnaires et les intérêts à court terme des dirigeants, les décideurs demeurant les payeurs<sup>402</sup>. Les conflits d'intérêts peuvent dès lors trouver naissance dans ce type de relations. De plus, dans cette théorie, la performance de l'entreprise n'est calculée que sur la base du dividende annuellement versé aux actionnaires puisque les actionnaires, étant considérés comme les propriétaires de l'entreprise, exercent un contrôle étroit sur les « *managers* », c'est-à-dire les dirigeants<sup>403</sup>. Dès lors ressurgit la dualité de conception de la société : la vision institutionnelle et la vision contractuelle.

**219. Conséquences de la règle des « 3D ».** Depuis la libéralisation des marchés financiers, leur déréglementation dans les années 1980 avec les politiques de Thatcher et Reagan, le système capitaliste a connu une mutation qui se révéla être inquiétante. Les investisseurs institutionnels se sont emparés de questions sociales pour pouvoir prospérer. Ainsi, le financement des retraites aux Etats-Unis s'est réalisé par les fonds de pension, les gestionnaires d'actifs financiers, les compagnies d'assurance. La désintermédiation bancaire de l'époque fut compensée par une intermédiation que l'on pourrait qualifier de financière<sup>404</sup>. Cette nouvelle forme de capitalisme n'a pas été sans conséquence, les apporteurs de capitaux se distinguent des gestionnaires de fonds, ce qui éloigne un peu plus le propriétaire des fonds et celui qui en tire le fructus. Les dérives managériales telles que le détournement de fond, la falsification de bilans

---

<sup>401</sup> J.-M. MOULIN, *J.-Cl. Commercial, op. cit.* p. 7.

<sup>402</sup> P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in Lévi A. (dir.), *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1997, p. 227.

<sup>403</sup> V. MAGNIER et Y. PACLOT, « Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après... », in *Mélanges en l'honneur du Professeur GERMAIN*, éd. L.G.D.J., 2015.

<sup>404</sup> P. BISSARA, « Les mutations de l'actionariat et le fonctionnement des sociétés cotées Les mutations de l'actionariat et le fonctionnement des sociétés cotées », in *Mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT*, Joly, 2005.

comptables, la persistance d'investissements contreproductifs vont à l'encontre de l'économie financière mais aussi de l'économie réelle<sup>405</sup>.

**220. Théorie de l'agence.** D'autres économistes ont voulu aller encore plus loin dans le raisonnement en conceptualisant ce changement de dynamique par la théorie de l'agence, telle qu'elle fût baptisée plus tard par l'Ecole de Chicago. Poussée à l'extrême, la théorie consiste à confondre entièrement l'intérêt des actionnaires et l'intérêt de la société<sup>406</sup>, les relations les unissant étant purement contractuelles<sup>407</sup> et constituent un nœud de contrats<sup>408</sup>. En 1994, l'American Law Institute, institut privé américain, éditait un standard de gouvernement d'entreprise avec le code privé « *Principles of Corporate Governance* », fruit de travaux menés dans les années 1980. Outre des valeurs morales inhérentes à la conduite plus transparente de la société par ses dirigeants, ainsi que l'objectif de mise en œuvre du *shareholder value*, en d'autres termes, la recherche d'une rentabilité plus profitable des capitaux investis par les actionnaires constitue un objectif supplémentaire sous-jacent. L'agence est pour eux « *un contrat par lequel une (ou plusieurs) personne(s), le principal, engage une autre personne, l'agent, pour effectuer une mission à son profit et pour laquelle il est nécessaire de déléguer une partie de l'autorité de l'agent* »<sup>409</sup>. D'autres auteurs ont participé à l'essor de cette théorie, tout en appuyant sur un point important de l'analyse : la prééminence des titulaires du capital sur tous les autres contrats<sup>410</sup>. Les problématiques les plus étudiées en sciences économiques sont notamment l'enracinement des dirigeants dans les financements et les investissements de l'entreprise<sup>411</sup>. A travers cette théorie, les actionnaires peuvent mieux contrôler les

---

<sup>405</sup> Comme par exemple les affaires Enron et WorldCom précédemment citées.

<sup>406</sup> M. JEENSEN et W. MECKLING, « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency, Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, oct. 1976, vol. 3, n° 4, p. 305.

<sup>407</sup> E.-F. FAMA, "Agency problems and the theory of the firm", *Journal of Political Economy*, 1980, vol. 88 ; A. ALCHAIN et H. DEMSETZ, Production, Information, Costs and Economic Organization, *American Economic Review*, 1972, vol. 62, n° 5, 777.

<sup>408</sup> J. MAATI, « Le gouvernement d'entreprise, l'approche financière des sciences de gestion », *LPA*, 12 févr. 2004, n° 31, p. 33.

<sup>409</sup> M. JEENSEN et W. MECKLING, *op. cit.*

<sup>410</sup> E.F. FAMA, "Separation of ownership and control", *Journal of politic economic*, 1980, vol. 80, n° 2.

<sup>411</sup> V. A. SHLEIFER et R. VISHNY, "Managerial entrenchment: the case of management specific investment", *Journal of Finance Economics*, 25, p. 123, 1989.

dirigeants quant à leurs bénéficiaires privés, c'est-à-dire leur rémunération. Les économistes ont conceptualisé cette procédure par le terme d'*agency costs*, les coûts d'agence pour la traduction française. Certains auteurs préfèrent parler de nœuds de contrats<sup>412</sup>.

### **221. Développement des pratiques de bonne gouvernance sans contrôle externe.**

Historiquement, c'est un ensemble d'offres publiques d'achat (OPA) hostiles lancées aux Etats-Unis dans les années 1980 qui ont fait prendre conscience aux actionnaires de la passivité voire des erreurs de gestion des dirigeants sociaux en place. Une fois ces OPA effectuées, les apporteurs de capitaux ont pu constater que les gains de l'entreprise progressaient du fait d'investissements plus judicieux. La présence massive d'investisseurs institutionnels dans les années 1980-1990 a permis d'appuyer fortement les associations de défense des actionnaires. La principale problématique tient en ce que le développement des pratiques de bonne gouvernance s'est réalisé sans contrôle étatique externe. Les sociétés se sont autorégulées<sup>413</sup>, le marché n'étant que le seul régulateur extérieur. C'est en grande partie ce qui a conduit à la faillite de la société Enron en 2002, pourtant promue comme un exemple d'entreprise dotée d'une organisation interne performante et transparente. En réalité, depuis ces années, la gouvernance est orientée « *actionnaire* »<sup>414</sup>.

### **222. Fonctionnement fédéral aux Etats-Unis.** Autre point important à remarquer : le constat du fonctionnement fédéral des Etats-Unis. Outre-Atlantique, il n'existe pas de règles uniformes de droit des sociétés, ce qui incite le dumping juridique de certains Etats à créer une distorsion de concurrence entre Etats et, par voie de conséquence, une insécurité juridique plus forte pour les entreprises. Pour citer un exemple, l'Etat du Delaware est aussi bien connu pour son opacité fiscale que pour l'absence de règles en matière d'organisation interne des entreprises favorisant les pouvoirs des dirigeants à ceux des actionnaires.

---

<sup>412</sup> P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in Mél. A. SAYAG, *op. cit.* p. 227.

<sup>413</sup> Ce que l'on nomme en Amérique la « *self-regulation* ».

<sup>414</sup> Ce que les américains dénomment le « *shareholder-centred view* ».

## **B. Développement des pratiques de bonne gouvernance**

Le droit anglo-saxon a développé une nouvelle façon d'encadrer le droit des sociétés, privilégiant l'usage de l'autorégulation. Pour ce faire, les entreprises sont incitées à mettre en œuvre des principes de bonne gouvernance portés par une vision éthique des affaires et des acteurs. Mais ces pratiques issues d'une conception anglo-saxonne ne sont pas transposables directement aux Etats ayant une culture de droit latin (1). Pour être intégrée dans l'ordre juridique ainsi que dans la culture d'entreprise, il faut que cette gouvernance soit comprise et admise de tous. Dès lors, plusieurs matières juridiques vont s'enchevêtrer pour donner une consistance propre à la gouvernance d'entreprise, bien que protéiforme (2).

### **1. Acculturation française des principes de bonne gouvernance**

**223. Développement de la corporate governance.** Un mouvement de développement de la *corporate governance* est apparu au Royaume-Uni dans les années 1990. Plus spécifiquement en matière financière, la bourse de Londres, avant les opérations de fusion des années 2000 entre NYSE et EURONEXT notamment, l'organe de régulation *Financial Reporting Council* a confié à des professionnels du marché l'élaboration de recommandations. Un rapport contenant ces recommandations devant améliorer le fonctionnement des sociétés cotées sur le *London Stock Exchange* en imposant la reddition de comptes entre les conseils d'administration et les actionnaires. Ce rapport fut publié en 1992, sous le nom de « *The Financial Aspects of Corporate Governance* <sup>415</sup> ». Deux autres textes sur les rémunérations des dirigeants et sur le rôle des administrateurs indépendants vinrent compléter ce rapport par la suite<sup>416</sup>. Désormais, c'est le *Combined Code Of Corporate Governance* qui regroupe

---

<sup>415</sup> *Cadbury Report*, 1992.

<sup>416</sup> *Greenbury Report*, 1995 et *Hampel Report*, 1998.

l'ensemble des règles institutionnalisées sur le gouvernement d'entreprise, bénéficiant d'une refonte des codes en 2003.

**224. Origines en France.** En France, le Doyen RIPERT évoquait dès 1951 la séparation du patrimoine et de la gestion de la société anonyme en condamnant l'absence de compréhension des actionnaires et leur volonté de se fier aveuglement aux administrateurs, qualifiant cette situation de « *ploutocratie* »<sup>417</sup>. Mais comparativement à d'autres législations européennes, l'assemblée générale des actionnaires dispose d'une palette de compétences spécifiques telles que l'approbation des comptes sociaux ou bien encore le contrôle de certaines conventions. Sont visées ici les conventions réglementées, c'est-à-dire les conventions liant un associé ou un dirigeant avec la société et qui ne sont ni libres ni interdites. Leur régime est fonction de la société dans laquelle elle trouve à s'appliquer. Pour les sociétés commerciales à risques illimités, la loi ne prévoyant aucune règle particulière lorsque la convention lie un associé ou un dirigeant à la société, il faut donc se référer au droit commun de la responsabilité. En revanche, en matière de SARL<sup>418</sup>, de SAS<sup>419</sup> et surtout de SA<sup>420</sup>, la loi prévoit des dispositions coercitives spécifiques à respecter. Les établissements financiers exerçant pour la majorité sous la forme de sociétés anonymes, cette forme sociale nous intéressera particulièrement. En ce qui concerne ces sociétés, les dirigeants peuvent causer un dommage à la société en usant des prérogatives que la loi leur offre. Il peut s'agir par exemple d'un cumul du mandat social avec un contrat de travail ou la conclusion d'un contrat de travail fictif avec l'épouse du dirigeant au nom de la société ou toute autre forme de népotisme. C'est pour cette raison que d'autres organes sociaux ont un droit de regard, voire une autorisation à fournir préalablement

---

<sup>417</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 41.

<sup>418</sup> C. com., art. L. 223-19.

<sup>419</sup> L'article L. 227-10 du code de commerce offre un régime de contrôle a minima mais laisse la possibilité aux statuts de prévoir une procédure de contrôle et la création d'organes compétentes pour assurer ce contrôle. Ce même article, en son alinéa 2, prévoit que « Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société ».

<sup>420</sup> C. com., art. L. 225-38.

à la conclusion de tels contrats. Cette procédure comprend un avis préalable du conseil d'administration ainsi que l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires.

**225. *Acculturation.*** La théorie de l'agence développée aux Etats-Unis a reçu un accueil plutôt hostile de la part de la doctrine française<sup>421</sup>, la pratique et l'augmentation du nombre d'investisseurs étrangers ont parachevé l'acculturation française à ce phénomène novateur pour l'époque. Les critiques principales portaient sur le pouvoir prépondérant donné aux actionnaires et la croyance en ce que la performance de l'entreprise ne s'évalue qu'en vertu de la création de valeur actionnariale. Or, la richesse d'une entreprise s'évalue en fonction de cette valeur actionnariale mais également des profits qu'elle crée dans le temps et pour le plus grand nombre<sup>422</sup>.

**226. *Rapports fondateurs en France.*** En France, le gouvernement d'entreprise a trouvé sa substance dans trois rapports fondateurs. L'AGF (Association Française de Gestion) a émis des « recommandations sur le gouvernement d'entreprise » à destination de ses adhérents, c'est-à-dire les professionnels effectuant des actes de gestion pour compte de tiers. Les rapports Viénot I<sup>423</sup>, Viénot II<sup>424</sup> et Bouton<sup>425</sup> furent l'outil de construction normative entreprise par l'AFEP et le MEDEF. Ces deux entités créèrent en 2008 un code privé possédant une force normative non-contraignante en principe.

Le rapport Viénot I a été rédigé par Monsieur Marc Viénot, président de la Société Générale en 1996. Ses apports n'étaient que faibles car ils concernaient notamment quelques changements dans les règles de composition du conseil d'administration et

---

<sup>421</sup> P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement d'entreprise », *Rev. sociétés*, 1998, p. 5 ; P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par action », *Bull. Joly Sociétés*, juill. 1995, p. 637 ; A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance », *D.*, 1995, chron. 163 ; V. MAGNIER, « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », *Archives Phil. dr.*, 2001, t. 45, *Dalloz*, 2013 ; J.-J. CAUSSAIN, *Le gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires*, Credita-Litec, 2005 ; D. COHEN, Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ?, *in* Mél. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 159.

<sup>422</sup> Y. PACLOT, « Le gouvernement d'entreprise, pour quoi faire ? », *in* MAGNIER V. (dir.), *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 2010, p. 285.

<sup>423</sup> Rapport réalisé en 1995.

<sup>424</sup> Rapport réalisé en 1999.

<sup>425</sup> Rapport réalisé en 2002.

de son mode de fonctionnement. Il semble que ce rapport fut un moyen d'engager la France dans le processus européen de « *corporate governance* ». L'apport substantiel, bien que quelque peu « *cosmétique* », consista dans la transcription de la culture anglo-saxonne de l'intérêt social en droit interne. Pour ce faire, le rapport rappelle que l'entreprise doit être considérée comme un agent économique distinct des actionnaires et des parties prenantes, évoquant même l'intérêt supérieur de la personne morale. Le rapport recommandait la limitation du nombre de mandats d'administrateurs ou encore la nomination de deux administrateurs indépendants.

Le rapport Viénot II quant à lui évoque pour la première fois l'obligation pour les sociétés cotées de faire part, dans leur rapport annuel de gestion, du respect des recommandations des rapports Viénot. Prémices de la règle « *comply or explain* », cette obligation fut une sorte de coquille vide puisqu'aucune sanction n'était attachée à son absence de réalisation. Le législateur a donné écho à la vision des rapports Viénot en consacrant légalement de ces recommandations par la loi dite NRE<sup>426</sup>, notamment en ce qui concerne la redéfinition des prérogatives du directeur général à l'égard des tiers<sup>427</sup> ou encore des missions du conseil d'administration<sup>428</sup> ainsi que sa composition.

**227. Evolution et adaptation des codes de gouvernance.** Le dernier accord de place qui a eu un rôle fondateur du gouvernement d'entreprise en France fut le rapport Bouton de 2002. Réunies autour du directeur de la société générale de l'époque, les recommandations furent prises en réaction aux scandales financiers touchant notamment la société Enron aux Etats-Unis et à la situation de surendettement de certains grands groupes français.

Le rapport de l'AFEP-MEDEF, deux organisations patronales, édité en 2003, reprenait des éléments de *corporate governance* évoqués par la commission européenne. Cette dernière exige que chaque Etat membre dispose d'un code de référence auquel les entreprises devront se conformer ou, à défaut, devront expliquer les raisons de leur

---

<sup>426</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, p. 7776.

<sup>427</sup> C. com., art. L. 225-56.

<sup>428</sup> C. com., art. L. 225-35.



absence de volonté de s'y conformer. Ce code de référence contient, selon les organisations syndicales à l'initiative du projet, des définitions claires de notions jusque-là restées trop floues telles que la notion d'administrateur indépendant, le statut et le rôle des administrateurs, la transparence sur leur rémunération, le rôle précis du conseil d'administration, la séparation souhaitable des fonctions de directeur général et de président du conseil d'administration<sup>429</sup>.

**228. Rôle de contrôle de l'AMF.** L'AMF a également joué un rôle majeur dans le développement de la gouvernance d'entreprise des sociétés cotées. La loi de sécurité financière de 2003<sup>430</sup> lui a imposé d'établir annuellement un rapport concernant la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise et du contrôle interne. Cette formule peut paraître surprenante puisque le gouvernement d'entreprise semble devoir faire partie du contrôle interne en ce que ce dernier a pour mission de limiter un ensemble de risques, la gouvernance étant dès lors un outil privilégié de régulation *ex ante* de divers risques juridiques et financiers. Ses premiers rapports tenaient plus de l'ordre du souhait et de l'incitation que de la coercition<sup>431</sup>. La loi le Breton de 2005 a limité le travail de l'AMF aux seules sociétés faisant appel public à l'épargne<sup>432</sup>. Les rapports de l'AMF sont un excellent outil pour le législateur puisqu'ils lui permettent d'observer l'application de ces normes par les professionnels ainsi que les éventuelles adaptations à apporter afin de lui donner une plus grande efficacité. C'est également un moyen pratique pour les investisseurs de connaître l'intensité avec laquelle les sociétés de la bourse parisienne mettent en œuvre ces nouvelles obligations de bonne gouvernance.

**229. Création normative patronale.** En 2008, les deux organisations patronales précitées ont révisé le rapport qu'elles avaient rendu en 2003. Cette révision est aussi l'occasion de consacrer ce rapport en tant que « *code privé* »<sup>433</sup>, qui deviendra pour

---

<sup>429</sup> Le droit anglo-saxon use des termes de *Chairman* pour le président du conseil et de *Chief Executive Officer* pour le directeur général.

<sup>430</sup> Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF n°177 du 2 août 2003, p. 13220.

<sup>431</sup> Le droit anglo-saxon use du terme « *non-binding* ».

<sup>432</sup> Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF n°173 du 27 juillet 2005, p. 12160.

<sup>433</sup> Qui correspond plus précisément à un code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.

l'avenir la première mouture du code AFEP-MEDEF. Le comité éthique du MEDEF a proposé d'insérer dans ce code des règles relatives à la rémunération des dirigeants sociaux.

Cette même année, une loi du 3 juillet 2008<sup>434</sup> est venue transposer une directive européenne « *Gouvernement d'entreprise* » de 2006<sup>435</sup>. Des révisions de ce code ont été élaborées les 24 décembre 2014<sup>436</sup> et 12 novembre 2015<sup>437</sup>. En outre, les travaux de l'OCDE ainsi que de l'UE, par ses directives et recommandations, ont aidé pleinement au développement et à la mise en œuvre efficace des principes de gouvernance d'entreprise. Désormais, les banques précisent clairement leur positionnement quant au respect des normes du code AFEP-MEDEF sur leur site internet. Leur volonté d'assurer la transparence de leur mode de gouvernement n'est pas sans intérêt vis-à-vis des investisseurs<sup>438</sup>.

Au plan purement normatif, le droit dur français a pris en considération les problématiques de gouvernance d'entreprise dès 2003 par l'intermédiaire de la loi de sécurité financière<sup>439</sup>.

**230. Gouvernance d'entreprise et risque pénal.** La gouvernance d'entreprise, lorsqu'elle est bien réalisée, est « *un gage de compétitivité et un indicateur de confiance pour les investisseurs ou les consommateurs* »<sup>440</sup>. De plus, cela offre la possibilité à l'entreprise d'éviter partiellement le risque pénal encouru grâce à une organisation sociale précisant clairement et rigoureusement les organes, leurs fonctions et compétences respectivement dévolues. En s'intéressant aux parties prenantes, la gouvernance d'entreprise déploie une culture juridique de l'anticipation

---

<sup>434</sup> Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, JORF n°0155 du 4 juillet 2008, p. 10705.

<sup>435</sup> Directive Européenne 2006/46/CE du 14 juin 2006 du Parlement européen et du Conseil.

<sup>436</sup> BRDA 2015, n° 2, p. 5.

<sup>437</sup> BRDA 2015, n° 22, p. 7.

<sup>438</sup> Exemple de la BNP Paribas : <https://invest.bnpparibas.com/recommandations-de-lafep-et-du-medef>.

<sup>439</sup> Loi n° 2003-706 du 1er août 2003, JORF n°177 du 2 août 2003, p. 13220.

<sup>440</sup> R. FAMILY, *RICEA*, supp. à la semaine juridique entreprise et affaires, éd. Lexis-Nexis, n° 13, 31 mars 2016.

des risques juridiques. Cela couplé à la compliance, les établissements financiers sont à-même de prévenir la commission d'une infraction pénale par la personne morale.

## 2. La gouvernance d'entreprise : un concept juridique protéiforme

**231. Gouvernance d'entreprise et théorie financière de l'entreprise.** Au-delà de ces aspects, la gouvernance fait l'objet d'enjeux financiers particulièrement importants. L'observation de bonnes pratiques de gouvernance assure aux entreprises une stabilité plus grande au plan de son financement puisque les apporteurs de capitaux, qu'ils soient nationaux ou internationaux, auront une plus grande confiance dans l'entreprise. Sur un plan institutionnel, si toutes les entreprises faisant partie d'un marché réglementé permettant l'émission de titres respectent ces bonnes pratiques, le marché s'en trouvera plus sécurisé puisque la transparence et la gestion des risques seront de mise. Monsieur MOULIN estime que la promotion des codes de bonnes conduites dans les sociétés cotées tient d'un double phénomène : l'intermédiation des investissements en fonds propres par le biais d'organismes collectifs de collecte et de placements de fonds et l'internationalisation des marchés de capitaux<sup>441</sup>. Le phénomène de gouvernance ne perçoit pas seulement en raison des conséquences qu'elle porte sur l'image que l'on veut faire transparaître auprès des investisseurs mais favorise également une légitimation du rôle de manager des dirigeants sociaux. En d'autres termes, la société cotée constitue un portefeuille d'actifs que les dirigeants se doivent de faire fructifier afin d'en tirer la meilleure productivité. C'est en cela que pour certains membres de la doctrine, la gouvernance d'entreprise doit être analysée au regard de cette théorie financière de l'entreprise<sup>442</sup>.

**232. Gestion du risque de réputation.** Dans tous les cas, l'objectif principal recherché par la gouvernance d'entreprise offre la possibilité de rendre au public une information transparente et loyale. Par conséquent, « *il s'agira de tenter de maîtriser l'image des*

---

<sup>441</sup> J.-M. MOULIN, *J.-Cl. Commercial, op. cit.* p. 14.

<sup>442</sup> A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance », *op. cit.* p. 163.

*sociétés cotées pour entretenir la confiance des investisseurs* »<sup>443</sup>. Dès lors, la gestion du risque de réputation constitue la finalité première de la mise en place de pratiques de bonne gouvernance : donner une image de la société conforme à ce qu'attendent les investisseurs.

**233. Régulation ex ante des établissements financiers.** Les établissements financiers, par leur importance dans l'économie nationale et mondiale, leur taille et leur implantation sur le territoire sont des sujets de droit particuliers et usent spécifiquement des règles de gouvernance d'entreprise. En raison du risque systémique qu'ils causeraient si une défaillance intervenait, il convient de mettre en œuvre une régulation *ex ante*, ce qui se traduit par une gouvernance d'entreprise spécifique. Consécutivement à la crise financière de 2007, la crise de confiance des clients envers les banques n'a fait que s'accroître, comme le démontre une étude de terrain réalisée par le cabinet Deloitte<sup>444</sup>. Les Américains ne sont que 57% à avoir confiance dans leur banque, 62% des Britanniques et seulement 43% des Français, plus pessimistes.

**234. Gouvernance d'entreprise et conformité.** En matière d'établissements financiers, la transposition en droit interne de la directive CRD IV a permis au législateur d'insérer une section 8 dans le code monétaire et financier intitulée « *Gouvernance des établissements de crédit et des sociétés de financement* ». L'articulation du code elle-même démontre le lien fort existant entre la gouvernance d'entreprise et la conformité puisqu'une sous-section 2 est intitulée « organisation et contrôle interne ».

Une complémentarité évidente éclot entre conformité et gouvernance d'entreprise, notamment par le contrôle de conformité de l'entreprise aux règles issues du droit dur et celles issues du droit mou. Les codes de gouvernement d'entreprise, comme nous avons pu l'observer, sont à mi-chemin entre le droit dur et le droit mou. Leur

---

<sup>443</sup> C. MALECKI, « Opinion publique et gouvernance d'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Germain*, L.G.D.J., coll. Mélanges, 2015, p. 503.

<sup>444</sup> Deloitte, « Relations banques et clients : comment regagner durablement la confiance des clients ? », mai 2011 :

[http://deloitte.com/assets/Dcom-France/Local%20Assets/Documents/Votre%20Secteur/Bznue/Deloitte\\_Etude\\_2011\\_Relations\\_banques-cleints.pdf](http://deloitte.com/assets/Dcom-France/Local%20Assets/Documents/Votre%20Secteur/Bznue/Deloitte_Etude_2011_Relations_banques-cleints.pdf)

composition relève de la *soft law* alors que le législateur a intégré sa substance à la *hard law*. Dès lors, la cellule conformité des entreprises se doit d'analyser ces textes et de les faire respecter par l'ensemble du personnel puisque cela fait partie du « bloc de conformité » prévu dans l'arrêté du 3 novembre 2014. La juridicité des règles de gouvernance insérées dans les codes de type AFEP-MEDEF n'est plus contestée<sup>445</sup> mais des remarques sont à évoquer dans ses relations avec le droit dur.

**235. Gouvernance d'entreprise et RSE.** D'une part, la hiérarchie des règles applicables aux entreprises et encore plus particulièrement aux établissements financiers, est de plus en plus difficilement saisissable et des incertitudes de compatibilité peuvent apparaître entre ces deux sources de règles contraignantes pour les unes, non contraignantes pour les autres<sup>446</sup>.

La RSE est étroitement liée à la gouvernance d'entreprise puisque les process qui en découlent ne peuvent être efficaces que si une culture d'entreprise relative à cette thématique est prégnante. Désormais, le code y fait référence suite à la dernière mouture actualisée en 2016<sup>447</sup>. Aussi, insérer les objectifs de la gouvernance d'entreprise dans un code expressément créé pour sa réalisation pratique aurait permis d'asseoir la légitimité et l'effectivité des règles qui s'y rattachent. Ce souci de légitimité tient également du fait que les normes contenues dans ces codes revêtent toutes la forme de recommandations alors que sur le fond, certaines ont une intensité plus forte que d'autres, les obligations ne sont en quelque sorte que comportementales<sup>448</sup>. Certaines sont des prescriptions impératives alors que d'autres ne valent que comme une simple recommandation, comme conseil, comme incitation. Pour faire une analyse croisée avec d'autres Etats membres de l'Union Européenne, le

---

<sup>445</sup> Y. PACLOT, « À propos de la juridicité du Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 395.

<sup>446</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER et M.-A. NOURY, « La gouvernance des sociétés cotées, rapport remis à la Fondation pour le droit continental », *JCP E*, 2013, n° 47, Dossier « Gouvernance » ; S. GUERRY-VERNIERES, *Les petites sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, Thèse, Economica, 2012, n° 215 et s.

<sup>447</sup> Voir plus précisément les article 3.1 et 4.2 du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.

<sup>448</sup> B. FAGES, « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *Bull. Joly Sociétés*, avril 2009, p. 428 et s. ; « Les Codes d'éthique, Prémices d'une gouvernance d'entreprise transnationale », *Cah. dr. entr.*, juill.-août 2014.

code de gouvernance d'entreprise de la Bourse du Luxembourg<sup>449</sup> est un exemple de clarté de hiérarchie juridique. Il distingue clairement ce qui tient des principes de gouvernance impératifs, des recommandations et des lignes de conduites qui offrent une option d'application aux entreprises. Ces précisions et une constante adaptation aux nouveautés légales sont un gage de conservation d'un mécanisme de régulation souple des sociétés cotées. A défaut, le droit dur prendra le relais et imposera des règles plus strictes et, par définition, moins malléables<sup>450</sup> comme ce fut le cas aux Etats-Unis avec les lois *SOX* (2002) et *Dodd Franck Act* (2010).

**236. Gouvernance des établissements financiers.** En matière bancaire, il ne fait aucun doute que la gouvernance d'entreprise est un instrument de renforcement du contrôle interne<sup>451</sup> assurant pleinement son effectivité. La création de comités des risques est quant à elle plus en lien direct avec la fonction de conformité. Tous les établissements financiers doivent rendre des comptes sur leur organisation interne, le respect des bonnes pratiques prévues par les codes de gouvernance auxquels ils doivent faire référence.

## **Paragraphe 2. La Responsabilité Sociale des Entreprises : un cadre coercitif en construction pour une meilleure gestion du risque de réputation**

La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est un processus aussi complet que long à mettre en œuvre dans une entreprise et elle est devenue une norme

---

<sup>449</sup> A. SCHMITT et A. WAISSE, *Le corporate governance au Grand-Duché de Luxembourg : état des lieux et perspectives*, Droit bancaire et financier au Luxembourg, vol. III, p. 1395, ALJB, *Larcier et Anthemis*, 2014.

<sup>450</sup> V. MAGNIER et Y. PACLOT, *Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après...*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. GERMAIN*, L.G.D.J.-Lextenso, 2015.

<sup>451</sup> B. LECOURT, « Le gouvernement d'entreprise dans les banques : lorsque le droit des sociétés doit s'adapter au droit bancaire (transposition de la directive CRD IV) », *Rev. sociétés*, 2014, p. 335.

démocratique, à la fois singulière et plurielle.<sup>452</sup> La RSE trouve sa source dans les réflexions de la gouvernance d'entreprise, l'une influençant l'autre (A). La RSE, pour être mise en œuvre, nécessite une normalisation particulière, procédé dans lequel va intervenir la cellule de conformité. En effet, son effectivité requiert l'instauration d'une culture d'entreprise forte afin que chaque partie prenante soit unie autour d'une politique commune (B).

### **A. Naissance et influences de la RSE**

La responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise, selon les auteurs, tend à donner un autre sens à l'organisation capitaliste des entreprises. Pour le moins, elle a le mérite d'effectuer un recentrage sur les intérêts des parties prenantes, permettant ainsi de rééquilibrer les rapports entre actionnaires et parties prenantes (1). Pour ce faire, le législateur a imposé aux entreprises d'établir annuellement des reporting extra financiers expliquant et justifiant des politiques de RSE qu'elles mettent en œuvre (2).

#### **1. La nécessaire prise en considération des parties prenantes**

**237. Historique.** S'est développé dès la fin du XIXe siècle puis dans le courant du XXe siècle, le courant de l'entreprise citoyenne. Ce courant doctrinal nommé « *Business and Society* » prône l'insertion de l'entreprise dans le monde des affaires, va favoriser la cohésion sociale et la mise en avant de l'intérêt commun au sein de la société dont elle est partie intégrante.

L'aspect managérial de l'entreprise est une matière à part entière qui doit être différenciée de l'aspect patrimonial de l'entreprise. C'est en ce sens qu'une société, au sens commercial, est conçue de plus en plus comme une entreprise globale

---

<sup>452</sup> C. MALECKI, « La RSE : une norme singulière et plurielle », *Rev. dr. banc. et fin.*, mai 2015, n° 3, p. 35.

incorporant dans son système de fonctionnement la défense de valeurs sociales et sociétales.

**238. Lien de connexité avec la gouvernance d'entreprise.** Les mêmes thèses fondatrices de la *corporate governance* sont à l'origine de la responsabilité sociale des entreprises. La logique générale vise à la responsabilisation des membres de l'entreprise, du directeur général aux actionnaires, en passant par les administrateurs et les membres du directoire et du conseil de surveillance. Le *board*<sup>453</sup>, entendu au sens anglo-saxon, est désormais contraint de faire montre de transparence et d'exemple au sein de la firme. Mais surtout, l'entreprise doit désormais endosser un rôle qu'elle n'endossait pas auparavant : celui de gardien pérenne des valeurs sociales. Cela a donné lieu à une conceptualisation de la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise qui a notamment visé à l'essor de « l'entreprise citoyenne ». Né à la fin du XIXe siècle, ce courant s'est fortement développé par l'intermédiaire du courant de pensée « *Business and Society* ». Un mouvement doctrinal s'est montré favorable à l'intégration de l'entreprise<sup>454</sup> dans la société, en proposant ainsi des aspects de cohésion sociale ou encore en démontrant le rôle de la firme dans l'intérêt commun de la société. Les valeurs morales et éthiques doivent introduire le fonctionnement même de la société<sup>455</sup>. Cette théorie voulait dissocier le droit de propriété des actionnaires de l'entreprise aux personnes détenant un pouvoir de management<sup>456</sup>. Cette théorie est l'antithèse de ce qu'évoquait quelques années plus tard Milton FRIEDMAN, ce dernier ayant une vision plus capitalistique de l'entreprise. Pour lui, l'entreprise-profit doit dévaluer sa responsabilité sociétale afin d'accroître son profit<sup>457</sup>. Sa vision fondée sur

---

<sup>453</sup> Le *board* est un terme anglo-saxon regroupant les concepts d'administrateurs et de membres du directoire des sociétés françaises.

<sup>454</sup> Juridiquement, la notion d'entreprise a été fortement débattue en doctrine. Elle a été tantôt consacrée comme étant une universalité de fait, tantôt comme une universalité de droit. Le Professeur Michel DESPAX a apporté sa pierre à l'édifice avec sa thèse « L'entreprise et le droit », Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.

<sup>455</sup> O. DEBAT, « Les groupes internationaux confrontés à l'éthique fiscale », *RICEA*, déc. 2015, n° 51-52, p. 32.

<sup>456</sup> A. A. BERLE et G. C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Macmillan Co., 1932 (rééd. 1968, New York, Harcourt, Brace and World Inc.).

<sup>457</sup> M. FRIEDMAN, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.



l'ultra-profit peut trouver sa justification dans le contexte économique et historique des Trente Glorieuses et de la reconstruction d'après-guerre.

Cette thèse de l'entreprise-citoyenne a tout de même prospéré et a constitué une base solide pour les travaux de recherches d'éminents économistes progressistes des années 1970 et 1980. Le premier à avoir tenté une réforme du modèle sociétaire en y intégrant une approche fondée sur le management éthique de l'entreprise<sup>458</sup> était Monsieur BOWEN aux Etats-Unis dans les années 1950.

**239. Prise en considération des parties prenantes.** Ce mouvement de rééquilibrage des pouvoirs décisionnels et de propriété au sein de l'entreprise a engendré un nouvel objet d'analyse peu évoqué jusqu'ici : le rôle des parties prenantes. Les parties prenantes sont issues de la théorie des « *Stakeholders* », également appelées parties intervenantes, parties prenantes ou encore porteurs d'intérêts, ont pour rôle d'inciter à faire prendre en considération l'importance de certains tiers par les dirigeants Il peut s'agir des salariés, des créanciers, des concurrents, de l'Etat voire même également des clients<sup>459</sup> et des sous-traitants<sup>460</sup>. En d'autres termes, ces parties prenantes doivent être intégrées dans la gestion globale de l'entreprise, leurs intérêts étant essentiels à la prise de décision de l'entreprise. S'est donc développée la théorie des parties prenantes, plus connue sous le nom originaire de « *Stakeholders Theory* », impulsée notamment par R. Edward Freeman<sup>461</sup>. Les dirigeants sont donc vivement incités à mettre en œuvre des politiques de bonne gestion, comportant en pratique une cartographie des risques. Cependant, les entreprises ne peuvent économiquement et socialement se permettre de prendre en considération toutes ces externalités

---

<sup>458</sup> H. BOWEN, *The Social Responsibilities of Businessman*, Harper and Brothers, 1953 ; pour une étude de la contribution de H. Bowen à l'émergence de la RSE, V. A. ACQUIER, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise à la (re)découverte d'un ouvrage fondateur, *Social Responsibilities of the Businessman* d'Howard Bowen », *Finance Contrôle Stratégie*, vol. 10, n° 2, juin 2007, p. 5.

<sup>459</sup> J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise » ? in *L'entreprise : nouveaux apports*, Économica, 1987, p. 12, n° 11 ; « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, n° 74, 19 juin 1996, p. 17.

<sup>460</sup> Lamy Droit Economique, *Entreprise et « parties prenantes » ou « porteurs d'intérêts » – Stakeholders et Shareholders – La cartographie des risques*, Wolters Kluwer.

<sup>461</sup> R. E. FREEMAN, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston, Pitman, 1984 ; «The Politics of Stakeholder Theory : Some Future Directions», *Business Ethics Quarterly*, 1994, 4 (4), p. 409-422 ; *Understanding Stakeholder Capitalism*, *Financial Times*, 19 juill. 1996 ; *Divergent Stakeholder Theory*, *Academy of Management Review*, 1999, 24 (2), p. 233-236. Sur l'ensemble de la doctrine économiste V. J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise, Que sais-je ?*, PUF, 2010, p. 7.

négatives<sup>462</sup>. En Grande-Bretagne, cette théorie a fait l'objet d'un transfert à la sphère politique par ce que l'on dénomme la « *Stakeholder Society* »<sup>463</sup> mise en œuvre notamment par Tony Blair, Premier ministre britannique entre mai 1997 et juin 2007.

**240. Acculturation française.** En France, quelques membres de la doctrine ont pu s'intéresser à ce sujet, apportant une vision française et une appréciation de ce concept de RSE spécifique à la pratique juridique française, sans pour autant la rattacher à la doctrine de l'entreprise. Sont réunis sous cette dénomination « *tous les individus ou groupements, impactés par la réalisation des objectifs de l'entreprise, et dont les intérêts doivent être pris en compte ou préservés. Les parties prenantes peuvent être de premier rang pour désigner les personnes ou groupements directement affectés : clients, consommateurs, fournisseurs, sous-traitants, investisseurs, concurrents. Elles peuvent être de second rang pour désigner les personnes ou groupements indirectement affectés : population locale, organisations non gouvernementales (ONG), associations, collectivités territoriales, Etats* »<sup>464</sup>. Cette théorie consacre l'ouverture de l'entreprise sur les intérêts sociaux, sur les autres individus, sur la volonté de participer pleinement à la vie en société. Elle n'est dès lors plus analysée du seul point de vue économique ou juridique, mais également du point de vue sociologique. L'entreprise est alors étudiée comme un tout, socle d'une analyse pluridisciplinaire tournée vers l'entreprise-société au sens de membre actif de la société, plus seulement dans une vision économique. La doctrine française s'est elle aussi intéressée à ce phénomène et son intégration en droit français<sup>465</sup>.

**241. Définition de la RSE.** Dès lors, qu'en est-il de la définition de la RSE ? En pratique, la RSE correspond à « *un engagement managérial à prendre en compte les droits, intérêts et attentes des parties prenantes et à rendre compte des niveaux de*

---

<sup>462</sup> F.-G. TREBULLE, "Stakeholder theory et droit des sociétés", *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 1337, et 2007, p. 7.

<sup>463</sup> A. Giddens, *The Third Way*, Cambridge, Polity, 1998.

<sup>464</sup> R. FAMILY, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *Dalloz*, 2013, p. 1558.

<sup>465</sup> F. LEPINEUX, J.-J. ROSE, C. BONANNI et S. HUDSON, *La RSE - La responsabilité sociétale des entreprises. Théories et pratiques*, Dunod, 2010, p. 14 s. ; D. CAZAL, « RSE et théorie des parties prenantes : les impasses du contrat », *Revue de la régulation*, n° 9, 1<sup>er</sup> semestre 2011, § 18, <http://regulation.revues.org/9173>.

*performance et de maîtrise des risques, dans une perspective d'amélioration continue* »<sup>466</sup>. La plupart des travaux liés à la RSE sont issus d'Amérique du nord et d'Angleterre et proviennent donc du système juridique de la *common law*. Néanmoins, outre une vision juridique totalement différente du droit latin, la barrière linguistique vient affecter le concept et par voie de conséquence son intégration en droit français. En effet, la « *Corporate Social Responsibility* » (CSR) anglo-saxonne pourrait aisément être traduite, comme c'est le cas actuellement, comme la responsabilité sociale des entreprises. Toutefois, la traduction directe sans effort de contextualisation et d'analyse étymologique de ces termes conduit à une méconnaissance de l'essence du concept originaire. Le terme de « *Responsability* » ne fait aucunement référence à une notion juridique, en ce sens qu'aucune responsabilité juridique n'est entendue, en droit anglo-saxon, avec ce terme. Le terme de « *liability* » est plus à même de consacrer l'idée de responsabilité juridique.

Le développement de la RSE fut progressif. En 2001, la commission européenne définit la RSE comme « *une démarche d'affirmation volontaire, par les entreprises, de leur responsabilité sociale - ou sociétale - qui se traduit par des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles sont soumises* »<sup>467</sup>. Les thématiques abordées ne visent pas seulement l'environnement mais également la lutte contre le travail dissimulé, le respect des droits fondamentaux dans les établissements du groupe. La finalité poursuivie est de renforcer l'impact positif de la RSE pour les entreprises « *sur le plan de la gestion des risques, de la réduction des coûts, de l'accès au capital, des relations avec la clientèle, de la gestion des ressources humaines et de la capacité d'innovation* »<sup>468</sup>.

**242. Finalités de la RSE.** Au-delà du simple cadre environnemental, le standard juridique de RSE a la volonté d'offrir la protection de valeurs à orientation humaniste telles que les droits fondamentaux avec la lutte contre l'esclavage moderne, le soutien

---

<sup>466</sup> V. Vigeo ; <http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/fr/2-1-notre-vision>.

<sup>467</sup> Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM, 2001, 366.

<sup>468</sup> F. BENOIT-ROHMER, « La responsabilité sociale des entreprises, Communication de la Commission sur sa nouvelle stratégie en matière de responsabilité sociale des entreprises », 25 oct. 2011, COM (2011) 681, *RTD Eur.*, 2012 p. 380.

aux populations dites du « tiers monde » par le biais de fondations à but humanitaire. Les partenaires privés, les ONG et surtout l'Etat et ses collectivités territoriales jouent un rôle fondamental dans le développement pratique et efficient de la RSE à visée humaniste. Ces objectifs protéiformes assignés à la RSE<sup>469</sup> semblent tout de même dépasser assez largement le monde des affaires et des relations commerciales. Le rôle astreint à l'entreprise tendrait à la création d'une forme nouvelle de capitalisme plus utopiste qui ne chercherait pas le profit maximum mais bien la diminution des coûts et la création d'avantages sociaux<sup>470</sup>. Mais la mise en œuvre d'une politique de responsabilisation des établissements financiers tiendrait-elle d'une obligation imposée par le pouvoir législatif voire exécutif ou bien d'une réelle démarche volontaire de l'entreprise ? En d'autres termes, cette démarche est-elle contraignante au sens de la *hard law* ou bien l'est-elle au sens de la *soft law* et d'une réelle volonté de l'établissement financier de se consacrer aux enjeux environnementaux ?

## 2. La nécessaire réalisation de reporting extrafinanciers

**243. Cadre juridique de la RSE.** Le cadre juridique de la RSE n'échappe pas à l'absolue inflation législative et à l'entrecroisement des normes internationales, régionales, nationales et sectorielles<sup>471</sup>. Comme déjà évoqué à propos de la gouvernance d'entreprise, l'environnement est la matière désormais prise d'assaut par le droit dur afin de rendre contraignantes des règles d'origine purement volontaires. En effet, la démarche environnementale des entreprises est souvent volontaire et peu contraignante. Il s'agit avant tout de labellisation ou encore d'adhésion au groupe initié par les Nations Unies en 2000 « *Global Compact* »<sup>472</sup>. Sans réel effet contraignant, l'on peut estimer que ces adhésions normatives volontaires n'ont de normes que le nom, le soin de la réputation étant privilégié au strict respect des engagements contractuellement souscrits mais sans réelles sanctions. Preuve en est par

---

<sup>469</sup> R. FAMILY, La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, *D.* 2013, p. 1558.

<sup>470</sup> M. YUNNUS, *Vers un nouveau capitalisme*, JC Lattès, 2009.

<sup>471</sup> A. SUPLOT, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Etudes offertes à J. PELISSIER*, *Dalloz*, 2004, p. 541 s., spéc. p. 543.

<sup>472</sup> <https://www.globalcompact-france.org>

la consultation de la rubrique « Pourquoi s'engager » de cette mission, il est mentionné « *Le Global Compact sera à vos côtés pour évaluer, définir, mettre en œuvre, mesurer et communiquer votre stratégie de développement durable. Avec notre aide, faites la différence* »<sup>473</sup>. Dans cet extrait, il est plus fait référence à du marketing voire du management avec les étapes de prise de décision visant à améliorer l'image et la compétitivité de l'entreprise adhérent au programme qu'une véritable démarche de protection de l'environnement ou des problématiques sociétales. La RSE est plus que jamais « *le terreau d'une réputation sociétale* »<sup>474</sup>.

**244. Reportings extra-financiers.** C'est pourquoi la *hard law* s'est progressivement emparée de ces questions. Au plan interne, le législateur a mis en place des politiques de RSE. Ainsi, l'article L. 225-102-1 du code de commerce, impose aux sociétés françaises cotées sur un marché réglementé, l'obligation de reddition des comptes de leur gestion sociale et environnementale dans leur rapport annuel<sup>475</sup> ainsi que les engagements sociétaux pris en faveur du développement durable<sup>476</sup>. Cette obligation a été complétée par un reporting dit « *extra-financier* » à l'issue de la loi Grenelle II du 12 juillet 2010<sup>477</sup>. Ce reporting vise le bilan RSE de l'entreprise c'est-à-dire le compte-rendu de ses activités sociales, sociétales et environnementales en faveur du développement durable entre autres. Se pose néanmoins la question de la nature qualitative de ces reportings puisqu'ils ne sont pas réalisés par un organisme indépendant. Cette loi Grenelle II a consacré la notion de « partie prenante » sans pour autant la définir. Néanmoins, la *stakeholder theory* figure désormais en droit français et ses incidences sur l'opinion publique ne sont pas négligeables<sup>478</sup>. Ces parties prenantes ne se contentent pas d'un rôle passif en observant les réactions concrètes

---

<sup>473</sup> <http://www.globalcompact-france.org/p-27-pourquoi-sengager>

<sup>474</sup> C. MALECKI, « Opinion publique et gouvernance d'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. GERMAIN, L.G.D.J.-Lextenso, 2015, p. 504.*

<sup>475</sup> Article 116, Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, p. 7776.

<sup>476</sup> I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, 2006, 1214.

<sup>477</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

<sup>478</sup> G.-J. MARTIN, « Transparence environnementale et responsabilité des sociétés mères : la loi Grenelle II », *Rev. sociétés*, févr. 2011, n° 2, p. 75 et s.

dans le domaine de la RSE, elles sont également actrices de leur propre réalité<sup>479</sup>. Néanmoins, malgré ce changement de paradigme, la *Shareholder Primacy*<sup>480</sup> reste dominante dans le monde de l'entreprise, et il convient de se questionner sur la réalité pratique et l'efficacité réelle des politiques de RSE. Au même titre qu'il existe une compliance cosmétique, n'existerait-il pas une RSE cosmétique ? Quelle est la véritable finalité des entreprises, améliorer le sort de chacun dans une vision moderne du capitalisme ou bien attirer les apporteurs de capitaux en promouvant des engagements socialement responsables et faire prospérer la cote de l'action en bourse ?

**245. NTIC et RSE.** Une nouvelle forme d'éthique voit le jour depuis le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication : la *e-gouvernance* pour *e-corporate reputation*. Le développement de ces engagements responsables<sup>481</sup> et la naissance du mouvement d'entreprises sociales et solidaires sont désormais les clefs de l'économie sociale moderne.

Il apparaît désormais que « *dans un marché mondialisé et extrêmement concurrentiel, l'image projetée par l'entreprise peut avoir des conséquences directes sur son chiffre d'affaires* »<sup>482</sup>. Le développement des réseaux sociaux et l'ultra-médiatisation y jouent un rôle fondamental. Afin de contrer rapidement la diffusion d'informations nuisibles sur le net, les opérateurs cruciaux ont intégré dans leur politique des risques, la gestion de ce qu'on dénomme la e-réputation.

**246. L'importance de la politique de RSE pour les investisseurs.** Comme déjà évoquées, la gouvernance et la réputation, en raison de l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication, tendent à muter vers de nouvelles formes que le droit a l'obligation de prendre en considération : la e-gouvernance et la e-réputation. Ces deux concepts sont d'autant plus importants lorsque les sociétés sont cotées sur un marché réglementé. L'AMF a d'ailleurs émis

---

<sup>479</sup> F.-G. TREBULLE, "Stakeholder theory et droit des sociétés", *Bull. Joly Sociétés*, déc. 2006, p. 1337.

<sup>480</sup> Notamment par la consécration de la règle du « Say on pay ».

<sup>481</sup> I. DESBARATS, « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », *Journ. sociétés*, oct. 2009, n° 69, p. 15 et s., spéc. p. 19.

<sup>482</sup> N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain*, in *Regards français et européens en hommage à Y. CHAPUT*, *LexisNexis*, 2014, p. 160.

plusieurs recommandations en ce sens aux sociétés susmentionnées, afin qu'elles gèrent au mieux la diffusion d'informations sur leur site internet. Elle précise que pour que les informations sociales et environnementales soient correctement analysées et comparées d'une année sur l'autre, les entreprises doivent être lisibles et formatées, voire même standardisées<sup>483</sup>. Si la diffusion d'informations ne respecte pas ces canons, les investisseurs et le public en général ressentent de la défiance à l'égard de l'entreprise, ce qui se traduit financièrement par une baisse des cours de l'action sur les marchés financiers et, au plan économique, une chute des achats et commandes. La doctrine s'est questionnée sur la réparation du préjudice causé à la société par la défiance des investisseurs à la suite de la diffusion et la réception d'informations perçues négativement.

Les politiques de RSE sont désormais des priorités pour la majorité des entreprises de grande taille. Les cellules de conformité sont mises à profit afin de réaliser ces politiques et de les rendre pleinement efficaces. Il s'agit alors d'une mission supplémentaire de la fonction conformité, la RSE marquant une forme de continuité de l'esprit des finalités poursuivies par la compliance.

## **B. Mise en œuvre juridique et normalisation des politiques de RSE**

La politique de RSE d'une entreprise, dont le cadre normatif est imposé par le législateur, étant de plus en observée par les investisseurs, il leur est nécessaire de la valoriser au maximum et d'en médiatiser les effets (1). Au même titre que la gouvernance d'entreprise avec laquelle elle est connexe, la RSE est un concept protéiforme puisqu'il nécessite l'entrecroisement avec d'autres matières pour se structurer et assurer son efficacité (2).

---

<sup>483</sup> Recommandation AMF 2014-15, Communication des sociétés cotées sur leur site internet et sur les médias sociaux, DOC, 2014-15 du 9 décembre 2014.

## 1. Diffusion et valorisation de la politique de RSE

**247. Risques encourus en cas de diffusion fautive de la politique de RSE.** Existe-t-il véritablement un préjudice dont pourrait souffrir la société ? Comment le chiffrer ? De prime abord, l'on peut remarquer que l'entreprise est elle-même le plus souvent à l'origine de l'émanation d'information la concernant. C'est donc à elle qu'il revient de gérer ces informations et d'en assumer la diffusion. Dès lors, si les informations qu'elle diffuse sont substantiellement de nature à entacher son image et sa réputation, il paraît difficile pour elle de se prévaloir d'un quelconque préjudice. Juridiquement, l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » semble ici pleinement applicable. En d'autres termes, nul ne peut invoquer en justice sa propre turpitude. La société ne peut donc pas se prévaloir du dommage qu'elle subit pour en obtenir réparation puisqu'elle est à l'origine de ce dommage. C'est l'analyse qu'en a fait le tribunal correctionnel de Paris lorsqu'il a eu à se prononcer sur cette question<sup>484</sup>. Lorsque l'entreprise diffuse de fausses données comptables, elle est auteur de sa bonne ou mauvaise réputation, ce qui peut ouvrir le droit aux actionnaires de la société de se voir indemniser pour le préjudice financier subi<sup>485</sup>. Il semble néanmoins que le préjudice moral ne soit pas admis en pareille situation<sup>486</sup>. La diffusion d'informations de qualité et accessible sur la gouvernance d'entreprise est partie intégrante de l'application du principe de « *comply or explain* », c'est-à-dire « appliquer ou expliquer » dans son acception française<sup>487</sup>. Les parties prenantes y jouent un rôle direct, notamment les salariés qui n'hésitent pas à diffuser des messages sur les réseaux sociaux tels que Facebook ou Twitter<sup>488</sup>, ces messages pouvant parfois renvoyer une image négative de l'entreprise. Dès lors, le risque principal sera bien la gestion de la

---

<sup>484</sup> P. CLERMONTÉL, *Le droit de la communication financière*, préf. N. MOLFESSIS, L.G.D.J., coll. « Pratique des affaires », 2009, p. 446.

<sup>485</sup> Cf exemple récent de William Saurin (reprendre références du magazine Capital).

<sup>486</sup> Cf Affaire Regina Rubens, TC Paris 22 janvier 2007, n° 07/01477.

<sup>487</sup> Comm. CE, « Recommandations sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise (« appliquer ou expliquer ») », n° 2014/208/UE, 9 avr. 2014, JOUE n° L 109/43, 12 avr. 2014

<sup>488</sup> A propos des risques de propos dégradant des salariés envers la société, cf : E. RAY, « Facebook, le salarié et l'entreprise », *Dr. soc.*, févr. 2011.



« *corporate reputation* »<sup>489</sup> via les réseaux sociaux et le monde du network plus globalement.

**248. Diffusion de la politique de RSE dans l'entreprise.** La RSE, pour atteindre son objectif de moralisation de l'entreprise et de vecteur d'une bonne opinion publique, se doit d'être disponible de tous. C'est pour cette raison que son audit et sa diffusion au travers de documents annexes au rapport annuel des entreprises seront particulièrement appréciés et appréhendés par les investisseurs<sup>490</sup>. La réputation est la visée sous-jacente d'une politique de RSE. Son intérêt est de prendre en compte les considérations des parties prenantes pour inciter les investisseurs à avoir une confiance globale dans l'entreprise sans laquelle ils investissent. Que l'entreprise réalise des profits et offre de belles perspectives pour l'avenir est une chose, qu'elle prenne en compte l'intérêt des salariés, des sous-traitants, des créanciers, des problématiques sociétales en est une autre. Ces données extra-financières ont une véritable incidence pour les futurs résultats financiers. Une atteinte à la réputation<sup>491</sup> cause des dommages financiers dont il est difficile de se relever. Citons par exemple le cas des sociétés William Saurin<sup>492</sup> ou encore de Nike ou même Samsung à propos de ses téléphones mobiles<sup>493</sup>. Les théories managériales appréhendées notamment par la science de gestion ont le mérite d'intégrer les parties prenantes dans le cheminement capitaliste et dans la bonne marche de la société.

**249. Valorisation de la RSE par des investissements socialement responsables.** Cette volonté de respecter des valeurs éthiques sociales<sup>494</sup> favorise les investissements socialement responsables (ISR)<sup>495</sup> et peut notamment être utilisée à une autre fin plus

---

<sup>489</sup> C. MALECKI, Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable, L.G.D.J., coll. Droit des Affaires, 2014, n° 462, p. 361 et s.

<sup>490</sup> J. IGALENS, « La reddition des comptes en matière de RSE », *Jour. sociétés*, oct. 209, p. 34 et s.

<sup>491</sup> C.-J. FOMBRUN, "Reputation : Realizing Value from the Corporate Image", *Harvard Business School Press*, Boston, 1996.

<sup>492</sup> [https://www.lesechos.fr/14/12/2016/lesechos.fr/0211594017118\\_1-etat-au-secours-des-comptes-truques-de-william-saurin-et-madrang.html](https://www.lesechos.fr/14/12/2016/lesechos.fr/0211594017118_1-etat-au-secours-des-comptes-truques-de-william-saurin-et-madrang.html)

<sup>493</sup>A. DEBOUTE, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2017/02/09/32001-20170209ARTFIG00015-samsung-veut-redorer-le-blason-de-ses-batteries.php>

<sup>494</sup> F. BUY ET J. THERON, « L'éthique de l'entreprise », *JCP E*, 2013, 1359.

<sup>495</sup> N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain, Regards français et européens en hommage à Y. CHAPUT, op. cit.*, p. 156.

mercantile : la recherche de la performance de l'entreprise<sup>496</sup>. Les investisseurs visent à moyen et long terme une meilleure rentabilité financière. La prise en compte de considérations sociales et environnementales n'est qu'une sorte d'outil de rentabilisation financière en inspirant une confiance purement marketing. Pour preuve, les agences de notation se sont ouvert un champ de compétence plus vaste que d'ordinaire en se permettant de réaliser des notations extra-financières. Au même titre que les agences de notation financières, elles orientent les investisseurs dans leurs choix de placements financiers. Logiquement, elles orientent les apports de capitaux vers les entreprises soucieuses de ces investissements socialement responsables.

La méthode d'évaluation des entreprises dites socialement responsables est réalisée par des agences de notation et des fonds de pension. Certains fonds français réalisent une sélection sectorielle des émetteurs qui respectent la grille d'évaluation des agences de notation. D'autres fonds préfèrent pratiquer l'exclusion : les émetteurs n'étant que peu sensibles aux critères dit ESG (critères sociaux, environnementaux et de gouvernance) ne sont pas considérés par les fonds. D'autres éléments sont pris en compte par les agences de notation afin de valoriser les placements et les entreprises vertueuses : l'absence d'alertes diffusées par les parties prenantes telles que les ONG, les syndicats ou encore les salariés. L'article L. 523-22-1 du code monétaire et financier impose désormais aux sociétés de gestion, depuis la loi Grenelle II, de communiquer à leurs souscripteurs les modalités de prise en compte des critères ESG dans leur politique d'investissement. D'autres fonds pratiquent exclusivement l'établissement de listes noires et l'exclusion normative, c'est-à-dire « *le fait, pour un fonds d'investissement responsable, d'exclure de son portefeuille d'actions des sociétés qui violeraient de façon répétée les principes édictés par les grandes conventions internationales* »<sup>497</sup>. L'ONG WWF a notamment émis plusieurs recommandations visant obtenir à une meilleure prise en compte, par les agences de notation extra-financière, des considérations importantes relatives à la biodiversité,

---

<sup>496</sup> MEDEF, « Cap vers la RSE : faire de la responsabilité sociétale de l'entreprise un levier de performance », juillet 2012.

<sup>497</sup> N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain, Regards français et européens en hommage à Y. CHAPUT, op. cit.*, p. 162.

ainsi qu'à une meilleure structuration de ces agences par les Etats. Cela pourrait par exemple résulter d'un mécanisme d'accréditation. Une labellisation des produits financiers ayant des effets positifs sur la nature constitue une autre proposition de WWF<sup>498</sup>.

**250. Critiques des agences de notation.** Les principales problématiques inhérentes aux agences de notation extra-financière sont les mêmes que celles inhérentes aux agences de notation financière tant décriées pour leur rôle décisif dans la crise systémique des *subprimes* : une opacité inquiétante, une absence de référentiels commun, des conflits d'intérêts nocifs avec les opérateurs de marché.

**251. Influence des agences de vote.** Enfin, des acteurs particuliers peuvent avoir une influence notable sur la gouvernance d'entreprise, ou pour le moins sur les décisions impactant la gouvernance d'entreprise et la politique de RSE : les *proxy advisor*, que l'on peut traduire en français par « agence de vote ». Leur influence aux Etats-Unis s'est accrue du fait de l'importante croissance des investisseurs institutionnels. Les rapports qu'ils publient les rapprochent des agences de notation en ce que leur contenu oriente considérablement les choix d'investissement des investisseurs.

Néanmoins, la pratique tend à montrer que les politiques de RSE ont de moins en moins d'impact auprès des investisseurs, ces derniers considérant certainement ces politiques comme des normes devenues banales et devant être respectées.

## 2. La conceptualisation protéiforme de la RSE

**252. Normalisation de la RSE.** Comme déjà observée, la RSE est un concept protéiforme. Elle demeure concomitamment sous l'égide du droit malléable et du droit dur. Pour tenter d'uniformiser les reporting extra-financiers des entreprises, les instances internationales ont mis en place des normes parallèles à celles applicables aux reporting financiers. Ces « *lignes directrices* » ont donné naissance aux normes

---

<sup>498</sup> WWF, « Into the wild ; intégrer la nature dans les stratégies d'investissement », Recommandations de WWF France et AXA pour les membres de la réunion ministérielle du G7 Environnement à Metz, les 5-6 Mai 2019.

ISO 26000 ou encore au GRI (*Global Reporting Initiative*), elles sont une bonne initiative mais sont, par nature, non contraignantes et font l'objet de modifications fréquentes afin de s'adapter aux évolutions économiques et financières. Dès lors que les entreprises adhèrent volontairement à ce type de normes non contraignantes, elles s'imposent une sorte d'autorégulation. Madame HUET vise notamment le manque de qualité des reportings en ce qu'ils ne fournissent pas d'informations utiles et crédibles aux parties prenantes<sup>499</sup>. Cela cumulé au manque de transparence des agences de notation extra-financière et des agences de conseil de vote, la création d'un organisme tiers certificateur fut une réponse légale conséquente<sup>500</sup>.

**253. Droit pénal et RSE.** Le droit pénal n'est pas directement impliqué dans les nouveaux modes de gouvernance de l'entreprise puisqu'aucune infraction pénale ne relève, ce jour, d'un manquement à la mise en place d'un gouvernement d'entreprise. En matière de RSE, le droit pénal pourrait s'y trouver lié de plusieurs façons. Tout d'abord, en se basant sur les infractions environnementales qu'auraient pu commettre des entreprises, ensuite, de façon indirecte suite à la loi du 27 mars 2017 en France. Suite aux drames s'étant déroulés au Bangladesh en 2013, une usine regroupant des sous-traitants s'était effondrée sur les ouvriers, causant la mort de 1127 d'entre eux, ce drame a incité les organisations internationales et les gouvernements à émettre des textes contraignants en matière de respect des droits de l'Homme par les entreprises.

**254. Lien entre RSE et conformité.** Un lien unit conformité et gouvernance d'entreprise, le corollaire existe entre RSE et conformité. Comme évoquée précédemment, la détermination préalable de ce que l'on comprend dans le terme conformité et compliance est absolument nécessaire au reste de l'étude afin de ne pas mélanger les aspects techniques sous-jacents. La compliance au sens de la règle « *comply or explain* » ne sera pas prise en considération ici, mais seulement la compliance dans sa globalité. La gestion des risques au plan de l'entreprise est

---

<sup>499</sup> N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain, Regards français et européens en hommage à Y. CHAPUT, op. cit.*, p. 169.

<sup>500</sup> Cet organisme tiers indépendant devra vérifier les informations EGS diffusées par les émetteurs. Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 53. Un arrêté du 13 mai 2013 fournit les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission, JO 14 juin 2013.

désormais globale, usant à la fois d'une approche préventive et curative afin de se conformer à un cadre réglementaire toujours plus dense. La cellule conformité de l'établissement financier aura pour rôle de faire respecter les principes d'Equateur<sup>501</sup> correspondant à la mise en œuvre de la RSE au domaine financier. Bien que l'environnement ne fasse pas partie des activités proches des banques, elles sont indirectement liées à cette problématique. En effet, elles sont souvent amenées à financer des sociétés dont la défense ou plus largement les questions environnementales sont leur activité première. Dès lors, il n'est que peu contestable d'assurer que la conformité des établissements financiers doit également se tourner vers ces nouveaux enjeux. Une cartographie des risques liés à l'environnement permettra d'endiguer l'absence de conformité à la norme environnementale, notamment sous son aspect pénal<sup>502</sup>.

**255. Exemple empirique de RSE bancaire.** Au plan strictement bancaire, le groupe Crédit Agricole est en lien avec l'ONG WWF en ce qui concerne sa politique de RSE. Ces liens entre ONG et grands groupes bancaires tiennent-ils véritablement d'un souci environnemental ou s'agit-il seulement de sponsoring tendant à donner une belle image du groupe bancaire auprès des clients et des investisseurs et à accroître le réseau professionnel du groupe ?

**256. Critiques de l'efficacité pratique des politiques de RSE.** Le bilan de l'application des reporting RSE pour les entreprises du CAC 40 s'avère être faible. Selon une étude<sup>503</sup>, le respect des reporting RSE n'est rien de plus qu'une mise en conformité avec les exigences légales, l'absence de volontarisme s'expliquant principalement par l'absence de sanction et notamment de sanction pénale. Ils sont étroitement liés à la réalisation d'une cartographie des risques dans l'entreprise visant à promouvoir la

---

<sup>501</sup> [http://www.equator-principles.com/resources/equator\\_principles\\_french\\_2013.pdf](http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_french_2013.pdf).

<sup>502</sup> C. HUGLO, « La conformité, la pierre angulaire du droit de l'environnement », *JCP E*, 2012, n° 1473, p. 40 et s.

<sup>503</sup> [http://www.reportingrse.org/force\\_document.php?fichier=document\\_760.pdf&fichier\\_old=2012-reporting-social-etude-cep.pdf](http://www.reportingrse.org/force_document.php?fichier=document_760.pdf&fichier_old=2012-reporting-social-etude-cep.pdf)

politique de RSE<sup>504</sup>. Les groupes de société étant en première ligne en ce qui concerne le respect du devoir de vigilance, ils se devront d'appliquer tout à la fois le droit français et les standards internationaux tels que le GRI (*Global Reporting Initiative*)<sup>505</sup>. Ces règles ont été créées par le marché et pour les investisseurs, elles sont sanctionnées par le marché, par les investisseurs. L'on peut constater que la sanction du marché, c'est-à-dire la sanction économique, a pris le pas sur la sanction juridique. Au même titre que certaines règles déontologiques, des règles de RSE ont été absorbées par le droit dur. Toutefois, cette absorption ne s'est pas traduite par un accroissement des sanctions juridiques. Les lois deviennent donc incitatives plus que coercitives, cela constituant un effet supplémentaire d'une acculturation mal calibrée au modèle anglo-saxon.

**257. Conclusion.** Outre la *soft law*, la *hard law* est relativement présente au plan européen et au plan interne. Elle offre la possibilité d'accoler une contrainte coercitive aux règles à visée sociale et sociétale. La *soft law* offre une vision *de lege ferenda* alors que le droit offre plutôt une vision *de lege lata* de la RSE. Néanmoins, la *soft law* conserve son intérêt en tant que promoteur interne de valeurs sociales et environnementales, même sans pouvoir de contrainte véritable. C'est ce qui forme, semble-t-il, le signe d'attractivité principal de ce mode de régulation interne, complémentaire au mécanisme d'autorégulation des établissements financiers. La fonction conformité a donc un rôle essentiel à tenir en matière de création, diffusion et respect de politiques de RSE. De leur efficacité tiendra la bonne réputation de l'entreprise auprès des investisseurs mais également une meilleure intégration dans l'environnement économique futur qui se construit autour d'une croissance économique liée au respect de l'environnement et des ressources naturelles. Dès lors,

---

<sup>504</sup> Y. QUEINNEC et A. CONSTANTIN, « Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », in Dossier spécial : Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme, *RLDA*, 2015, p. 104.

<sup>505</sup> L. D. MUKA TSHIBENDE, Y. QUEINNEC et I. TCHOTOURIAN, « Art. 224-2 de la loi Grenelle II, Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable », *Rev. dr. Int. et comp.*, 2012, n°1, p. 133.

la compliance sera un vecteur de transition de l'économie de consommation à une économie plus circularisée.

## Conclusion du chapitre 1

---

Les développements précédents ont permis de mettre en lumière le rôle décisif de la gouvernance d'entreprise dans les sociétés. Agissant comme un vecteur de valeurs dans l'entreprise, c'est un outil organisationnel malléable qui permet d'adapter la société à l'évolution du capitalisme et, corollairement, de mieux répondre aux attentes des parties prenantes. Bien que la théorie des *stakeholders* prenne une importance toujours plus grande depuis une dizaine d'années, la théorie des *shareholders* demeure influente, notamment sur les marchés financiers. De nouvelles problématiques internes à l'entreprise sont traitées afin de dégager une image positive à l'extérieur de l'entreprise, les investisseurs s'intéressant désormais à la politique de rémunération des dirigeants, à la prise en considération par l'entreprise de problématiques sociétales, sociales et environnementales, aux reporting financiers et extra-financiers. Les sanctions encourues par l'entreprise lorsque ces règles de gouvernance ne sont pas respectées sont de nature économique plus que de nature juridique. Une mauvaise politique de gouvernance renverrait sur les marchés une image dégradée de l'entreprise, la réputation pouvant même être dénigrée par les médias dans les cas les plus graves. Les codes de gouvernance, issus de la *soft law* mais étant réinvestis par les pouvoirs publics et donc la *hard law*, uniformisent et standardisent les canons d'une bonne gouvernance sociétaire. Du point de vue des établissements financiers, la création de codes éthiques et de chartes de bonne conduite est devenue un impératif moral et réputationnel, le marché pouvant sanctionner l'absence de proclamation de standards éthiques de la banque.

Cette nécessaire gestion des risques juridiques et réputationnels donne tout son sens à la fonction conformité. En encadrant la gouvernance d'entreprise, en l'utilisant comme un outil de diffusion de valeurs éthiques, elle s'offre la possibilité de diffuser une culture de conformité et de respect des comportements éthiques à l'ensemble des membres de l'entreprise. La conformité, entendue en tant que fonction dans l'entreprise, a pour mission de faire respecter ces normes éthiques mais également de les diffuser largement afin d'éviter toute fraude qui compromettrait l'image sociale.



C'est ce que la pratique nomme « *l'implémentation* ». Cependant, la conformité, bien que n'étant pas contestée dans ses missions, l'est dans son coût. En effet, la mise en place d'une cellule de conformité dans une entreprise, surtout pour celles de type PME ou ETI, peut être perçue de deux façons distinctes selon les mentalités : un coût ou un investissement. Le risque de sanction pénale interviendra alors comme incitateur à la mise en place d'une cellule de conformité.



## Chapitre 2. Acculturation et analyse économique de la conformité

---

La conformité est-elle un outil de contrainte ou outil de performance de l'entreprise ? Le droit dur impose désormais à bon nombre d'entreprises de grande taille et de taille intermédiaire de s'engager pleinement dans une logique de conformité. Seulement, la conformité n'est pas l'apanage d'une cellule composée de spécialistes et qui contrôlerait toutes les branches actives de l'entreprise, il s'agit d'un état d'esprit. Pour une conformité optimale de l'entreprise aux règles de droit l'impactant, elle doit pouvoir compter sur l'application du droit par chaque membre de l'entreprise. Ainsi, chaque salarié dans son domaine de compétence doit faire en sorte que l'entreprise soit conforme à ce qu'en attend le législateur. Pour ce faire, d'importants moyens doivent être dévolus dans l'information et la formation de chaque entité de l'entreprise. Cette combinaison « formation-information » représente une base solide pour l'instauration d'une culture de conformité au sein de l'entreprise. Toujours dans la même logique, la culture de conformité mise sur une anticipation des risques, une gestion *ex ante* des risques juridiques afin d'éviter tout risque de contentieux qui pourrait nuire momentanément ou durablement à sa réputation. Dans les établissements financiers, l'application rigoureuse des principes de gouvernance d'entreprise auxquels ils se soumettent volontairement préfigure déjà d'une conformité certaine (Section 1).

Cependant, l'instauration d'une culture de la conformité, ou devrait-on plutôt évoquer d'une culture du conformisme, représente un coût. En effet, la lutte contre le blanchiment de capitaux, les délits boursiers et tous les autres types de criminalité astucieuse font peser un coût lourd sur les personnes qui sont en charge de les combattre. Du fait de leurs caractères astucieux, techniques, dissimulés voire occultes, la détection de ces délits est particulièrement difficile et demande un coût de traitement important, aussi bien au plan financier qu'au plan humain. Cela est certainement une des raisons pour laquelle l'Etat a décidé de déléguer la lutte contre ces phénomènes

criminels aux organismes financiers, entre autres : l'externalisation du coût lui est profitable. Dès lors, les établissements financiers n'ont d'autres choix que de subir le coût de cette externalisation. Ils leur convient donc de s'autoréguler de façon efficiente, cela se basant sur une critère d'opportunité économique : soit ils considèrent que la mise en place d'une cellule de conformité représente un coût qu'il faudra supporter voire rentabiliser, soit ils considèrent qu'il s'agit pour eux d'un investissement leur offrant l'opportunité d'améliorer leurs performances économiques mais aussi juridiques (Section 2).

## ***Section 1. Instauration d'une culture de conformité dans l'établissement financier***

---

Une fois de plus, et ici plus spécifiquement en matière d'établissements financiers, la morale et le droit se sont finalement unis, usant de règles qualifiées « *d'hybrides* » marquant nettement l'évolution de l'environnement juridique et offrant au droit une conception dynamique et systémique<sup>506</sup>. Le droit impératif s'efface un peu plus derrière le droit incitatif<sup>507</sup>. Le droit de la contrainte laisse place à un droit recommandatoire et déclaratif, voire même prospectif<sup>508</sup>.

La régulation a désormais fait place à l'autorégulation et la contrainte étatique ne suffit plus à réguler les comportements<sup>509</sup>. Ainsi, la gouvernance d'entreprise trouve toute sa place dans ce processus d'autorégulation en ce qu'elle va mettre en œuvre des outils spécifiques lui permettant de s'auto-contraindre à des règles éthiques. Pour ce faire, les codes de conduite privés déjà évoqués semblent être l'outil principal de cette autorégulation, la fonction conformité s'assurant en amont de diffuser une culture éthique afin de garantir l'efficacité de ces normes. L'autre type de code privé permettant cette autorégulation est un code applicable à l'entreprise mais qui trouve son essence dans les organisations syndicales professionnelles. Le régulateur ayant un pouvoir de contrôle sur ce type de code, peut-on dès lors réellement considérer qu'il s'agit d'un mode d'autorégulation ou alors ne s'agit-il pas d'une méthode pragmatique de régulation ? Les principes de gouvernance d'entreprise trouvent à s'appliquer en vertu du code AFEP-MEDEF, applicables aux sociétés qui ont décidé d'y adhérer. Bon

---

<sup>506</sup> M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel et l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, 361 s., spéc. n° 11.

<sup>507</sup> C. THIBIERGE, « Sources du droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit*, *Daloz*, 2006, p. 519 et s., spéc. p. 527 ; LIBCHABER R., « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD Civ.*, 1999, 242 et s., spéc. p. 244.

<sup>508</sup> P. CHAPAL, « Recherche sur la notion de régime des actes juridiques à caractère « prospectif » », *AJDA*, 1968, 323 et s.

<sup>509</sup> P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de P. le TOURNEAU*, *Daloz*, 2008, p. 337, spéc. p. 351.

nombre d'entreprises du secteur bancaire usent de ce code car c'est celui qui possède le plus d'influence et de renommée sur les marchés financiers. Ainsi, au plan fonctionnel, des règles spécifiques de gouvernance d'entreprises trouvent à s'appliquer aux établissements financiers, leur objectif étant d'instaurer une véritable culture de conformité (Paragraphe 1). Afin de faire respecter cette approche fonctionnelle, une règle substantielle spécifique a été élaborée par les autorités : le « *comply or explain* » (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Application fonctionnelle : les règles de gouvernance spécifiques aux établissements financiers**

La gouvernance d'entreprise est devenue un outil majeur des entreprises, aussi bien d'un point interne que d'un point de vue externe à l'entreprise. Bien que la quasi-totalité des établissements financiers exerce sous la forme de sociétés anonymes monistes ou dualistes, des spécificités leur sont applicables en raison de leur qualité systémique (A).

Développé en Grande-Bretagne, apparu en France par la loi du 3 juillet 2008, codifié à l'article L. 225-37 al. 7, le principe de « *comply or explain* »<sup>510</sup> n'en finit pas de remettre en question les canons classiques de l'économie capitaliste et du droit. Mais la nature de cette obligation rattachée à une *soft law* toujours plus contraignante revêt une nature particulière et des sanctions juridiques quasi inexistantes (B).

---

<sup>510</sup> V. MAGNIER, « La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe, in La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social », *L.G.D.J.*, 2010, p. 249.

## A. Instauration d'une culture d'entreprise

**258. Typologie des codes.** Comme nous avons pu l'observer précédemment, l'ensemble des sociétés émettant leurs titres au public sur des marchés financiers est soumis à un code éthique. Pour les entreprises cotées au CAC 40, il s'agit du code AFEP-MEDEF. Pour les entreprises de taille intermédiaire, c'est le code MIDDLENEXT qui trouve à s'appliquer.

**259. Contenu des codes de gouvernance.** Le mode de création de ces codes est plutôt original du point de vue juridique. Tout d'abord, il faut préciser le cadre dans lequel s'inscrit l'analyse suivante. L'entreprise, comme cela a déjà été évoqué, est le siège de ce que la doctrine a pour coutume de dénommer l'autorégulation. Ces codes, réalisés sur la base de trois rapports principaux et de recommandations substantielles importantes en ce qui concerne le code AFEP-MEDEF, font l'objet d'un double mandat.

D'une part, les pouvoirs publics ont donné mandat aux codes de gouvernance d'exercer comme mode de régulation dans l'entreprise. Ce mandat, déjà évoqué dans la directive 2006/46/CE, fut repris aux articles L. 225-37 et L. 225-68 du code de commerce.

D'autre part, un « *mandat est donné au régulateur d'agir comme observateur des pratiques de gouvernance* »<sup>511</sup>. De façon plus pragmatique, l'AMF, qui est l'autorité de régulation du secteur financier, doit établir un rapport annuel sur les pratiques de gouvernance. Ces rapports exercent un contrôle social indirect car les entreprises qui ne respectent pas les standards posés prendront alors le risque d'être stigmatisés. C'est en quelque sorte la pratique du « *name and shame* » qui trouverait à s'appliquer. Les sanctions de ces pratiques ne sont pas juridiques mais bien économiques.

---

<sup>511</sup> A. COURET, *op. cit.*, p. 48.

**260. Phénomène de code shopping.** La multiplicité de codes applicables par les entreprises crée une situation que l'on pourrait, par analogie au *law shopping*, qualifier de *code shopping*. Il est possible de se référer aux recommandations d'autres organismes tels que l'IFA ou même à celles de l'AFGF. Qui plus est, des éléments d'extranéité sont susceptibles d'apparaître : les autres Etats membres de l'Union possèdent également des codes privés auxquels se réfèrent les entreprises ayant leur siège social dans l'Etat en question. L'AMF a réalisé une étude comparative sur les codes de gouvernement d'entreprise appliqués dans les pays de l'Union européenne. Cette étude vise à comparer l'application de ces codes dans dix pays européens, l'analyse portant sur leur mode de création à leur effectivité ainsi que sur leur valeur contraignante<sup>512</sup>. Il en ressort une absence d'homogénéisation parfaite de tous ces corpus de textes malgré les références systématiques aux mêmes thématiques générales.

A l'instar de l'Union Européenne, il est intéressant de voir si une *soft law* d'entreprise à échelle internationale ne saurait s'établir. La volonté d'universaliser le libéralisme économique, accru dans les années 1980 et 1990, a permis à quelques théoriciens de développer un modèle particulier de gouvernance. Selon eux, la gouvernance serait à terme absorbée par le marché et cela s'expliquerait par le fait que les modèles convergent vers une vision uniquement tournée vers les actionnaires<sup>513</sup>.

## **B. La pratique acceptée du « name and shame »**

**261. Droit spontané et sanctions indirectes.** Le code de gouvernement d'entreprise tirant sa source de la *soft law*, aucune sanction purement juridique ne peut être invoquée. L'AMF doit donc user d'autres pratiques afin de faire respecter le code de gouvernance AFEP-MEDEF par les acteurs de marché. La seule sanction applicable était la sanction du marché lui-même, c'est-à-dire une sanction économique. Les investisseurs constatant le manque d'entrain et de motivation d'une entreprise à

---

<sup>512</sup> AMF, Etude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens, 30 mars 2016.

<sup>513</sup> Ce que les anglo-saxons nomment « *shareholders oriented* ».



répondre aux attentes du code de référence, ils auront alors une attitude plus méfiante vis-à-vis d'elle. La solution trouvée est une nouvelle fois issue du droit anglo-saxon : il s'agit du « *name and shame* ». Cette expression pourrait se traduire par « *nommer et porter atteinte* ». L'idée est ici de porter atteinte à la réputation de l'entreprise et le concept fut validé dès 2012 par l'autorité de régulation des marchés financiers<sup>514</sup>.

**262. Des sanctions diversifiées.** Néanmoins, indépendamment de la sanction économique issue du marché, une sanction juridique peut être appliquée. En effet, rappelons que l'entreprise doit se conformer aux textes de loi issus de la *hard law* mais aussi aux normes privées issues de la *soft law*. A défaut, l'entreprise subira une sanction disciplinaire et financière pour non-respect des obligations de conformité<sup>515</sup>. En réalité, ce mécanisme fonctionne sur le principe de « la désignation au marché »<sup>516</sup>, c'est-à-dire que l'AMF va désigner, de façon nominative dans son rapport annuel, les points de non-conformité que les entreprises ne respectent pas. Un effet dissuasif s'élabore alors de façon automatique puisqu'un risque de réputation est directement lié à une déclaration publique par l'AMF de l'irrespect des règles de marché auxquelles les entreprises doivent se conformer. `

L'AMF, l'autorité de régulation financière, a mis en évidence sa volonté d'user de plus en plus d'instruments de *soft law* afin de diffuser ses principes directeurs. Pour ce faire, elles peuvent émettre des positions, des recommandations, des lignes directrices, des guides pratiques issus de leur doctrine respective. En matière de supervision bancaire, l'ACPR ne dispose pas du même périmètre de liberté que l'AMF en termes de production normative. Depuis la publication d'un document portant sur la « *Politique de transparence de l'autorité de contrôle prudentielle* »<sup>517</sup>, l'AMF peut tout de même affirmer son désir d'évoluer avec la création de nouveaux instruments

---

<sup>514</sup> Rapport AMF 2012, références à retrouver.

<sup>515</sup> V. MAGNIER, « Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité », *JCP E*, 2010, n° 1234.

<sup>516</sup> V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise », *LPA*, 10 oct. 2016, p. 28.

<sup>517</sup> ACP, 7 juillet 2011.

juridiques à sa disposition. Elle peut également approuver les bonnes pratiques et les codes de bonne conduite de syndicats en particulier.

**263. Régulation des pratiques par l'AMF.** L'AMF a également publié un document similaire relatant les principes directeurs qu'elle entend faire respecter par les acteurs de marché. Les « *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers* » sont de décembre 2010<sup>518</sup>. Ces deux documents ont pour finalité de hiérarchiser les nouveaux instruments de diffusion des informations relatives au fonctionnement et aux attentes des autorités de régulation et de supervision.

L'intérêt de la création normative au niveau des autorités de régulation et de supervision tient dans la flexibilité et l'adaptabilité du processus de production normative et de contenu normatif. Lorsqu'une position ou une recommandation fait défaut, les modifications à réaliser afin de l'optimiser sont efficaces et rapides. Dès lors, il est possible de concevoir des « *prototypes normatifs* » destinés à fluidifier le droit bancaire et financier<sup>519</sup>.

**264. Pratique mentionnée comme peine complémentaire.** En matière pénale, la technique du « *name and shame* » est pratiquée à titre de peine complémentaire par l'article 131-10 du code pénal<sup>520</sup> et répond tout à fait aux exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ainsi que l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme<sup>521</sup>. La publicité des décisions de justice offre un caractère afflictif complémentaire à la simple peine d'emprisonnement ou d'amende puisqu'elle atteint l'honneur et la réputation de la personne condamnée<sup>522</sup>. Cette pratique figure notamment en droit du travail pour inciter à la

---

<sup>518</sup> AMF, Décembre 2010.

<sup>519</sup> H. SYNVEY, « La *soft law* en matière bancaire et financière », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 1, Janvier 2012, dossier 8.

<sup>520</sup> Repris à l'article 131-11 al. 1<sup>er</sup> du code pénal à titre de peine complémentaire. L'article 131-39-9° le prévoit pour les personnes morales.

<sup>521</sup> Les articles 451 du code de procédure civile et 306 du code de procédure pénale encadrent cette publicité en droit interne.

<sup>522</sup> V.-O. DERVIEUX, « "Name and Shame" : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? », *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> Mars 2016, n° 9, p. 29.

dénonciation d'utilisation par une entreprise de travailleurs dissimulés, les entreprises condamnées pouvant être listées sur le site du Ministère du Travail après avis de la CNIL<sup>523</sup>.

**265. Une sanction avant tout réputationnelle.** Dépourvu de caractère sanctionnateur propre, complément de peines déjà existantes, le « *name and shame* » semble constituer avant tout une sanction aux effets extra-juridiques. Le caractère afflictif de cette peine complémentaire repose sur la diffusion médiatique qui en sera consécutive<sup>524</sup>. Comportant avant tout une obligation de dire et non de faire, les sanctions juridiques applicables en cas d'absence de reporting efficient sont relativement théoriques<sup>525</sup>.

## **Paragraphe 2. Application substantielle : la règle appliquer ou s'expliquer**

D'après la règle de « *comply or explain* »<sup>526</sup>, deux options s'offrent aux destinataires de la règle. Ils ont la possibilité de ne pas appliquer un code qui leur serait imposé, mais à condition de pouvoir s'en justifier (A). L'autre option à la disposition des destinataires est de choisir le code de gouvernance qu'ils souhaitent se voir appliquer (B).

---

<sup>523</sup> M.-C. AMAUGER-LATTES, S. LEPLAIDEUR, « La fraude sociale confrontée au droit pénal : l'exemple du travail dissimulé », *RLDA supplém.*, n° 105, et juin 2015.

<sup>524</sup> N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, avr.-juin 2017, p. 473.

<sup>525</sup> I. PARACHKEVOVA, « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », *Bull. Joly Sociétés*, 1<sup>er</sup> oct. 2017, n° 10, p. 585.

<sup>526</sup> Traduit en français par « appliquer ou s'expliquer ».

## A. Le choix de déroger à un système normatif imposé

**266. Définition.** Comme déjà abordée précédemment, la règle de « *comply or explain* »<sup>527</sup>, « appliquer ou expliquer » est l'exemple même d'une règle hybride dans sa texture<sup>528</sup>. Cette règle correspond parfaitement à la vision du droit mou de Monsieur THIBIERGE, c'est-à-dire un droit à la fois flou, mou et doux<sup>529</sup>, peu vigoureux, notamment en matière de sanction. Le problème principal de la *soft law* réside en ce qu'elle a été conceptualisée en tant qu'outil de droit pragmatique mais tout en évacuant la notion de sanction pouvant s'y attacher. De plus, sous couvert de régulation, elle est bien souvent absorbée, à fin de perfectionnement, par la *hard law*<sup>530</sup>. Le terme de « *comply* » exprime l'idée de contrainte alors que le terme « *explain* » offre une certaine liberté.

**267. Effectivité de la règle de *comply or explain*.** Fondamentalement, la loi de transposition du 3 juillet 2008, dans l'esprit de la directive européenne, offre une option aux sociétés cotées en termes de gouvernance d'entreprise. Dans un premier temps, elles peuvent se référer à un « *code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations* »<sup>531</sup>, pour reprendre les dispositions de la loi. Ensuite, toujours dans ce même cas, le rapport du président doit préciser « *les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été* »<sup>532</sup>. Malgré cette interaction forte entre les organismes privés et les pouvoirs publics en matière de création de norme<sup>533</sup>,

---

<sup>527</sup> J.-B. POULLE, *Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise. Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, L'Harmattan, coll. Entreprises et management, 2011.

<sup>528</sup> M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple, Journées nationales, Boulogne-sur-Mer*, Association Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, t. XIII, p. 1-2.

<sup>529</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple ? Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, 599 et s., spéc. p. 610 ; C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », in *Archives Phil. dr., L'obligation*, 2008, n° 51, p. 251 s., spéc. p. 263 s.

<sup>530</sup> A. COURET, « Gouvernance et confiance : les conditions d'une fusion vertueuse », in Hayat M. et Reygobellet A., *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et européens en hommage à Y. Chaput*, op. cit., p. 43.

<sup>531</sup> Article L. 225-37 alinéa 7 du Code de commerce.

<sup>532</sup> Article L. 225-37 du Code de commerce.

<sup>533</sup> M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2009, p. 1.

ces derniers aident directement le droit souple à acquérir une force normative<sup>534</sup>, voire coercitive<sup>535</sup>. Comme nous l'avons évoqué précédemment, c'est en France le code AFEP-MEDEF qui se veut être le code de gouvernement de référence pour les sociétés cotées. Le fort engouement de ces sociétés à se conformer à ce code AFEP-MEDEF ainsi que sa légitimation légale lui confère une partie de son effectivité<sup>536</sup>. Cependant, la terminologie utilisée peut sembler fautive sur son application ou pour le moins incomplète<sup>537</sup>. Dans sa première acception, cette règle impose de choisir ou non d'adhérer à un code de gouvernement d'entreprise puis de justifier son absence d'adhésion. Dans sa seconde acception, l'entreprise a fait le choix d'adhérer à un code de gouvernement d'entreprise mais décide de ne pas en appliquer tous les termes, c'est-à-dire qu'elle décide de se limiter à n'appliquer que certaines recommandations<sup>538</sup>. Ainsi, la formule « *appliquer ou expliquer* » ne paraît pas suffisamment précise pour décrire le raisonnement qui en est attendu.

**268. Création d'une forme d'autorégulation collaborative.** De plus, si l'entreprise décide de ne pas se référer à un tel code de gouvernance, elle doit donner et expliquer les raisons de son choix et fournir les éléments normatifs complémentaires à la loi. Cette directive européenne offre la possibilité aux Etats de fixer ou non un code de gouvernement d'entreprise uniforme et applicable pour toutes et par toutes les entreprises. Des pays membres de l'Union Européenne ont créé un corpus unique de règles de gouvernance comme par exemple l'Allemagne<sup>539</sup>, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, le Luxembourg, la Suède, l'Espagne ou encore l'Italie<sup>540</sup>. A l'inverse, le

---

<sup>534</sup> J.-M. MOULIN, « La force normative du code AFEP-MEDEF », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. GERMAIN*, éd. L.G.D.J., 2015. p. 601.

<sup>535</sup> B. FAGES, « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *Bull. Joly Sociétés*, avril 2009, p. 428 et s.

<sup>536</sup> J.-M. MOULIN, « La force normative du code AFEP-MEDEF », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. GERMAIN*, *op. cit.*, p. 602.

<sup>537</sup> V. MAGNIER, « La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe », in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, L.G.D.J., 2010, p. 249 ; A. PIETRACOSTA et J.-B. POULLE, « Le principe « appliquer ou expliquer » », *RTD fin.*, 2009-4, p. 19.

<sup>538</sup> Ce que les anglo-saxons dénomment le « *Rules picking* ».

<sup>539</sup> M. LUTTER, « Le Code de bonne conduite allemand du gouvernement d'entreprise : une introduction », *Rev. sociétés*, 2002, p. 667.

<sup>540</sup> Voir l'étude complète de l'AMF, *Etude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, 30 mars 2016.

législateur français n'a imposé aucun code, laissant une grande liberté aux organisations professionnelles d'organiser ces règles. Le code AFEP-MEDEF n'est donc pas la seule référence existante en matière de gouvernement d'entreprise en France. Également, ni le législateur, ni le régulateur ne sont intervenus dans le processus d'élaboration du code de gouvernance destiné aux sociétés cotées mais bien des organisations syndicales, ce qui peut paraître d'autant plus surprenant. Cette méthode est défendue par certains auteurs issus de la pratique puisqu'elle permettrait une adaptation régulière tenant compte de l'évolution des marchés et du comportement et des attentes des investisseurs<sup>541</sup>. Ce processus offre aux émetteurs une perpétuelle mise à jour des attentes des investisseurs et ils disposent par ailleurs d'un standard actualisé de façon pragmatique. Pour actualiser ce code de gouvernement d'entreprise, l'AFEP et le MEDEF ont publié en ligne un projet de code modifié le 24 novembre 2016. Les acteurs de marché étaient invités à proposer des modifications, qui furent ou non retenues dans le rapport final réalisé par un universitaire<sup>542</sup>. Ce procédé permettrait, au même titre que les travaux parlementaires, de mieux comprendre la *ratio legis* de lois qui n'en sont pas. Cette actualisation a le mérite de limiter les points d'accroche entre le droit dur et le droit mou puisque les éléments qui faisaient doublons avec la loi ont été supprimés. De plus, les recommandations sont mieux rédigées en ce sens qu'elles ont un style plus législatif tout en conservant une technicité plus abordable pour un public non initié au droit<sup>543</sup>. Dès lors, ce type de procédé laisse à penser que les entreprises fonctionneraient sur un mode d'autorégulation collaborative, sorte « *d'ubérisation* » moderne de la régulation. Une normativité d'adhésion s'est donc développée en raison de cette création collaborative de norme et de plus en plus de membres des sociétés cotées adhèrent à un code de gouvernement, que ce soit le code AFEP-MEDEF pour les grosses sociétés, ou bien même le code

---

<sup>541</sup> C. CARDON et Q. DURAND, « Révision du code AFEP-MEDEF : clarification et précisions des recommandations sur la gouvernance et sur la rémunération des dirigeants », *Bull. Joly Bourse*, 31 déc. 2016, n° 12, p. 531.

<sup>542</sup> B. FAGES., « Synthèse des réponses à la consultation publique du 24 mai 2016 relative à la révision du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », 24 nov. 2016, [http://www.afep.com/uploads/medias/documents/Rapport%20Final%20Bertrand%20Fages\\_Novembre%202016.pdf](http://www.afep.com/uploads/medias/documents/Rapport%20Final%20Bertrand%20Fages_Novembre%202016.pdf).

<sup>543</sup> C. CARDON et Q. DURAND, « Révision du code AFEP-MEDEF : clarification et précisions des recommandations sur la gouvernance et sur la rémunération des dirigeants », *op. cit.*, p. 533.

Middlenext pour les sociétés moins importantes. Par exemple en 2012, la quasi-totalité des sociétés du CAC 40 avaient adopté le code AFEP-MEDEF, tandis que 88% des sociétés de l'indice SBF 120 avaient penché en faveur du code Middlenext. Mais est-ce que cette adhésion est réellement issue d'une démarche volontaire ou bien est-elle issue d'une contrainte externe dont le fait générateur serait la loi du marché ? M. Moulin estime que peu importe que l'on se situe dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'adhésion à la norme en renforce son effectivité<sup>544</sup>.

**269. Conséquences en matière de groupe d'entreprises.** En matière de groupe d'entreprises, « *les impacts financiers, réputationnels ou commerciaux pour l'ensemble d'un groupe en raison d'un manquement d'une entité du groupe, constituent des facteurs de risques qui incitent les groupes à renforcer le contrôle, mais également la gouvernance de leurs entités* »<sup>545</sup>, ce qui donne naissance au concept de gouvernance de groupe. Bien que dépourvu de personnalité juridique, le groupe connaît cependant une responsabilisation toujours plus forte. Il ne fait aucun doute que le « *Turnbull Guidance* » britannique<sup>546</sup> fut un précurseur en matière de code de gouvernement. Dès lors, ce qui est observable est l'externalisation de la régulation<sup>547</sup>. Des syndicats professionnels s'arrogent le pouvoir de créer des normes ayant possiblement un effet *erga omnes*, encadré par l'Etat de façon assez large. De fait, l'autorégulation, par la gouvernance d'entreprise et la mise en œuvre de corpus de règles privées, devient un système d'érection des valeurs éthiques au cœur de l'entreprise. Dès lors, un changement de vision de la norme légale et réglementaire s'effectue : les entreprises basculent d'un système positif d'application des normes à un système plus négatif de justification des normes qui n'ont pas été appliquées.

---

<sup>544</sup> J.-M. MOULIN, « La force normative du code AFEP-MEDEF », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. GERMAIN*, éd. L.G.D.J., 2015. p. 604.

<sup>545</sup> J.-P. ROULET, « Du gouvernement d'entreprise de sociétés cotées à la gouvernance de groupe », *Cah. dr. entr.*, n° 2, Mars 2016, dossier 15.

<sup>546</sup> Ce guide a été réalisé par l'ICAEW (l'Institut des Experts Comptables d'Angleterre et du Pays de Galle) en 1999 et fût actualisé par le FRC (Financial Reporting Council).

<sup>547</sup> A. BERNARD, « Le marché autorégulé, « une idée folle » ? », *D.*, 2009, p.2289.

## **B. Le choix d'appliquer des systèmes normatifs diversifiés**

**270. *Thèmes et commandements visés par les codes AFEP-MEDEF.*** Depuis sa légitimation légale, le code de gouvernement d'entreprise émet plus des commandements que des recommandations. Les thématiques sont variées et visent des problématiques aussi diverses que la rémunération des dirigeants ou encore le respect du principe de parité Homme-Femme dans les conseils d'administration. Mais comme le rappelle le Professeur Alain COURET, « *comply or explain* » est toutefois un impératif relatif en raison de la liberté qui est offerte aux acteurs de choisir la norme objet de conformité »<sup>548</sup>. De plus, l'acteur est libre de créer son propre système de norme tendant à compléter la loi. L'entreprise serait en quelque sorte auteur et récepteur de la norme. En pratique, il est mieux perçu de suivre les standards fixés par les organismes représentatifs des entreprises. Le code AFEP-MEDEF est historiquement le premier code de gouvernement d'ampleur sur lequel se basent les grandes entreprises. Seulement, une réforme est intervenue sur le code Middlednext en 2016, cette dernière lui ayant conféré une vocation universelle<sup>549</sup>. Dès lors, l'élargissement de son périmètre d'application lui offre la possibilité de concurrencer le code AFEP-MEDEF puisqu'elle concerne désormais les sociétés cotées à « *actionnariat contrôlé* » quelle que soit leur taille ainsi que les PME à « *actionnariat non contrôlé* »<sup>550</sup>. De plus, au fil du temps et des pratiques, le code AFEP-MEDEF a dévoilé un ancrage plus profond sur la fonction de *comply* alors que le code Middlednext se focalise davantage sur le terme de *explain*. Aussi, l'article L. 225-37 du code de commerce alinéa 7 énonce un des principes de référence de la gouvernance d'entreprise<sup>551</sup> : la règle de « *comply or explain* », que l'on peut traduire par

---

<sup>548</sup> A. COURET, « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *Bull. Joly sociétés*, Mars 2017, p. 203.

<sup>549</sup> P. PORTIER, « *Le Code Middlednext s'universalise* », *Bull. Joly sociétés*, nov. 2016, n° 115 t3, p. 634.

<sup>550</sup> « *Réforme du code de gouvernement d'entreprise Middlednext* », BRDA 18/16, inf. 19.

<sup>551</sup> « *Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise* ».



« *appliquer ou s'expliquer* ». Des auteurs ont pointé les limites de ce principe, évoquant notamment l'absence de sanction juridique véritable et un manque de qualité de l'information communiquée<sup>552</sup>. Mais cela constitue-t-il une réponse viable à la crise financière<sup>553</sup> ?

**271. Une justification motivée à fournir en cas d'absence de conformité.** Par conséquent, bien que son fonctionnement soit toujours incitatif et que les sanctions juridiques demeurent inexistantes, le code historique de gouvernement de référence des sociétés cotées est rigoureux en ce qui concerne les explications à fournir. En effet, l'article 27-1 du code AFEP-MEDEF énonce le type d'explications que doit fournir l'entreprise lorsqu'elle décide de ne pas appliquer une recommandation prescrite : elle doit revêtir entre autres un caractère « *compréhensible, pertinent et circonstancié* »<sup>554</sup>. Cette rigueur est en réalité imposée en amont par le régulateur puisque l'AMF, dès 2012<sup>555</sup>, interprétait le principe de *comply or explain* comme tel : si une entreprise décide de ne pas appliquer des recommandations du code, en plus des explications précises précédemment évoquées, elle doit donner des éléments lui permettant d'atteindre par d'autres moyens la finalité de ces recommandations non appliquées. A défaut, la société devra expliciter une démarche de mise en conformité aux dispositions du code de référence, ce qui traduit une fois de plus l'idée que ces recommandations devraient plutôt être requalifiées en commandements<sup>556</sup>. La conformité au standard de gouvernance devient la norme, les comportements dérogatoires devant être justifiés en fonction de ce que la norme impose. Cette *soft law* d'apparence se mue en *hard law* de circonstance.

Le code Middlenext, dans sa volonté d'universalisation, use de la même mouvance d'autorégulation collaborative que celle du code AFEP-MEDEF. Les acteurs

---

<sup>552</sup> B. LECOURT, « Le gouvernement d'entreprise dans les banques : lorsque le droit des sociétés doit s'adapter au droit bancaire (transposition de la directive « CD IV ») », *op. cit.*, p. 335.

<sup>553</sup> P. BURBIDGE, « Les règles de gouvernance des sociétés cotées à la Bourse, une réponse à la crise financière ? Quelques développements récents », *in* Regards français et européens en hommage à Y. CHAPUT, *Lexisnexis*, coll. « Le droit des affaires », 2014, p. 21

<sup>554</sup> Article 25-1 du Code AFEP-MEDEF, disponible à cette adresse : [https://www.afep.com/wp-content/uploads/2018/06/Code-Afep\\_Medef-révision-du-20-juin\\_VF.pdf](https://www.afep.com/wp-content/uploads/2018/06/Code-Afep_Medef-révision-du-20-juin_VF.pdf)

<sup>555</sup> Rapport AMF de 2012.

<sup>556</sup> V. LASSERRE, « Le nouvel ordre juridique », *in* *Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p.297.

économiques sont invités à participer à la réalisation du code, à son actualisation. Cela offre à ce code une souplesse et une adaptabilité certaine, le pragmatisme étant de mise. Cela permet surtout aux entreprises de créer une culture d'entreprise et une responsabilisation plus forte qui lui permettra de renvoyer une opinion positive sur le marché<sup>557</sup>.

**272. Absence de choix de code de gouvernance en France.** Toujours dans cette optique de libéralisation, ce principe de *comply or explain* offre la possibilité pour la société de choisir le code de gouvernement auquel elle voudra être soumise. En d'autres termes, elle a désormais l'opportunité de choisir la norme à laquelle elle décidera de se soumettre et pourra choisir quelles normes elle désire appliquer. En outre, elle aura également la possibilité de ne pas choisir de code. Comme nous l'avons vu précédemment, d'autres pays membres de l'UE, n'offrent aucune possibilité de choix à ses entreprises cotées, notamment en Suède, au Luxembourg et au Royaume-Uni. Un code unique existe et il n'est pas possible d'y déroger. En France, une liberté est laissée aux sociétés cotées de choisir son code de gouvernement. Par exemple, Airbus Group se réfère au « *Dutch Corporate Governance Code* » ou encore Nokia au « *Finnish Corporate Governance Code* ». En pratique, le contenu de ces codes est quasiment identique, ce qui rapproche le code AFEP-MEDEF de ses homologues étrangers. De plus, d'autres codes pourvus de recommandations ont été réalisés tels que le code de gouvernement d'entreprise de l'AFG ou bien encore le code ADAE à destination des entreprises de taille moyenne<sup>558</sup>. Par conséquent, un codex shopping se met en place<sup>559</sup>, ce qui favorise une concurrence des normes privées applicable au niveau de l'entreprise. Cela peut avoir un effet néfaste sur la concurrence entre entreprises lorsque certaines entreprises bénéficieraient d'un traitement juridique plus favorable que d'autres. Toutefois, cette affirmation pourrait être nuancée par la similitude de contenu entre les différents codes de gouvernement d'entreprise ainsi

---

<sup>557</sup> Recomm. n° 2014/208/UE de la Commission, 9 avr. 2014, sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise.

<sup>558</sup> P. LE CANNU, « Le code ADAE relatif à la gouvernance des entreprises moyennes françaises », *Bull. Joly sociétés*, févr., 2016, n° 114, p. 118.

<sup>559</sup> A. COURET, « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *Bull. Joly sociétés*, Mars 2017, p. 206.

que par l'intelligence d'investisseurs présents sur le marché, bien assez initiés pour appréhender la politique de gouvernance d'une société cotée. *In fine*, le marché sanctionne les mauvais élèves.

**273. Développement de l'activisme actionnarial et des agences en conseil de vote.** En matière d'établissements financiers, les banques françaises choisissent en général de suivre le code AFEP-MEDEF en ce qui concerne la gouvernance. En revanche, le gouvernement d'entreprise a également permis l'essor, comme aux Etats-Unis depuis une vingtaine d'années, de l'activisme actionnarial<sup>560</sup>.

Du fait de la multiplication des investisseurs institutionnels dans le capital des grandes entreprises cotées sur les marchés réglementés, le rôle des *proxy advisors* devient de moins en moins négligeable<sup>561</sup>. Le terme de « *proxy advisors* » correspond en français à « agence de vote ». Il s'agit d'un organisme qui a pour objet de voter en lieu et place d'une société de gestion ou plus généralement, d'un organisme financier qui serait actionnaire d'un émetteur. Leur importance s'explique de la façon suivante : les OPCVM sont composés de titres financiers dont font partie les valeurs mobilières. Dès lors qu'un OPCVM a investi une part de son actif en action chez un émetteur, il acquiert la qualité d'actionnaire. Les sociétés de gestion se doivent désormais de participer aux assemblées générales puisque l'article 314-100 du règlement général de l'AMF les y oblige. La seule exception possible pour la société de gestion de s'abstenir de voter est de justifier qu'elle ne possède qu'une infime partie du capital social ou lorsqu'un conflit d'intérêts émerge<sup>562</sup>. Souvent, ces sociétés vont prévoir les raisons d'abstention dans un document intitulé « *Politique de vote* »<sup>563</sup>. L'AMF est venue apporter des précisions concernant ces politiques de vote<sup>564</sup> et a pu constater un manque d'homogénéité de ce type de document dans les différentes sociétés de

---

<sup>560</sup> O. VILMORIN et A. BERDOU, « Vade-mecum de l'actionnaire activiste », *Bull. Joly Bourse*, janv. 2016, n° 1, p. 16.

<sup>561</sup> A. OMAGGIO, « Faut-il encadrer l'activité des agences de conseil en vote (proxy advisors) ? », *JCP E*, 2009, 2065.

<sup>562</sup> F. BUSSIERE, « Chronique de gestion collective », *Banque et droit*, 2003, p. 91.

<sup>563</sup> I. RIASSETTO, OPCVM, *Lamy droit du financement*, Wolters Kluwer, éd 2016, p. 1243, spéc. 2113.

<sup>564</sup> M. STORK, « L'AMF apporte des précisions sur les conditions d'application relative à l'exercice des droits de vote par les sociétés de gestion », *RTD Com.*, 2005, p. 558 ; A. GAUVIN, « OPCVM, Exercice des droits de vote par les sociétés de gestion », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2005, p. 194.

gestion<sup>565</sup>. Également, la multiplication de participations des investisseurs institutionnels dans les sociétés transnationales ne leur permet pas de respecter cette obligation de vote. N'ayant pas le temps ni l'organisation nécessaire pour analyser chaque projet de résolution, souvent technique, des entreprises dans lesquelles ces investisseurs institutionnels possèdent leurs participations, ils décident de se tourner vers les agences de conseil de vote. A priori, ces agences de vote analysent tous ces rapports d'assemblée au regard des politiques de vote interne et externe.

**274. Influence des agences en conseil de vote.** Le nombre d'agences de conseil de vote regroupant une grande part de la clientèle est assez restreint. Les principales sont Proxinvest, ISS et Glass Lewis<sup>566</sup>. Le problème de ces agences est qu'elles créent leur propre doctrine, leur propre interprétation de la loi et peuvent par conséquent influencer sur le contenu et le sens des recommandations à adopter. L'AMF a déjà mis en garde les marchés à propos de l'influence des proxys pouvant, *in fine*, s'avérer néfastes<sup>567</sup>. Les pratiques de ces agences sont désormais un peu plus encadrées mais leur influence ne diminue pas et devrait même plutôt s'accroître tant la gouvernance d'entreprise est la source actuelle de recommandations essentielles pour les sociétés<sup>568</sup>. La transparence sur les stratégies et les méthodes de vote des agences devrait donner un meilleur aperçu des politiques financières et extra-financières des émetteurs. Elles influenceraient 15 à 20 % des votes et elles exercent un pouvoir de fait dans des sociétés dont elles ne sont pas associées, présentant même des projets de résolution informelle et standardisée aux sociétés émettrices. Cette dérive « *déshumanise* » la gouvernance d'entreprise et conduit à adopter des résolutions peu adaptées à la société cible<sup>569</sup>. C'est pourquoi des critiques sur ces pratiques émergent des spécialistes de

---

<sup>565</sup> Rev. AMF 2007, n° 34, p. 59.

<sup>566</sup> ESMA, « An overview of the proxy advisory industry. Consideration on Possible Policy Options » publié le 22 mars 2012.

<sup>567</sup> Recommandation AMF n° 2011-06 sur les agences de conseils de vote, 18 mars 2011.

<sup>568</sup> C. MAISON-BLANCHE, « Les agences de conseil en vote : réflexion sur l'encadrement des pratiques », *Bulletin Joly Bourse*, sept. 2013, n° 09.

<sup>569</sup> P.-H. CONAC, « L'amélioration des règles applicables aux conseillers en vote (proxy advisors) », *Rev. soc.*, 2013, p. 404.

droit des sociétés<sup>570</sup>. Les solutions proposées consisteraient à appliquer à ces agences la règle de « *comply or explain* » en se fondant sur un code de bonne conduite<sup>571</sup>.

**275. Absence de sanction formelle prévue.** Ainsi se mêlent libéralité, subjectivité, conformisme et incitation afin de former ces codes de gouvernement d'entreprise. Outil de la *soft law* par nature, la *hard law* s'en est emparée afin d'en améliorer son effectivité. Néanmoins, elle conserve un régime juridique de droit mou en ce qu'aucune sanction juridique n'est prévue en cas d'irrespect de recommandations ou même de l'absence de réponse au principe « *appliquer ou expliquer* ». Cette absence de sanction favorise l'adhésion des acteurs à un code gouvernement d'entreprise, ce qui vient renforcer le caractère négocié de cette normativité. Au même titre que les conventions collectives, les entreprises peuvent négocier avec leurs organisations représentatives, des règles de droit qu'elles se verront appliquer. L'agent économique est à la fois auteur et récepteur du corpus de normes. C'est encore une fois le droit anglo-saxon qui vient s'immiscer dans le droit latin, offrant un nouvel exemple d'inversion de la hiérarchie des normes. Cependant, reprendre les logiques issues du droit comparé ne peut suffire à l'acculturation de la règle de *comply or explain* en droit français<sup>572</sup>, les cultures juridiques des deux pays étant beaucoup trop différentes.

**276. Performance juridique et économique de l'entreprise.** Lorsque l'on évoque la performance de l'entreprise, le premier réflexe est de la rapprocher de la performance économique. Certes, celle-ci est déterminante mais tend à devenir sinon marginale, pour le moins secondaire dans un monde des affaires en constante évolution. Dès lors, les performances économiques et financières de l'entreprise sont devenues insuffisantes à la conquête d'un marché déterminé. Une nouvelle conception de l'entreprise fondée sur les risques donne la faveur à la performance juridique de l'entreprise. En gérant les risques juridiques de manière *ex ante*, l'entreprise minimise le risque de sanction civile, administrative, disciplinaire et pénale. La conformité joue

---

<sup>570</sup> P.-H. CONAC et I. URBAIN-PARLEANI, « L'encadrement de l'activité des agences de conseil en vote (proxy advisors) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur BISSARA*, L'Harmattan, 2013, p. 127.

<sup>571</sup> K. SERGAKIS, « ESMA et agences de conseil en vote : un rapprochement délicat à la recherche d'une transparence volontaire », *Bull. Joly Bourse*, avr. 2013, n° 4, p. 198.

<sup>572</sup> V. MAGNIER, « Le UK Corporate Governance code », *JCP E*, n° 47, 21 nov. 2013, 1642.

alors un rôle fondamental dans cette nouvelle approche, devenant un outil pragmatique de performance juridique de l'entreprise<sup>573</sup>.

---

<sup>573</sup>A. MASSON, « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 5 - Pathologie du droit et performance des entreprises : la stratégie juridique d'eBay en France », *LPA*, 8 déc. 2008, n° 245, p. 3.

## ***Section 2. Efficacité de l'autorégulation des établissements financiers***

---

La théorie du droit est une matière offrant des outils d'analyse globale et transversale des systèmes juridiques. Composée de plusieurs courants allant du positivisme au réalisme juridique, nombreux sont les auteurs qui confrontent leur vision du droit aux réalités existantes, notamment en réalisant des analyses exégétiques ou restrictives des textes. Parmi ces différents courants se situe celui que l'on qualifie comme « *courant d'analyse économique du droit* », né aux Etats-Unis dans les années 1970. Se rattachant au mouvement théorique de l'utilitarisme, il est avant tout tourné vers les thèses conséquentialistes. La démarche scientifique des courants d'analyse économique du droit est particulièrement intéressante lorsqu'elle est appliquée au droit pénal. En ressort notamment un concept sans définition stricte : « *l'efficience* ». Ainsi, l'analyse économique du droit apporte de précieux éléments sur l'utilité de poursuivre pénalement un délinquant, usant de ratios coûts-bénéfices dans le but d'étayer cette théorie (Paragraphe 1).

La conformité entretient d'étroites relations avec le droit pénal et cette relation s'accroît à la lumière de l'analyse économique du droit. L'utilisation efficace des processus de conformité oriente l'entreprise à adopter des comportements vertueux qui limiteront le risque de sanction juridique. C'est en cela que la conformité devient à la fois un outil de performance économique mais également un outil de performance juridique, bien que la mise en œuvre de programmes de conformité engendre un coût financier non négligeable (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1. Analyse économique du droit pénal et du droit de l'entreprise**

La théorie du droit, matière fondamentale de la compréhension du fonctionnement des systèmes juridiques de droit continental et de droit anglo-saxon, a développé plusieurs courants. L'un d'entre eux développe une idée de pragmatisme de la règle de droit et de son application par les magistrats. C'est le courant philosophique du « *réalisme juridique* » par opposition à la vision normativiste du droit. L'analyse économique du droit est par essence issue de l'analyse des concepts juridiques et de leur pratique par des économistes de formation. En d'autres termes, le droit est analysé au regard des conceptions et des théories économiques. Plus connu outre-Atlantique sous l'appellation de « *Law and Economics* », ce courant de pensée connaît des difficultés à s'implanter en droit continental (A). Peu nombreux sont les membres de la doctrine qui s'intéressent à ce courant de pensée ayant des incidences prospectives indéniables, comme peut en témoigner le développement des pratiques des « *legaltech* », se proposant d'anticiper potentiellement des décisions judiciaires. D'application large aux différentes matières juridiques, une analyse économique du droit pénal a su concevoir des éléments de réflexion portant tant à la fois sur le comportement des auteurs d'infractions, de l'efficacité du système judiciaire, de celle des textes d'incrimination mais également sur les peines appliquées (B).

### **A. Etiologie de l'analyse économique du droit**

**277. Théories économiques en présence.** Plusieurs théories économiques forment le socle de réflexion du mouvement d'analyse économique du droit. La théorie des jeux, issue de la théorie de l'équilibre de Nash, évoque tout d'abord les jeux de compétition pure : « *les gains de l'un correspondent symétriquement aux pertes de l'autre (ex : dans la plupart de sports)*. Une autre stratégie porte sur les jeux de coordination : *chacun a un intérêt à s'accorder avec autrui*. Enfin, il existe les jeux mixtes. Il s'agit ici d'un mixte entre les deux dernières stratégies, mêlant coopération et compétition. Les deux parties ont un intérêt à s'accorder mais l'une trouve un avantage à ne pas



*coopérer si l'autre coopère. L'exemple le plus propice aux développements relatifs à la théorie des jeux est représenté par le dilemme du prisonnier* »<sup>574</sup>. Il s'agit de la situation où deux acteurs auraient tout intérêt à coopérer mais, en l'absence de communication possible entre eux, ils sont voués à choisir selon leur propre système de pensée. Le résultat de cette théorie est que chacun choisira de trahir l'autre si le jeu n'est joué qu'une seule fois car celui qui coopère sera fortement pénalisé. Néanmoins, si les deux joueurs se trahissent, le résultat sera moins favorable que s'ils coopèrent tous deux. Mais comme le doute subsiste sur le comportement d'autrui, la trahison est préférée, qu'importe les conséquences.

**278. Historique.** La philosophie est liée avec la théorie et la sociologie du droit. Ces sciences recouvrent parfaitement le fonctionnement des systèmes juridiques. Le mouvement de l'analyse économique du droit consiste à « *s'évader de la démarche dogmatique pour comprendre la pigmentation du droit en sollicitant la sociologie ou l'économie, tel a été l'objectif scientifique des écoles du réalisme américain* »<sup>575</sup>. Avant d'aller plus avant dans la présentation de cette démarche analytique, il convient de donner quelques exemples pratiques de son application quotidienne en matière judiciaire. De façon générale, les magistrats américains usent bien souvent de raisonnements économiques afin de rendre la solution qu'ils jugent la plus efficace. Ils vont étudier une situation litigieuse donnée et déterminer la solution qu'ils jugeront être la meilleure au regard du rapport coût-résultat. Une autre figure de proue de l'analyse économique du droit se matérialise avec le droit du travail. En raison de son lien direct avec l'économie réelle et les politiques économiques et sociales et sa rationalité, le droit du travail est une source privilégiée d'analyse économique<sup>576</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation prend désormais plus en en considération les facteurs et le contexte économique de l'entreprise ou des contrats de travail avant de rendre une décision<sup>577</sup>. Les années 1960 aux Etats-Unis ont vu s'affirmer l'émergence

---

<sup>574</sup> R. SEVE, *Philosophie et théorie du droit*, Cours Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016.

<sup>575</sup> G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Thèse, coll. Droit et Economie, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009.

<sup>576</sup> G. BARGAIN, *Normativité économique et droit du travail*, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2014.

<sup>577</sup> G. CANIVET, « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. social*, 2005, p. 951.

de l'analyse économique du droit avec la création à l'Université de Chicago notamment du « *Journal of Law and Economics* »<sup>578</sup>. Les années 1980 ont parachevé l'acceptation en droit de ce paradigme<sup>579</sup>.

Un concept majeur des sciences économiques est transféré dans le domaine juridique : l'efficacité. Certains auteurs de la *Old Law-and-Economics* ont dès le départ mentionné que la finalité du droit était l'efficacité économique<sup>580</sup>. Néanmoins, aucune définition de ce concept n'a été reçue de façon unanime par la doctrine, ce qui laisse une certaine perplexité quant à son utilisation.

**279. Conceptualisation.** L'un des fondateurs de l'analyse économique du droit est Ronald Coase. Le britannique naturalisé américain fut prix Nobel d'économie en 1991. Son article « *The Problem of Social Cost* »<sup>581</sup> de 1960 est fondateur de l'analyse économique du droit puisqu'il y lie raisonnements juridiques et économiques. Sa théorie fondée sur les coûts de transaction part du postulat que l'optimum entre les parties peut être trouvé en dépit des obligations juridiques.

Mise en exergue par Monsieur Richard Posner et l'école de Chicago, cette forme de théorisation use des conceptions économiques pour appréhender des concepts et des phénomènes juridiques. C'est par sa capacité à apporter des réponses empiriques à propos de l'impact des règles de droit sur les comportements que ce mouvement a pris toute son importance. Il est intéressant d'analyser en quoi des postulats de nature économique offrent un cadre de réflexion sur les normes juridiques, leur effectivité et leur efficacité. Le fondement premier de ce mouvement d'analyse s'inscrit dans la critique d'un autre. Posner défendait la théorie de la maximisation des coûts et expliquait l'utilisation qu'il faisait dans bon nombre de domaines juridiques du critère de rationalité économique. Son expérience professionnelle permet de rapprocher les

---

<sup>578</sup> E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RID éco.*, 1986, p. 43.

<sup>579</sup> E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 9.

<sup>580</sup> A. DIRECTOR, R.H. COASE, in P. Newman (éd.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the law*, t. 1, pp. 262-270.

<sup>581</sup> R.H. COASE, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44 ; « Le problème du coût social », in *Le coût du droit* (Trad. Y.-M. Morissette), PUF, coll. Droit éthique société, 2000.

raisonnements juridiques et économiques afin d'en créer un véritable mouvement de réflexion.

**280. Analyse économique de la norme au plan européen.** Au plan des systèmes juridiques, il ne paraît pas inutile d'appliquer cette approche issue de la théorie du droit. En effet, un schisme se crée dans la façon d'organiser le droit. Il y d'une part, le droit latin, issu de l'empire Romain et dont la base de réflexion se retrouve dans des codes écrits énonçant des normes juridiques. Il y a d'autre part, le droit anglo-saxon, dit *common law*, se fondant quant à lui sur quelques règles écrites mais surtout sur la règle du précédent. Dans ce système, la pratique crée le droit alors qu'en droit romano-germanique, le droit est interprété par la pratique. Ces conceptions pour le moins formellement antagonistes peuvent tout de même être adaptées afin de respecter une efficacité transnationale. Ainsi en est-il de l'exemple du droit de l'Union Européenne qui a su pendant des années imposer des règles applicables dans ces deux systèmes juridiques, usant principalement de directives afin de laisser aux Etats membres une marge d'interprétation pour la mise en œuvre de celle-ci au plan interne. En d'autres termes, la directive n'est que l'application du mécanisme d'acculturation de la norme : l'Etat membre dispose d'une liberté d'interprétation du texte afin que sa mise en œuvre s'accorde aux traditions et aux pratiques internes connues par les acteurs.

**281. Phénomène de concurrence normative.** Néanmoins, en dehors du cadre de l'UE, les entreprises transnationales de par leurs activités et leur implantation juridique internationale, exercent des choix à la fois commerciaux et juridiques. En effet, l'aspect mercantile n'est plus le seul élément pris en considération pour l'implantation d'une entreprise dans un pays. Est surtout auditée désormais l'attractivité fiscale et juridique du pays cible. Au plan fiscal, la logique veut que ce soit l'Etat où le moins de taxe s'applique qui soit privilégié. Ces situations provoquent d'ailleurs quelques difficultés de traitement au sein de l'UE lorsque l'on observe les pratiques fiscales de pays comme l'Irlande ou encore les Pays-Bas et le Luxembourg. Cela est assimilé à du *dumping fiscal* dans certaines situations, pratiques sanctionnées par la commission

européenne dans la plupart des cas<sup>582</sup>. Ces pratiques juridiques concurrentielles sont des facteurs de trouble et d'incertitude pour les entreprises car une différence de taxation et de système juridique d'un Etat à l'autre engendre des coûts de transaction additionnels<sup>583</sup>. Il est à noter que la compétition juridique croît proportionnellement au phénomène de mondialisation. La théorie économique appliquée à cette concurrence juridique ne prend pas véritablement position. Elle retient tout d'abord que la concurrence entre systèmes juridiques assouvit les préférences de chacun et permet de comparer l'efficacité de législations divergentes. Ensuite, elle estime qu'une harmonisation entre Etats rendra le droit plus efficace au cœur de la mondialisation, ce qui empêcherait les comportements opportunistes comme peuvent l'être le *law shopping* et le *forum shopping*<sup>584</sup>. La mise en œuvre de la « *compliance à la française* » est un exemple de concrétisation d'une forme de concurrence normative, notamment avec les outils qui la réalisent. La création de la CJIP<sup>585</sup> vient en concurrencer avec le DPA américain<sup>586</sup>, les éléments de sanctions de la corruption issus de la loi Sapin II sont nés en réaction au FCPA américain et au UKBA britanniques, textes à forte portée extraterritoriale.

**282. Analyse normative de l'économie du droit : l'étude de l'efficience.** Ce phénomène de concurrence normative se développe désormais au sein même du système juridique. En effet, comme nous l'avons évoqué précédemment, l'utilisation des outils de *soft law* par les entreprises de grande taille devenant quasi systématique, un choix scrupuleux de normes privées doit s'effectuer. Différents codes privés suggèrent des règles de fonctionnement formel de la gouvernance d'entreprise. Mais, par la règle de *comply or explain*, le choix du référentiel de normes privées reste facultatif et le choix donné aux entreprises de se référer à n'importe quel code de gouvernance d'entreprise est libre. S'instaure dès lors une concurrence normative entre

---

<sup>582</sup>[http://www.francetvinfo.fr/economie/impots/paradis-fiscaux/dumping-fiscal-en-europe-trois-pays-dans-le-collimateur-des-deputes-francais\\_1116577.html](http://www.francetvinfo.fr/economie/impots/paradis-fiscaux/dumping-fiscal-en-europe-trois-pays-dans-le-collimateur-des-deputes-francais_1116577.html)

<sup>583</sup> B. CRETTEZ, B. DEFFAINS et O. MUSY, « Legal harmonization with endogenous preferences », *International Review of Law and Economics*, Elsevier, 2014, p. 39, 20 et 27.

<sup>584</sup> B. DEFFAINS, « Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un droit efficace ? », *Gaz. Pal.*, 30 août 2015, n° 242, p. 22.

<sup>585</sup> Convention judiciaire d'intérêt public

<sup>586</sup> *Deferred Prosecution Agreement*.

les différents codes de gouvernement. De plus, un élément d'extranéité surgit puisque les codes de gouvernement auxquels une entreprise française peut se référer sont issus d'un autre Etat. Tout le problème se situe au plan de la détermination de la finalité de cette concurrence mais aussi des critères qui organisent cette concurrence. Il est intéressant de comprendre le cheminement qui a incité une entreprise à choisir tel code de gouvernance plutôt que tel autre, tel pays plutôt que tel autre. Aussi, le code désiré est choisi en raison de son contenu, de sa rédaction ou de son aura auprès des investisseurs. Le choix du régime normatif applicable sera fonction d'un calcul coûts-bénéfices, inhérent à tout agent économique rationnel, l'*homo economicus*. Ainsi, l'idée est de définir quel corpus de règle applicable offrira la meilleure image de l'entreprises auprès des tiers, tout en étant peu contraignant et peu coûteux dans sa mise en œuvre. Ce calcul rationnel se justifie lorsque l'entreprise jouit de la liberté de choix du code de gouvernance qu'elle se verra appliquer, elle pourra choisir le code qui lui offre une efficacité optimale dans la gestion juridique, économique et financière de l'entreprise. Cette analyse est également plausible dans la situation où la société n'a pas de liberté de choix de corpus de règle applicable car elle pourra choisir de se conformer, ou non, au code de gouvernance qui lui est imposé. La décision de se conformer ou non résultera d'un choix rationnel toujours basé sur ce même calcul de coûts-bénéfices. La société devra se demander si cela lui crée un coût de ne pas se conformer plutôt que de se conformer au code de bonne gouvernance. La réflexion porte aussi bien sur les sanctions applicables en cas d'absence de conformité justifiée que sur les bénéfices économiques qui peuvent résulter d'une conformité à ce code imposé. De cette réflexion découle une efficacité offrant, à la société une situation qu'elle considérera être optimale. Mais la principale difficulté tient en ce que le concept économique « *d'efficacité* » n'a pas de définition précise, la traduction française ayant fait perdre l'idée générale de celui-ci.

**283. Tentative de définition de la notion d'efficacité.** L'efficacité tient de ce que l'on nomme la « *Old Law-and-Economics* ». La principale difficulté de ce concept réside dans son absence de définition stricte. Afin d'étudier précisément ce terme, il convient de rappeler que son utilisation en a été faite par les anglais et américains et par conséquent, a subi les déformations des traductions suite à son assimilation en France. En anglais, efficacité se traduit par « *efficiency* ». Il serait préférable de

privilegier la traduction « *d'efficace* » à celle « *d'efficience* ». L'efficacité<sup>587</sup> au sens français correspond à l'obtention d'un résultat par le moins d'effort possible. Cela traduit l'idée économique de rentabilité maximum sur les facteurs production-travail.

L'efficience<sup>588</sup> caractérise quant à elle l'idée, issue des sciences économiques, de « *réparation des ressources dans la société permettant d'obtenir la valeur la plus élevée* »<sup>589</sup>. Différentes visions de l'efficience ont été dégagées par les économistes, les deux plus célèbres étant les visions de Pareto et de Kaldor-Hicks. C'est la rationalité économique des agents qui est regardée, forme d'individualisme méthodologique, où chaque agent va tenter de maximaliser son profit en recherchant son bien-être économique et matériel<sup>590</sup>. Plusieurs méthodes économiques ont tenté de donner une réalité au concept d'efficience. Observée au regard de la « Pareto optimalité », l'efficience correspond à la situation dans laquelle on ne peut pas améliorer la situation d'un individu sans détériorer la situation d'un autre individu.

Néanmoins son application pratique demeure toujours et il est parfois peu évident de considérer l'efficience en matière juridique en raison de son imprécision conceptuelle. La méthode de Kaldor-Hicks<sup>591</sup> est également utilisée par les économistes afin d'évaluer l'efficience d'un objet d'étude. Cette méthode a pour objectif de remédier aux insuffisances constatées du critère de Pareto en comparant la situation des gagnants et des perdants suite à l'application d'une législation ou d'un autre objet d'étude. Si les gagnants, par leurs profits, compensent la situation des perdants, l'objet d'étude est alors efficient. Par exemple, si une loi ayant pour finalité la limitation des émissions de pollution est mise en œuvre, les producteurs devront investir pour acheter du matériel moins polluant voire même des systèmes d'épuration. Les producteurs ont deux possibilités : ne pas augmenter les prix et donc prendre à leur charge cette

---

<sup>587</sup> *Productive efficiency* en anglais.

<sup>588</sup> *Allocative efficiency* en anglais.

<sup>589</sup> A. OGUS, M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, éditions Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2002.p. 37.

<sup>590</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 15.

<sup>591</sup> N. KALDOR, « Welfare Proposition of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility », *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, pp. 549-552 ; J. KICKS, "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, pp. 696-712.

modification coûteuse, cela réduisant leur bien-être. Ils peuvent aussi répercuter le prix de ces investissements sur les consommateurs en augmentant les prix<sup>592</sup>. L'efficacité sera alors regardée en fonction de ceux qui bénéficient de la législation (les gagnants) et de ceux qui en souffrent (les perdants). Dans le cas d'espèce, ce sera bien souvent la seconde option pour laquelle opteront les producteurs<sup>593</sup>. Malgré la multiplicité des critères économiques existants, aucun n'est suffisamment précis pour caractériser l'efficacité.

**284. Le prisme de l'analyse économique du droit.** Au plan de la norme, l'analyse économique du droit est un instrument privilégié pour les juristes car elle lui « *fournit une méthode destinée à repenser les fonctions des différentes institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit envisagée dans son historicité et son perfectionnement* »<sup>594</sup>. Seulement, les juristes critiquent l'analyse économique du droit en ce qu'elle ignore la justice, mais ce système de pensée est faux<sup>595</sup>. En effet, le courant de *Law and Economics* perçoit la justice en termes d'efficacité, cette dernière engendrant des réductions de coûts significatifs pour le fonctionnement de la justice. Il est également fréquent d'observer des comparaisons entre les pays de droit civil et les pays de *common law*, ces derniers étant souvent perçus comme usant d'un droit plus efficace. Mais ce schisme entre « *droit codifié* » et « *droit du précédent* » ne peut avoir de sens que si l'on évoque les cadres juridiques globaux de ces cultures mais également le mode d'analyse, *ex post* dans un cas, *ex ante* dans l'autre<sup>596</sup>. Le terme d'effectivité est celui qui se rapproche le plus de celui d'efficacité puisqu'il

---

<sup>592</sup> R. LANNEAU, « Analyse économique et analyse juridique du droit : quelques clarifications », *R.R.J.-Droit prospectif*, n° 139, 2011-4, p. 564.

<sup>593</sup> R. LANNEAU, « Analyse économique et analyse juridique du droit », *RRJ-Droit prospectif*, n° 124, 2008-4, p. 1872.

<sup>594</sup> B. OPPETIT, « Droit et économie », in *Droit et économie*, Archives Phil. dr., T. 37, Sirey, 1992, p. 23.

<sup>595</sup> B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 6.

<sup>596</sup> B. DEFFAINS, « Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un droit efficace ? », *op. cit.* p. 22.

correspond à la situation dans laquelle la règle se trouve être réellement appliquée soit spontanément, soit par coercition<sup>597</sup>.

L'avantage que procure l'analyse économique du droit est d'établir clairement les rôles, missions et objectifs qui ont été assignés aux institutions juridiques<sup>598</sup>. De plus, sur un plan plus large, cette analyse offre une faculté de raisonnement peu négligeable des incidences de la loi votée et appliquée<sup>599</sup>. Cette vision pragmatique est appréciée des praticiens en raison du fait que les lois peuvent avoir un effet pervers peu décelable voire non envisagé lors de leur création, leurs conséquences doivent toutes être anticipées<sup>600</sup>. La démarche de l'analyse économique du droit est de dégager les finalités du phénomène juridique, cela dans une perspective démocratique du droit<sup>601</sup>. L'analyse économique du droit est donc un prisme par lequel la matière juridique est observée au regard de la rationalité<sup>602</sup>. Cependant, il ne faut pas limiter les finalités de l'Homme à la simple recherche d'efficacité<sup>603</sup>. C'est pour cela que le mouvement d'analyse économique du droit a adapté le concept d'efficience à diverses alternatives comme l'incertitude et la pensée cognitive, c'est-à-dire la capacité d'identification et de traitement des données. Les individus réagissent différemment en fonction des expériences qu'ils ont vécues.

**285. Vision prospective de l'analyse économique du droit.** Bien que justement critiqué<sup>604</sup>, le phénomène de *Law and Economics* peut proposer des éléments d'analyse intéressants dans diverses matières juridiques, notamment en matière pénale. Les

---

<sup>597</sup> J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, *Année Sociologique 1957-1958*, repris in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., L.G.D.J., p. 136-148.

<sup>598</sup> P. JESTAZ, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit », in *Etudes offertes au Professeur P. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 293 et s., spéc. p. 294.

<sup>599</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2013, p. 149 et s.

<sup>600</sup> P. MALAURIE, « L'effet pervers de lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique- Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p. 309 et s., spéc. n° 3

<sup>601</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2015, n° 99, p. 15.

<sup>602</sup> E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RID éco.*, 1986, p. 43.

<sup>603</sup> B. OPPETIT, « Droit et économie », in *Droit et économie, op. cit.*, p. 17-26.

<sup>604</sup> L. GRYNBM, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néopositivisme » ? », *Revue des contrats*, n° 4, p. 1265.



magistrats peuvent également juger de l'efficacité de la règle de droit du point de vue fonctionnel, prédictif, comparatif et dynamique<sup>605</sup>, le rôle essentiel joué par la jurisprudence en *common law* justifie d'autant plus l'analyse économique du droit dans ces domaines.

## **B. Application de l'analyse économique du droit à la matière pénale**

**286. Analyse économique du droit et matière pénale.** La matière pénale fait l'objet d'une étude à part entière par l'analyse économique du droit. Richard POSNER, ancien magistrat et Professeur d'université, fut l'un des premiers à lier droit pénal et matière économique. Ses expériences professionnelles lui offrent une forme de légitimité pour défendre des thèses plutôt pragmatiques fondées sur le scepticisme moral. Il a lancé un mouvement de « *l'efficacité économique* »<sup>606</sup> dont il fait application au droit économique et au *common law*. Selon lui, il existe un processus de sélection naturelle des bonnes règles par le régime de la *common law*.

Il distingue notamment la criminalité de sang et la criminalité en col blanc<sup>607</sup>. Les peines ont un caractère dissuasif, ce qu'admet largement la doctrine de droit criminel. Également, la peine possède un caractère rétributif<sup>608</sup>, c'est-à-dire que le délinquant est sanctionné pour réparer les atteintes commises envers la société. Selon lui, les peines monétaires (amende) prévaudraient sur les peines non monétaires (emprisonnement) pour ces criminels économiques à condition que les peines d'amende soient dissuasives. Le calcul coût-bénéfice doit être calculé en fonction des peines applicables. Ses théories pluridisciplinaires ont l'avantage d'offrir une vision pragmatique des sciences juridiques. Toutefois, quelques raisonnements laissent penser que la qualité d'économiste s'est substituée à celle de juriste. Cela se décèle

---

<sup>605</sup> G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : point de vue du juge », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 23.

<sup>606</sup> R. A. POSNER par S. HARNAY et A. MARCIANO, *L'analyse économique du droit (par Posner)*, coll. « Le bien commun », dirigée par Antoine Garapon et Laurence Engel, éditions Michalon, 2003, p. 104-105.

<sup>607</sup> Concept élaboré par E. H. SUTHERLAND, "The Problem of White Collar Crime", *White Collar Crime. The Uncut Version*, préface de Gilbert Geis et Colin Goff, New Haven & London, Yale University Press, 1985 [1983], p. 3-10.

<sup>608</sup> M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. Int. Crim.*, 1985, p. 286.

entre autres lorsqu'il évoque que « *le droit n'est rien d'autre que ce qui est produit par la profession juridique* »<sup>609</sup> ou encore que « le droit se définit comme un ensemble de règles et comme une activité plutôt que comme un concept ou un groupe de concepts »<sup>610</sup> cela complété par le fait qu'il estime que le droit n'est pas une discipline autonome. Nous allons étudier la démarche analytique du droit par le prisme de l'économie<sup>611</sup>, que des auteurs qualifient d'impérialisme économique<sup>612</sup>.

**287. Economie du droit de la responsabilité pénale.** L'étude de l'économie du droit pénal nous intéressera sur deux points particuliers. L'économie du droit de la responsabilité pénale et l'analyse économique du droit de la peine. Les écrits en la matière se sont multipliés à partir des années 1960 sous la houlette de Georges Stigler<sup>613</sup> et de Gary Becker<sup>614</sup> notamment. Toute l'approche de l'économie du droit pénal repose sur un rapport coûts-avantages, cela partant du postulat que toute personne est douée de raison et qu'elle cherchera à combler ses intérêts. *L'homo oeconomicus* étant un être pragmatique visant donc à maximaliser ses richesses et son utilité autant que faire ce peut<sup>615</sup>. Posner a tout de même critiqué cette vision de rationalité de l'être humain en faisant valoir des valeurs éthiques et le respect de libertés individuelles de chacun, avant de revenir à sa vision première du pragmatisme. Des économistes considèrent que le but social du droit pénal est d'obtenir un niveau optimum de criminalité.

---

<sup>609</sup> R. A. POSNER par S. HARNAY et A. MARCIANO, *L'analyse économique du droit (par Posner)*, op. cit., p. 22.

<sup>610</sup> R. A. POSNER par S. HARNAY et A. MARCIANO, *L'analyse économique du droit (par Posner)*, op. cit. p. 21.

<sup>611</sup> E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », *RID éco.*, 1986, p. 43 et s., spéc. p. 44.

<sup>612</sup> G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Thèse, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Droit et économie, 2009, p. 17.

<sup>613</sup> G. STIGLER, « The Optimum Enforcement of Laws », *Journal of Political Economy* (vol. 78), 1970, pp. 526-536.

<sup>614</sup> G. S. BECKER, « Irrational Behaviour and Economic Theory », *Journal of Political Economy* (vol. 70), 1962, pp. 1-13 ; « Crime and Punishment, an Economic Approach », *Journal of Political Economy* (vol. 76), 1968, pp. 169-217.

<sup>615</sup> R. A. POSNER par S. HARNAY et A. MARCIANO, *L'analyse économique du droit (par Posner)*, op. cit., p. 47.

**288. Economie du droit et responsabilité pénale.** Concernant la responsabilité pénale, il ne paraît pas inutile de rappeler qu'elle est applicable aux personnes morales depuis la réforme du code pénal de 1994 et qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les infractions depuis la loi Perben II de 2004. La doctrine d'économie du droit est partagée sur cette thématique. L'idée que l'entreprise soit responsable pénalement de faits commis par ses employés alors même qu'elle ne peut pas les contrôler individuellement pose problème, surtout lorsque l'on note qu'une publicité d'une condamnation porte atteinte à la réputation et entraîne des pertes de profit importantes<sup>616</sup>. Afin d'éviter le risque de commission d'une infraction par l'entreprise, du fait de son dirigeant ou d'un de ses préposés, il est possible que l'entreprise contrôle individuellement chaque salarié afin de réduire le nombre de violations commises. Cela rejoindrait l'idée maîtresse de la conformité : assurer l'entreprise que chacun de ses membres la constituant soit vigilant sur les règles applicables et s'efforce de s'imprégner de la culture d'entreprise afin de limiter le risque de commission d'infraction pénale. En continuant le raisonnement, le contrôle de chaque membre permettrait non seulement une optimisation de la gestion risque pénal mais aussi une rentabilité profitable pour l'entreprise. En effet, poussé à son extrême, ce contrôle de l'entreprise sur ses membres peut aisément se transformer en contrôle des membres sur les autres membres. C'est dans cette logique d'optimisation des coûts de contrôle pour l'entreprise que se développe désormais la pratique dite du « *whistleblowing* », dénommée « lanceur d'alerte » en français. Cette procédure permet à tous les membres de l'entreprise de dévoiler à une personne ou une institution compétente des éléments douteux se déroulant dans l'entreprise. La plupart de ces éléments obtiennent bien souvent une qualification pénale. C'est en cela que la gestion du risque pénal en entreprise peut se faire à moindre coût désormais, les acteurs s'autocontrôlant et contrôlant les autres.

**289. Analyse économique de la peine.** Concernant la peine, la théorie économique qui trouve grâce aux yeux des économistes est celle de l'optimum de criminalité. Selon cette théorie, le moindre coût pour la société serait obtenu sur la proportionnalité de

---

<sup>616</sup> A. OGUS, M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, droit comparé, 2002, p. 137.

la sanction financière par rapport à la probabilité de la découverte<sup>617</sup>. Les limites de cette théorie résident dans la solvabilité du délinquant. Si la probabilité de découverte est faible, l'amende ne sera pas efficace en raison de l'insolvabilité du délinquant, et l'emprisonnement sera la solution la plus adaptée, bien que plus coûteuse pour l'Etat. Des économistes ont également tenté de rechercher l'efficacité réelle des peines d'emprisonnement en fonction de leur durée. Il en ressort que les peines d'emprisonnement de longue durée sont moins dissuasives que les peines d'emprisonnement de courte durée. L'impact sur la vie des délinquants de longues années en prison ne serait que minime par rapport à l'impact sur leur vie d'un an ou de deux ans d'emprisonnement. Ces considérations tiennent plus des sciences psychologiques qu'économiques et ne semblent pas assez consistantes pour être prises en considération. En revanche, les économistes ont déduit d'études empiriques que « *l'augmentation de la probabilité de découverte est souvent plus efficace dans la réduction des crimes* ». Cette analyse dépend tout de même d'un ensemble de paramètres externes tels que les populations envisagées, leur origine géographique, le contexte historique, etc. En réalité, il n'existe pas de juste prix, de véritable optimum relatif à la criminalité<sup>618</sup>.

**290. Economie du droit de la peine.** Les économistes insistent souvent sur les vertus de l'amende en dépit des peines d'emprisonnement. Son application coûterait beaucoup moins cher à la société qu'une peine d'emprisonnement en raison de l'absence de prise en charge du délinquant pendant quelques années<sup>619</sup>. Cette affirmation a été contestée à juste titre par la suite car n'ont pas été prises en compte dans cette vision, les considérations d'insolvabilité du délinquant. Dans la théorie de Posner, l'application d'amendes importantes paraît intéressante, dans sa réalisation il est nécessaire de fixer une amende maximum que le criminel sera en capacité de payer sur son patrimoine. C'est en cela que la sanction serait optimale. Cependant, la

---

<sup>617</sup> R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., pp. 242-250.

<sup>618</sup> F. EASTERBROOK, « Criminal Procedure as a Market System », *Journal of Legal Studies* (vol. 12), 1983, p. 295.

<sup>619</sup> R. A. POSNER, « Optimal Sentences for White Collar Criminals », *American Criminal Law Review* (vol. 17), 1980, pp. 400-418.

réparation du préjudice subi par la victime, des atteintes portées à la société et ses valeurs, sont-elles optimales ?

**291. Limites de l'analyse économique du droit.** Le mouvement de *Law and Economics* pose problème au juriste en ce que toute l'approche juridique est fondée en termes de rationalité économique. De la création de la norme à son interprétation par les juges, du prononcé de la sanction à la réalisation des peines, chaque élément est étudié au regard du sacrosaint différentiel coûts-bénéfices. Seulement, le droit pénal ne peut être qu'observé sous l'angle économique. Il est de principes qui mettent à mal les calculs de rentabilité économique, l'ordre public en est un. En effet, la défense des intérêts liés à l'ordre public fait partie des fonctions régaliennes de l'Etat. Il semble anormal que ces fonctions régaliennes fassent l'objet d'un calcul de rentabilité alors même que la finalité consiste dans la protection des intérêts de la nation. Ces fonctions ne devraient pas faire l'objet d'un coût particulier, sous peine de constater une perte de légitimité des Etats à assurer l'environnement sécuritaire attendu des citoyens. Cependant, les crises économiques récentes, la conjoncture économique défavorable et les règles européennes contraignantes en matière de gestion des déficits étatiques ont contraint les politiques à réaliser des choix tranchés dans le financement de certaines de ses fonctions. Dès lors, ces derniers ont rationalisé l'action de l'Etat pour certaines de ses fonctions et cela se constate dans la poursuite de diverses infractions pénales.

**292. Exemple empirique : l'infraction de fraude fiscale.** L'infraction de fraude fiscale, figurant à l'article 1741 du Code général des impôts, fait encourir à son auteur une peine d'emprisonnement de cinq ans et 500 000 € d'amende. La peine peut être portée à sept ans d'emprisonnement et 3 millions d'euros d'amende dans les cas où ces faits sont commis avec des circonstances aggravantes<sup>620</sup>. Les poursuites sont prévues aux articles L. 227 à L. 231 du livre des procédures fiscales. L'article L. 228 quant à lui rappelle le fonctionnement de ce que les médias dénomment « *le verrou de Bercy* ». Cette pratique issue des années 1920 et consécutive à la création de l'impôt sur le

---

<sup>620</sup> Article 1741 du CGI qui vise notamment les cas d'actions commises en bande organisée, de comptes ouverts à l'étranger, d'interposition de personnes physiques ou morales, de l'utilisation de fiducies ou de trust, etc.

revenu des personnes physiques en 1917<sup>621</sup>, correspond au monopole de l'administration fiscale de déclencher des poursuites pénales pour fraude fiscale, que ce soit à l'encontre d'une personne physique ou d'une personne morale. En réalité, c'est le ministre du budget, duquel dépend l'administration fiscale, qui détient de fait ce monopole. S'il souhaite poursuivre, il devra obtenir l'avis conforme de la commission des infractions fiscales. Cette autorité administrative indépendante<sup>622</sup> est composée de huit conseillers-maîtres à la Cour des comptes, huit conseillers d'Etat, quatre magistrats honoraires de la Cour de cassation et quatre personnalités qualifiées nommées par le président du Sénat et le président de l'Assemblée Nationale. Cette commission n'est donc pas dénuée de tout conflit d'intérêts en ce que quatre membres sont nommés par des personnalités politiques. Cette absence partielle d'indépendance cumulée au monopole de déclenchement des poursuites du ministre du budget pourrait laisser transparaître un motif d'inconstitutionnalité. Ce n'est pas ce qu'en a conclu le Conseil constitutionnel dans une décision du 22 juin 2016<sup>623</sup>. En tout état de cause, ce monopole empêche un procureur de République et même le parquet financier de mettre en mouvement l'action publique. Ces problématiques relatives au verrou de Bercy ont refait surface à la suite de l'affaire Cahuzac en 2012.

Par une loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude<sup>624</sup>, le législateur a partiellement levé le verrou de Bercy. En effet, il a cristallisé depuis plusieurs années les critiques en ce que le verrou constitue un frein à la mise en mouvement de l'action publique. Ce mécanisme a pourtant été déclaré conforme au principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi par le Conseil constitutionnel<sup>625</sup>. Désormais,

---

<sup>621</sup> Rapport du Sénat : Rapport n° 87 (2013-2014) de M. Éric BOCQUET, fait au nom de la Commission d'enquête sur le rôle des banques, déposé le 17 octobre 2013, <http://www.senat.fr/rap/r13-087-1/r13-087-147.html>.

<sup>622</sup> Loi n°77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, JORF du 30 décembre 1977, p. 6279.

<sup>623</sup> Cons. Const. n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016.

<sup>624</sup> L. n° 2018-898 du 23 oct. 2018, JO 24 oct.

<sup>625</sup> Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555 QPC, AJDA 2016. 1925 ; D. 2017. 1328, obs. N. JACQUINOT et R. VAILLANT ; Constitutions 2016. 532, chron. ; *Rev. sc. crim.*, 2016. 529, obs. S. DETRAZ ; *Comp. Crim.*, 22 févr. 2017, n° 14-82.526, à paraître au Bulletin ; *D. actu.*, 17 mars 2017, obs. J. GALLOIS ; *D.*, 2017. 2501, obs. G. ROUJOU de BOUBEE, T. GARE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE.

l'article L. 228 du livre des procédures fiscales<sup>626</sup> impose à l'administration fiscale de dénoncer au Parquet les faits dont elle aurait eu connaissance à condition que le montant des droits éludés soit supérieur à 100 000 €, en cas de majoration de pénalité de 100 % prévue pour opposition à contrôle, en cas de majoration de pénalité de 80 % prévue pour activité occulte, manœuvres frauduleuses ou abus de droit, non-déclaration de compte, assurance-vie ou trust à l'étranger ou pour les trafiquants de 100 %, ou en cas de majoration de pénalité de 40 % pour manquement délibéré, abus de droit ou défaut de déclaration suite à une mise en demeure. Aussi, une dénonciation est imposée lorsque le montant des droits éludés est à 50 000 €, que l'administration a fait application d'une des majorations de 40 %, 80 % ou 100 % et que le contribuable est tenu à une obligation de transparence auprès de la HATVP<sup>627</sup>. Hors ces cas spécifiques, le procureur de la République perd l'opportunité des poursuites au profit de l'application du verrou de Bercy<sup>628</sup>.

Outre cette mesure purement procédurale, des restrictions d'ordre économique viennent affaiblir l'effectivité de l'infraction de fraude fiscale. En effet, si l'on mesure le ratio coûts-bénéfices de l'opportunité de poursuivre les auteurs de fraude fiscale, le ratio est clairement au désavantage des poursuites. En effet, les coûts engendrés par l'ouverture d'une information judiciaire sont élevés. L'enquête menée pour déterminer le montant des sommes détournées, son éventuel blanchiment avec les opérations de traçage de cet argent sale qui, le plus souvent, transite par des places *off-shore* et des paradis bancaires et fiscaux, engendre un coût non négligeable à la charge des institutions judiciaires. Les moyens techniques, humains et financiers déployés pour enquêter efficacement sont tels que les amendes prononcées ne peuvent s'équilibrer avec le coût de l'enquête. D'autant plus lorsque l'on ne peut estimer précisément le montant des avoirs cachés à l'administration fiscale. Dès lors, bien que le montant des amendes paraisse dérisoire comparativement au prix des enquêtes, il est du rôle de

---

<sup>626</sup> Cet article n'a pas été jugé inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel a estimé que les deux critères retenus n'instituaient pas de discrimination entre les contribuables. V° Cons. const., 27 sept. 2019, n° 2019-804 QPC.

<sup>627</sup> Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique.

<sup>628</sup> J. GALLOIS, « Les apports de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude », *AJ Pénal*, 2018, 560.

l'Etat de protéger la légitimité de l'administration et, par voie de conséquence, de faire respecter le paiement des impôts par les citoyens. La justice est une fonction régaliennne, un service public dont l'Etat n'a pas à rechercher la rentabilité. Raisonner en sens inverse serait envoyer des signes de laxisme au peuple et ne ferait que faire périlcliter la légitimité d'un Etat qui externalise toujours davantage ses missions. Pourtant, les dernières innovations législatives tendent à matérialiser cette idée de recherche de rentabilité judiciaire au détriment de poursuites mettant en œuvre des investigations complètes et coûteuses. Il en va ainsi de la consécration de CJIP, mode de transaction effectué sans reconnaissance de culpabilité, sans nécessité de mise en mouvement de l'action publique et sans inscription de la mention de la transaction comme condamnation au bulletin judiciaire numéro un. Bien que limitée à certaines infractions<sup>629</sup>, l'application de la CJIP fait perdre à la peine pénale son caractère afflictif, cela au profit de la rentabilité de la négociation et de la certitude d'obtention du paiement d'une peine d'amende. Il s'agit alors d'un exemple supplémentaire de rationalisation des mécanismes de répression en matière d'infractions astucieuses.

**293. Externalisation des coûts : le cas du blanchiment de capitaux.** Une autre infraction économique et financière fait aussi l'objet d'un ratio coûts-bénéfices : il s'agit de l'infraction de blanchiment de capitaux. Etroitement liée au financement du terrorisme<sup>630</sup>, la lutte contre le blanchiment d'argent sale s'est grandement étoffée à compter des années 1990 dans le monde entier. L'efficacité des moyens de lutte passe avant tout par un contrôle effectif des opérations financières douteuses et des transactions internationales à destination des paradis bancaires et fiscaux. Pour contrôler l'ensemble de ces transactions, il faudrait que l'Etat mette en œuvre des moyens financiers, humains et technologiques dantesques. Au vu de l'impossibilité pour les Etats d'évaluer avec précision les avoirs blanchis, les avoirs saisis, le coût global de des investigations, il est dès lors bien difficile de calculer un ratio de rentabilité de la lutte contre le blanchiment. Dans cette optique, l'Etat préfère

---

<sup>629</sup> V° spéc. 538 et s.

<sup>630</sup> Celui-ci est également financé par le noircissement de capitaux.



externaliser le coût de la lutte sur les principaux acteurs de marchés, qui sont également les principaux vecteurs d'argent sale. En externalisant la lutte contre le blanchiment de capitaux, l'Etat externalise le coût des enquêtes et des mesures de vigilances sur des personnes qu'il estimera être assujetties. La liste des assujetties est prévue par la loi et ne cesse de croître de réformes en réformes. Pour justifier économiquement cette externalisation, l'Etat fait peser sur les assujettis des obligations de vigilance graduées justifiées par une approche par les risques. Cette solution, prisée par le GAFI, fait croître les investissements réalisés par les assujettis, et notamment les établissements financiers. De par leur positionnement clef dans l'économie, leur envergure internationale et les facilités technologiques de réalisation de transactions internationales qu'ils mettent à la disposition des clients, les établissements financiers sont les premiers destinataires de cette externalisation. Plus concrètement, ils ont pour obligation d'installer des cellules de conformité chargées de détecter et de tracer les opérations douteuses, vérifier l'identité des clients, etc. Les moyens humains et technologiques alors déployés sont à la charge des établissements financiers, sans aide de l'Etat. L'absence ou la défektivité de ces cellules entraîne le risque de sanctions financières par les autorités de régulation, mais également un risque de sanctions pénales pour complicité de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme dans certaines situations.

Une fois encore, l'Etat se décharge partiellement de sa fonction régaliennne de sécurité nationale en déléguant une partie de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme aux banques. Cette externalisation est économique et répond à des considérations économiques. Dans ce type d'infraction, l'Etat devrait assurer l'ensemble des enquêtes et des coûts, toute délégation entraînant une perte de légitimité de l'Etat. Toutefois, l'objet de l'analyse peut être déplacé en ce sens que les établissements financiers ont la possibilité d'effectuer en un calcul rationnel entre ce que lui coûte la mise en place d'une cellule de conformité et les risques encourus en cas d'absence partielle ou totale de conformité. Aussi, ce calcul doit prendre en considération les bénéfices que constitue la mise en œuvre d'une cellule de conformité, notamment en termes de performances économiques et juridiques.

Ainsi, il apparaît nettement que la lutte contre les infractions économiques est une fonction régaliennne des Etats et qu'il n'y a aucune rentabilité économique à rechercher dans ce domaine, ni dans la matière pénale dans son ensemble. Ce raisonnement semble marquer les limites de l'analyse économique du droit : la protection de l'ordre public.

## **Paragraphe 2. Analyse économique de la conformité : entre opportunisme et résignation**

La méthode d'analyse économique du droit est tout à fait indiquée pour se rendre pleinement compte de l'impact des lois sur les entreprises. Lorsqu'une entreprise a l'obligation de mettre en place une cellule de conformité, deux considérations sont envisageables. L'une serait de partir du postulat que l'exercice de la conformité sera un coût supplémentaire que l'entreprise devra supporter (A). L'autre serait d'appréhender la réalisation d'une démarche de conformité comme un investissement rentable ayant une incidence positive sur la rentabilité de l'entreprise (B). Dans ces deux situations, une même finalité transparaît : limiter les risques de contentieux afin d'éviter tout risque de procès pénal qui pourrait affaiblir le patrimoine financier et réputationnel de la personne morale.

### **A. De l'opportunisme à la contrainte de conformité**

**294. Performance juridique de l'entreprise.** La performance juridique de l'entreprise correspond à sa capacité de réponse aux enjeux légaux et réglementaires par le biais d'une absence de contentieux notable. La performance juridique de l'entreprise passe donc par une gestion efficace du risque juridique. Cette dernière peut se faire en interne, notamment par l'usage de la cellule de conformité. Néanmoins elle peut également se faire en externe par l'intermédiaire d'un avocat partenaire par exemple,

cela permettant de diluer la responsabilité<sup>631</sup>. La gestion du risque juridique passe aussi par une absence de procédure judiciaire de l'entreprise, qu'elle soit demandeur ou défendeur à l'action<sup>632</sup>. Il faut donc « *tenir compte de la transversalité du droit et de son articulation aux autres contingences de l'entreprise* »<sup>633</sup>. Une définition de la compliance offre l'occasion de décrire réellement ce à quoi correspond ce phénomène. Monsieur DANET perçoit la notion de compliance comme une forme de « *conformisme, de complaisance, d'obséquiosité, voire de complicité* »<sup>634</sup>. L'entreprise peut user du droit et plus particulièrement des exigences légales qui sont imposées afin de « *transcender son niveau de performance* »<sup>635</sup>. En ce sens, la conformité ne serait pas l'émanation de l'éthique dans l'entreprise mais plutôt un moyen supplémentaire d'assouvir la finalité première du système capitaliste : la recherche maximale de profits. De façon empirique, il s'agit de déterminer mathématiquement le pourcentage d'entreprises qui ont vocation à utiliser la compliance comme un levier éthique et le pourcentage d'entreprises qui n'ont vocation à s'en servir que comme un moyen de maximalisation des richesses.

**295. Le modèle coercitif.** La mise en œuvre de la conformité réglementaire au sein de l'entreprise peut se faire de deux façons distinctes : la coercition et la coopération. Monsieur KAGAN préfère user des termes de conformité « *legalistic* » en ce qui concerne la vision coercitive, et de conformité dite « *conciliatory* » pour ce qui est de la conformité coopérative et dissuasive. La vision coercitive se développe sur le principe « *ordonner et sanctionner* »<sup>636</sup> et trouve son essence dans l'efficacité à court terme. Les entreprises doivent se mettre en conformité sous peine d'être sanctionnées par les autorités de régulation administrative et judiciaire. Seulement, à long terme, il se peut que l'entreprise ne puisse pas toujours suivre les directives de conformité et

---

<sup>631</sup> G. DEHARO, « Stratégie judiciaire et performance de l'entreprise : approche dynamique de droit processuel appliquée à l'entreprise », *RTD Com.*, 2013 p.177.

<sup>632</sup> Exemple de Nestlé qui intente un procès contre Greenpeace qui usait d'internet pour dénoncer l'utilisation d'huiles de palme par Nestlé. Les conséquences de cette action en justice furent encore plus mauvaises médiatiquement pour Nestlé.

<sup>633</sup> G. DEHARO, *op. cit.*, p.180.

<sup>634</sup> D. DANET, « Misère de la corporate governance », *RID éco.*, 2008, p. 407.

<sup>635</sup> C. ROQUILLY, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, n° 6, Novembre 2009, dossier 34.

<sup>636</sup> « *comply or explain* » en anglais.

que le coût de cette non-conformité augmente à proportion des sanctions financières prononcées à son égard. Aux Etats-Unis, la loi Sarbanes-Oxley de 2002, prise en réaction à divers scandales financiers, a appliqué ce principe de coercition « *ordonner et sanctionner* ». Cette appréhension de la conformité réglementaire par la loi a été l'objet de vives critiques, ce qui lui a valu d'être assouplie par la suite.

**296. Le modèle coopératif.** L'autre façon de mettre en œuvre la conformité dans l'entreprise serait d'user du modèle coopératif. Modèle étroitement lié à la théorie des jeux, une entreprise ne sera encline à coopérer que si elle peut en retirer un avantage. En d'autres termes, elle va déterminer sa décision de coopérer en fonction de la situation où la valeur qu'elle pourra en tirer sera plus forte que les gains qu'elle pourrait obtenir en ne se conformant pas. En s'appuyant sur la théorie des jeux<sup>637</sup> et en l'appliquant à l'aspect compliance, il est démontré que l'entreprise sera encline à coopérer dès lors qu'elle tirera de cette coopération une valeur suffisante capable de surpasser la tentation de tricher<sup>638</sup>. Pour parfaire cette démonstration, il semble tout indiqué de la compléter avec la théorie des incitations<sup>639</sup>. En effet, pour que les entreprises ne soient pas tentées de tricher, il faut qu'elles soient assurées que les concurrents ne tricheront pas ou, le cas échéant, seront sanctionnés. L'incitation passe donc par la sanction dans ce cas précis. Le modèle coopératif ne serait effectif que s'il est complété par une incitation externe.

Toujours en se basant sur la sanction, une autre forme d'incitation peut éclore : la réduction des sanctions en cas de non-conformité. Plus précisément, lorsque l'entreprise est sanctionnée par une autorité de régulation pour non-conformité, elle peut bénéficier d'une réduction de peine si elle s'engage à mettre en place des engagements de conformité, édicter un code de bonne conduite, établir une culture interne de conformité. Un exemple concret est offert, en France, par la procédure prévue à l'article L. 464-2 du code de commerce. Cet article prévoit que l'autorité de

---

<sup>637</sup> En référence à la théorie des jeux et l'équilibre de NASH.

<sup>638</sup> R. AXELROD, *The evolution of cooperation*, 1984, New York, Basic Books.

<sup>639</sup> J.-J. LAFFONT, « À propos de l'émergence de la théorie des incitations », *Revue française de gestion*, 2006/1 (n° 160), p. 177-189.

la concurrence peut réduire, sous conditions, le montant de l'amende payée par l'entreprise qui a commis un acte de concurrence déloyale lorsque cette dernière s'engage à mettre en œuvre des dispositions effectives de conformité. Une procédure similaire existe également aux Etats-Unis<sup>640</sup>.

**297. Préférence pour un modèle mixte.** Au final, une conformité efficace et effective ne sera possible que si un mélange des méthodes coopératives et coercitives est appliqué. Trop rigides ou trop souples, les entreprises auront la tentation de privilégier les coûts de la sanction plutôt que le coût de l'investissement d'un dispositif de conformité. Aussi, une entreprise observera ce que font ses concurrents relativement à cette conformité. L'intérêt de sanctionner les entreprises qui ne se conforment pas détermine une sorte d'exemple. Cela exprime les caractères afflictifs et infamants de la sanction. Si une entreprise est sanctionnée pour absence de dispositif de conformité efficace, dès lors, les autres entreprises s'aligneront d'elles-mêmes sur les exigences attendues. Ainsi, pèse sur le législateur et le régulateur, le poids de trouver ce point d'équilibre subtil entre sanction et dissuasion. L'attitude de l'entreprise face à la norme est donc déterminante pour évaluer sa capacité à s'y conformer.

Afin de mettre en œuvre des process efficaces de conformité, l'entreprise doit installer une culture d'entreprise organisationnelle durable. Celle-ci déterminera les performances de la fonction compliance ainsi que les performances juridiques et économiques de l'entreprise.

## **B. Performance de la conformité**

**298. Promotion d'une culture de conformité.** Lorsqu'une entreprise réalise une démarche de promotion de la conformité ou pour le moins, développe une culture de conformité, cela engendre un coût. La mise en œuvre d'une cellule de conformité et la formation des salariés représentent un coût peu négligeable pour une rentabilité discutable. L'état d'esprit dans lequel un programme global de conformité se

---

<sup>640</sup> USCC, *Organizational Sentencing Guidelines*, Chapter 8, Part B, 2, § 8B2.1.

développe est déterminant pour son efficacité. Dès lors, il faut observer si l'entreprise agit sous le coup de la contrainte ou de la bonne volonté. C'est en cela également que la conformité aura une influence sur les performances de l'entreprise. Un auteur s'est tenté à une classification des comportements d'entreprise par rapport à la conformité : les « *socialement responsables* », les « *malicieuses* », les « *malchanceuses* » et les « *négligentes* »<sup>641</sup>. Les deux dernières catégories ne peuvent réaliser un programme de conformité performant et offrant de la performance économique. Le manque de volontarisme et de moyens financiers pour établir une conformité réglementaire les empêche de se prévaloir d'une compliance effective.

Les entreprises malicieuses ont des agissements frauduleux mais les dissimulent efficacement et une sanction n'est pas nécessairement appliquée. D'après des analyses empiriques, les marchés ne réagissent pas nécessairement ou alors une semaine après l'annonce de poursuites judiciaires d'une entreprise cotée. Cela tendrait au fait qu'un marché efficient peut s'adapter avec célérité à l'information nouvelle<sup>642</sup>. En réalité, ce n'est pas tant l'absence momentanée de conformité que la pratique d'actes illégaux répétés qui sont sanctionnées par le marché, formant alors une sorte de culture de l'illégalité<sup>643</sup>. Il s'agit, au plan sociologique, à la fois d'une anomie au sens où l'entreprise rejette la norme, mais également d'une forme d'habitus dans le sens où ce comportement se perpétue puisqu'il réussit. Dans ce cas, la conformité réglementaire est moins efficace qu'efficace.

Monsieur ROQUILLY fait remarquer très justement que pour que l'on puisse constater une perte de performance de l'entreprise, il est nécessaire que l'absence de conformité soit détectée et révélée voire même punie. L'exemple le plus frappant est celui de l'entreprise Enron en 2002. Dans cet exemple, au-delà de la simple sous-performance,

---

<sup>641</sup> K. HAWKINS, "Bargain and bluff: compliance strategy and deterrence in the enforcement of regulation", *Law and Policy Quarterly*, 1983, 5, p. 35

<sup>642</sup> C. ROQUILLY, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *op. cit.*, p. 27.

<sup>643</sup> M. S. BAUCUS, Pressure, opportunity and predisposition: a multivariate model of corporate illegality, *Journal of Management*, 1994, 20(4), p. 699.

c'est un risque systémique qui est encouru lorsque l'entreprise qui commet des fraudes à répétition est un agent moteur de la bourse.

D'autres études tendent à prouver que l'efficacité du contrôle de conformité entraîne logiquement des profits plus élevés<sup>644</sup>. Des procédures internes claires et efficaces octroient à l'entreprise une anticipation des risques plus importante. Les dommages sociaux et sociétaux devenant dès lors plus rares, une image positive de l'entreprise est renvoyée aux marchés<sup>645</sup>. Ainsi, la valeur de l'entreprise sur le marché est largement déterminée par l'absence de criminalité d'affaires en son sein. C'est en cela que la conformité est avant tout un outil destiné à instaurer voire consolider la confiance des investisseurs dans l'entreprise plutôt qu'à lutter à proprement parler contre la délinquance d'affaires.

**299. Une forme de « surconformité ».** L'on peut également appréhender un phénomène complémentaire : celui du dépassement de l'entreprise du niveau de conformité exigé. En d'autres termes, l'entreprise va aller au-delà de ce que la loi exige en termes de conformité, elle va surévaluer sa conformité réglementaire. L'objectif de cette pratique est double. D'une part, disposer d'une marge d'erreur en cas d'interprétation trop stricte des textes par les régulateurs, d'autre part améliorer l'image auprès des investisseurs en montrant à quel point elle prend en considération le respect des normes légales et réglementaires. En pratique, c'est surtout sur un aspect précis de la conformité réglementaire sur lequel l'entreprise va réhausser son niveau de performance.

**300. Déviance de la fonction conformité.** Le véritable problème serait d'utiliser le contrôle de conformité comme moyen de dissimulation de fraudes. Dans pareil cas, l'outil « compliance » est dévié de sa finalité originelle. La fonction conformité, plutôt que de déceler et dénoncer des comportements frauduleux, va prendre connaissance de l'information et va la dissimuler. Elle va donc rendre inexploitable des données

---

<sup>644</sup> K. HAWKINS, op.cit.

<sup>645</sup> B. du MARAIS, "La conformité, accélérateur ou frein de la croissance ? », *JCP E*, 26 juil. 2012, n° 30, p. 1468.

pouvant acquérir une qualification pénale et par conséquent bloquer des poursuites possibles. Également, cela protège l'entreprise puisqu'en l'absence de divulgation d'informations, le ministère public ne peut engager de poursuites à l'encontre de l'entreprise. De ce fait, la réputation et le patrimoine de celle-ci s'en trouvent préservés. Il peut sembler que cette dérive soit un cas d'école mais cela n'en est pas un en réalité. En effet, la loi impose aux établissements financiers de mettre en œuvre des cellules de conformité visant à lutter contre la prolifération d'infractions pénales, notamment en matière de lutte contre le blanchiment. Néanmoins, force est de constater que la quasi-totalité des groupes bancaires possèdent des filiales situées dans les paradis fiscaux. Le plus souvent, les banques permettent de faire transiter les capitaux dans des sociétés off-shore. Ces sociétés sont criminogènes par nature car la raison de leur création tient à leur situation dite « *off-shore* », c'est-à-dire se situant dans des pays pratiquant des impôts et taxes quasi inexistantes. A partir du moment où une banque décide d'installer une filiale dans ces pays bien souvent non coopératifs fiscalement, et lorsqu'elle fait transiter l'argent de ses clients dans les livres de ces filiales, elle s'engage donc dans une démarche peu éthique à visée bien souvent criminelle. Dans de pareils cas, la conformité est clairement un instrument cosmétique visant à rassurer en apparence les marchés et à tromper le régulateur sur les réelles pratiques des établissements financiers.

**301. Les risques liés au procès.** Au-delà de la volonté d'assurer la bonne image de l'entreprise, la cellule conformité se doit de garantir la sécurité juridique de la société et celle-ci passe avant tout par la diminution du contentieux. Le risque juridique peut être lié au risque de procès et c'est une mission de la fonction compliance que de le limiter. Le procès est par nature coûteux et incertain et c'est pour cette raison que les transactions et mesures alternatives au procès sont souvent préférées, lorsque la loi le permet. Cela fait sens pour un individu rationnel<sup>646</sup>.

---

<sup>646</sup> J.-P. GOULD « The Economics of Legal Conflicts », *Journal of Legal Studies*, 1973, 2, p. 279-300.



Certains auteurs distinguent le risque de procès du risque du procès<sup>647</sup>. D'une part, le risque de procès, au regard de l'analyse économique du droit, correspond à la situation dans laquelle le justiciable peut recourir à la justice. En d'autres termes, par quels moyens peut-il poursuivre et les poursuites sont-elles toujours pertinentes ? L'analyse économique du droit vise des incitations à la fois privées et sociales à poursuivre une action en justice. Les coûts et bénéfices privés et sociaux peuvent différer<sup>648</sup>, ce qui influera, *ex ante*, sur la prise de décisions quant à l'opportunité de poursuivre l'action. Aussi, des poursuites peuvent être considérées comme étant indésirables, c'est-à-dire lorsque leur coût est supérieur au gain attendu<sup>649</sup>. D'autre part, le risque du procès correspondrait à la situation dans laquelle les parties ignorent quelle solution sera donnée au litige. Par voie de conséquence, le rôle du magistrat sera déterminant dans la prise de décision du justiciable. En effet, le procès est incertain car il est difficile de prédire quelle sera l'application du droit par le juge, son interprétation de la règle de droit, son application aux faits. La stratégie des parties au procès influencera grandement la décision finale, que ce soit à travers les arguments juridiques apportés au débat. La stratégie comportementale, enfin, sera déterminante. Par les biais cognitifs, des théories d'économie comportementale ont démontré que, allié à une asymétrie d'information<sup>650</sup>, l'excès d'optimisme laisse à penser aux individus qu'ils ont plus de chance de gagner le procès<sup>651</sup>. Dès lors, la fonction conformité a pour rôle de prémunir la société contre ces risques liés au procès. En pratique, la compliance constitue un outil d'intelligence économique en ce sens qu'il permet à la société d'anticiper les difficultés plutôt que de les subir. Ainsi, il a pu être relevé que le coût moyen d'un litige correspond à un montant d'environ 285.000 euros<sup>652</sup>.

---

<sup>647</sup> B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « Le procès : risque économique », *Revue générale du droit des assurances*, 1<sup>er</sup> juillet 2010, n° 2010-03, p. 870.

<sup>648</sup> S. SHAVELL, « The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *Journal of Legal Studies*, 26, 1997, p. 575-612.

<sup>649</sup> B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, *op. cit.*, p. 872.

<sup>650</sup> G. AKERLOF, « The market of lemons », *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 84 (3), p. 488-500.

<sup>651</sup> E. LANGLAIS, « Indemnisation des préjudices et fréquence des procès en présence d'une asymétrie d'information sur l'aversion au risque des parties », *Recherches Économiques de Louvain*, 74, no 2, 2008, p. 191-218.

<sup>652</sup> W. FEUGERE, « Compliance et anticorruption. Où en sont vraiment les entreprises en France », in *Exercer et entreprendre*, éd. Dalloz, coll. Dalloz avocats 2020, p.151.

**302. Compléments de la cellule conformité : les legaltech.** Afin de pallier le risque de procès, et la théorie de l'optimisme, l'intelligence artificielle, et plus largement, les nouvelles technologies, ont permis de développer ce que la pratique appelle des « *legaltech* ». Ce terme est le résultat de la contraction de « *legal* » et de « *technology* ». Cela désigne les entreprises qui travaillent le droit en utilisant des moyens technologiques. Ayant subi un accueil plutôt nuancé auprès des acteurs du droit<sup>653</sup>, ces legaltech tendent à se développer de plus en plus. Cette approche de la justice par des start-up produit un effet disruptif sur le droit classique<sup>654</sup>. Fondée sur l'univers des Big Data<sup>655</sup>, cette forme d'intelligence artificielle<sup>656</sup> se dit être l'avènement d'une justice prédictive. En effet, à l'aide d'un algorithme, il est désormais possible de fournir des probabilités de succès d'une procédure contentieuse. La start-up « *Predictice* » en est un exemple concret. Pour ce faire, l'algorithme prendrait en considération les précédents jurisprudentiels, la personnalité des juges, la spécificité des affaires. Une analyse de données préexistantes forme le socle de cette justice prédictive fait par des novices du droit tels que des jeunes businessmen issus d'école de commerce. Cette ouverture de l'*open data*<sup>657</sup> laisse craindre à certains, l'avènement d'un « *effet de prophétie autoréalisatrice* »<sup>658</sup> ainsi qu'une forme de sclérose de l'évolution jurisprudentielle.

D'autres formes de legaltech ont constitué leur succès non pas sur le thème de la justice prédictive mais sur la personnalisation de contrat ou de veille juridique. Les utilisateurs du service mentionnent les éléments qu'ils souhaiteraient voir apparaître dans le contrat ou dans la veille juridique et précisent des volontés et des restrictions particulières. L'algorithme enregistre ces données et traite la demande de l'utilisateur

---

<sup>653</sup> A. GARAPON, « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », *LPA*, 18 sept. 2017, n° 186, p. 4.

<sup>654</sup> D. IWEINS, « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 3 janv. 2017, n° 282, v9, p. 5 ; D. IWEINS, « Les robots sont-ils nos ennemis ? », *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, n° 269v7, p. 9.

<sup>655</sup> M. LARTIGUE, « Open data jurisprudentiel : 20 recommandations... et tout à faire », *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2018, n° 2, p. 5.

<sup>656</sup> M.-C. LASSERRE, « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur », *LPA*, 30 juin 2017, n° 130, p. 6.

<sup>657</sup> Sur l'*open data*, v. not. le colloque organisé par la Cour de cassation « La jurisprudence dans le mouvement de l'*open data* », 14 oct. 2016 ; EPINEUSE H., « Jurisprudence ouverte et justice prédictive », colloque Cour de cassation, « La jurisprudence dans le mouvement de l'*open data* », préc.

<sup>658</sup> « La justice prédictive, mélange de droit et d'intelligence artificielle », *Le Parisien*, 1er févr. 2017.

au regard de ces éléments de personnalisation. En ressort un document répondant aux attentes des utilisateurs. En matière de contrats et de veille juridique, les start-ups les plus connues sont « *Captain contrat* » et « *doctrine.fr* ». Les legaltech limitent l'incertitude mais pas le risque de procès puisqu'elles permettent seulement au justiciable d'obtenir une probabilité concernant l'issue du procès<sup>659</sup>. Sources d'inquiétude pour le juriste, les questions liées à l'avènement de l'intelligence artificielle en matière juridique ont fait l'objet d'un rapport de la mission d'information du redressement de la justice<sup>660</sup>. En réalité, cette justice « *du futur* » n'est qu'une justice du passé puisque la source des prédictions consiste en une analyse de la jurisprudence. La justice prédictive n'est par conséquent qu'une forme de justice déductive.

Au vu de la célérité et de la précision des informations apportées par ces legaltech, notamment en matière de veille juridique, les *compliance officers* sont tentés de travailler avec ces dernières afin d'accroître la qualité du contrôle qu'ils effectuent. Dès lors, intelligence artificielle et compliance sont complémentaires dans l'objectif de pérenniser une forte sécurité juridique dans l'entreprise.

---

<sup>659</sup> F. H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, published in London, 1921, reprints of The London School of Economics and Political Science, 1948.

<sup>660</sup> N. FRICERO, « Les chiffres-clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions ! À propos du rapport de la mission d'information sur le redressement de la Justice », *JCP G*, 2017, 519, spéc. nos 19-20.

## Conclusion du chapitre 2

---

Les pouvoirs publics français, à l'instar des législations des autres pays développés, se tournent vers la conformité pour assurer une bonne gouvernance et une organisation sociale solide. Le socle éthique lié aux valeurs protestantes est assuré par des outils de plus en plus standardisés tels que la gouvernance d'entreprise et la RSE. La multiplication des outils ajoutée à l'absence de définition stricte et claire de chaque concept, en raison de leur origine à la fois pratique et internationale, crée des zones d'ombre relativement conséquente dans les entreprises. Une standardisation est à prévoir au plan international afin d'harmoniser le fonctionnement des entreprises et par la même, le comportement des investisseurs. La *soft law* ne peut être efficace que si la *hard law* l'encadre et l'organise précisément.

Outre des problématiques liées à la concurrence des normes juridiques appliquées aux entreprises, la *soft law* et tous ses outils de diffusion ne peuvent à eux seuls résorber le risque juridique et *a fortiori* le risque pénal. Ce dernier demeure un risque autonome qu'il convient de traiter en amont mais dont la réalisation ne peut se dénouer que devant le tribunal. La gouvernance d'entreprise permet, pour le moins, d'anticiper les risques financiers et juridiques de l'entreprise<sup>661</sup>.

La conformité ne peut être appréciée, comme c'est le cas actuellement, comme un substitut à l'application du droit pénal. Les pouvoirs publics incitent, pour le moins, contraignent pour le plus, les entreprises à se prémunir contre le risque pénal et plus précisément le risque de blanchiment, de corruption et d'abus de marché. Une question va se poser : s'agit-il d'une démarche positive et proactive à destination des

---

<sup>661</sup> J.-P. DOM, « Le gouvernement d'entreprise technique d'anticipation des risques », *Rev. Dr. soc.*, août 2012, n° 8-9, étude 12.

entreprises, ou s'agit-il d'une volonté dissimulée d'externaliser sa mission de lutte contre la criminalité organisée ?

L'absence de moyens suffisants offerts à la justice pour combattre cette criminalité couplée à la densité financière des sociétés cotées pour mettre en œuvre ce combat donne une perspective intéressante pour les pouvoirs publics. Le coût de la lutte contre la criminalité financière pèsera sur les entreprises. Mais la dérive possible d'ores et déjà observée au Brésil, est la substitution du droit pénal des affaires par la compliance<sup>662</sup>. Là où des Etats comme l'Italie, l'Allemagne et l'Espagne se refusent à reconnaître la responsabilité pénale générale des personnes morales, la France use de ce fonctionnement pour contraindre les entreprises à gérer le risque pénal. Par cette logique, la personne morale n'est plus simplement sujette à toutes les incriminations pénales à titre principal, elle devient également pénalement responsable en tant que complice lorsqu'elle n'a pas mis en œuvre les moyens nécessaires à la lutte contre la criminalité. Au-delà de la simple analyse économique de la lutte contre la criminalité organisée, une analyse criminologique s'impose. Les principaux auteurs de ces infractions astucieuses sont les entreprises, et plus spécifiquement leurs dirigeants. Il semble tout de même peu logique de confier une partie de la lutte contre ce type de criminalité aux potentiels auteurs de ces infractions. Plutôt qu'une confiance dans les entreprises sur leur qualité de chevalier blanc de la criminalité organisée, ne devrait-il pas y avoir de la méfiance voire de la défiance ?

---

<sup>662</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., 2016, p. 187.



## CONCLUSION DU TITRE 2

---

L'alliance de droit dur et de droit mou donne une nature particulière à la conformité. En effet, elle est tributaire d'un droit dur qui est source de son développement mais est également créatrice de droit souple. Cette ambivalence se retrouve dans les chartes éthiques et autres formes de code de déontologie qui sont à la fois l'émanation de la conformité mais également une source de contrainte qu'elle s'applique à elle-même. Empreinte de valeurs éthiques, elle facilite un mouvement d'acculturation du droit français au droit anglo-saxon, conséquence d'une globalisation aussi bien économique que juridique, notamment en systématisant des pratiques sociétales novatrices. La responsabilité sociale des entreprises est l'apanage des services conformité en ce qu'elle représente une forme d'anticipation des risques économiques, sociaux, sociétaux et réputationnels pesant sur l'organisme financier. Dès lors, se sont développées en droit français des règles tenant de la gouvernance d'entreprise telles que « *comply or explain* » ou encore le « *name and shame* ». Ainsi, la RSE et la gouvernance d'entreprise ont pu efficacement intégrer le droit français grâce aux méthodes issues du droit de la conformité. Ces concepts sont en quelque sorte des partitions que la compliance, tel un chef d'orchestre, va s'efforcer de nouer afin de rendre harmonieux l'ensemble de la chaîne de gestion et d'anticipation des risques.

Au plan économique, la gestion des risques juridiques, économiques et financiers est déterminante en ce qu'elle limite le risque réputationnel de l'établissement financier ainsi que le risque de contentieux. Cette gestion des risques étant inhérente aux cellules de compliance, cette dernière est source de compétitivité et de rentabilité de l'entreprise. Certains établissements financiers, certes soumis légalement aux obligations de compliance, ne les exécutent pas pleinement. Dès lors, par un calcul rationnel, ils semblent préférer subir une amende sanctionnant le manque de diligence plutôt que d'investir dans une culture de conformité proactive.

La solution envisageable, dans une démarche contraignante, semble alors d'imposer aux établissements financiers la construction d'une cellule de conformité effective au titre des sanctions. Ce type de sanction complémentaire a notamment été introduit par la Loi Sapin II, et s'est concrétisé en outre en matière de corruption.



# CONCLUSION DE LA PARTIE 1

---

La conformité s'entend comme un concept protéiforme empreint des matières juridiques, économiques et financières. Une approche méthodique de la conformité permet à la fois de conceptualiser ce mécanisme issu de la pratique mais également d'en déterminer les limites, c'est-à-dire de l'objectiver. Dans le cadre des établissements financiers, la compliance s'entend largement comme étant une forme de contrôle interne, englobant les règles de régulation et de supervision juridique, comptables et financières. Ce que la pratique nomme contrôle interne correspond donc au concept de compliance multidimensionnelle, mêlant à la fois normes comptables, financières et juridiques. Il s'agit en quelque sorte d'un bloc de conformité. De manière restrictive, la compliance est définie négativement comme un risque de non-conformité dans les établissements financiers. Des normes issues du droit dur viennent imposer un cadre strict à la compliance, fixant notamment des objectifs en termes de thématiques à traiter. Il s'agira notamment de la RSE, du développement de règles éthiques, d'une culture de gestion du risque de blanchiment de capitaux, du risque de corruption ou encore du risque d'abus de marché. Des normes de droit mou complètent ensuite les normes de droit en donnant les moyens aux établissements financiers d'instaurer une culture de conformité, par l'édiction de chartes éthiques notamment. Se distinguent alors deux types de conformité : la conformité legaliste et la conformité consensualiste. La seconde constitue le véritable socle de l'autorégulation des organismes financiers en ce qu'elle va permettre le développement de bonnes pratiques de gouvernance ainsi que la promotion de politiques de RSE. La conformité consensualiste, par la libéralité qui lui est inhérente et la diffusion rapide qu'elle permet, va rendre efficace les mécanismes d'autorégulation. Le rôle interventionniste du régulateur sera alors moindre, ainsi que le risque juridique auquel sont soumis les groupes bancaires et financiers.

Le développement de la culture de conformité pourrait sembler résulter d'un processus d'opportunité, un facteur de développement des entreprises qui serait enclin à accroître leur compétitivité. Seulement, cette conformité fait supporter un coût

certain aux groupes bancaires qui peuvent alors décider de n'appliquer que partiellement les règles de compliance imposées, voire ne pas les appliquer. Aussi, certains feindront de les appliquer tout en maintenant certaines pratiques déviantes favorisant leurs intérêts et ceux de leurs clients, c'est ce que l'on nomme la compliance cosmétique. En tout état de cause, chaque établissement financier effectue un calcul rationnel avant d'investir dans les mécanismes de compliance, c'est ici que les théories issues de l'analyse économique du droit trouvent un nouveau terrain d'application. Néanmoins, la globalisation juridique et les conflits de systèmes juridiques augmentent les contraintes pesant sur les établissements financiers. Chargés de nouvelles obligations, de nouvelles thématiques comme la lutte contre le financement du terrorisme, l'absence de mécanisme de compliance efficace devient préjudiciable aux établissements financiers, notamment en termes de réputation et de protection économique. Enfin, la compliance trouve de nouvelles formes d'expression à travers diverses négociations et transactions mises en œuvre en France, cela résultant d'un large mouvement d'acculturation du droit français au droit anglo-saxon.

Une approche empirique de la conformité incite alors à s'intéresser aux diverses thématiques que recouvre celle-ci, notamment en ce qui concerne la lutte contre la délinquance économique. De manière structurelle, la conformité s'étend à l'ensemble des domaines que le droit de l'entreprise peut recouvrir tels que le droit social, le droit fiscal, le droit de la concurrence, etc. Conjoncturellement, il serait intéressant de voir les mécanismes de conformité s'appliquer à des domaines où la lutte contre la délinquance économique reste à la marge, comme c'est le cas du milieu sportif.

# **PARTIE 2. Approche empirique de la conformité dans les établissements financiers**

**303. Le shadow banking comme limite aux principes issus du droit de la conformité.**

La conformité est un concept protéiforme dont l'acceptation scientifique et technique est fluctuante. Selon le modèle d'entreprise, l'activité envisagée et l'environnement juridique à respecter, le périmètre de la cellule conformité sera plus ou moins large. En ce qui concerne les établissements financiers, leur rôle tampon entre l'économie financière et l'économie réelle les destine à tenir une place non négligeable dans la lutte contre la criminalité organisée. En effet, les banques, par les activités qu'elles peuvent réaliser sur les marchés via les filiales de banque de marché spécifiques et les prêts qu'elles fournissent aux entreprises et aux particuliers, sont une pièce fondamentale de l'économie. Mais cette place forte de l'économie capitaliste les destine également à figurer au carrefour du licite et de l'illicite. Les organisations criminelles usent largement des banques pour faire circuler des capitaux « sales », c'est-à-dire des capitaux illicites issus du produit d'une infraction pénale. L'Etat ne pouvant découvrir et contrôler à lui seul l'ensemble des activités criminelles de ces groupements organisés, il a décidé d'en confier la tâche, entre autres, aux établissements financiers. Les lois spécifiques à la lutte contre le blanchiment de capitaux ont créé une catégorie de personnes physiques et morales ayant la qualité « d'assujettis ». Cette catégorie comprend différentes professions dont les métiers de la banque, de l'assurance et de la finance font assurément partie. Il n'est donc pas surprenant d'y retrouver les établissements financiers. Ceux-ci ont une obligation de vigilance à l'égard de leurs clients : vigilance sur la véracité de leur identité ainsi que sur les opérations qu'ils effectuent. Cette obligation de vigilance, en raison de l'approche par les risques imposées par les directives européennes en la matière, tend à devenir une obligation de vigilance renforcée. Dès lors, un mouvement d'une approche restrictive à une approche extensive des finalités de la conformité peut s'observer (TITRE 1<sup>er</sup>).

Cependant, les établissements financiers peuvent être utilisés à des fins criminelles sans que cela ne puisse être contrôlé par les autorités de régulation. Lorsque la lumière est mise sur la finance, souvent est oubliée la finance de l'ombre. Cette ombre est notamment constituée par les transactions financières s'effectuant en dehors du périmètre de régulation. L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution a donné une

définition de ce que l'on nomme le « *shadow banking* »<sup>663</sup>. En d'autres termes, la finance parallèle correspond aux « *entités réalisant une activité de transformation de maturité, de liquidité, d'effet de levier ou de transfert ou de risque de crédit qui ne sont pas supervisés dans le cadre de la consolidation prudentielle et ne sont pas soumises aux exigences prudentielles sur base sociale* » sous réserve d'exclusions particulières. Cette approche par exclusion ne permet pas de fournir une définition précise du phénomène de système bancaire parallèle qu'il faudra appréhender au plus vite<sup>664</sup>. Avec le développement grandissant du terrorisme et les problématiques de son financement indirect par des organisation financières, d'autres phénomènes juridico-économiques doivent être appréhendés rapidement par les autorités de régulation et les entités régulées : le système des blockchains et des monnaies virtuelles mais également le développement du financement participatif. De nouveaux marchés ont éclos grâce à la globalisation économique comme peut l'être le marché du sport, cela favorisant le phénomène de délinquance économique. En outre, ces nouveaux marchés ne sont pas l'unique raison de la défaillance du contrôle de conformité amenant l'organisme financier à réparer les dommages causés, voire à négocier les peines qui peuvent lui être infligées. (TITRE 2).

---

<sup>663</sup> ACPR, position 2016-P-01, 20 déc. 2016, concernant la mise en œuvre des orientations de l'Autorité Bancaire Européenne (ABE) relatives aux limites d'expositions sur les entités du système bancaire parallèle prévues par l'article 395 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013 ("CRR").

<sup>664</sup> N. MATHEY, « ACPR : conformité aux orientations de l'ABE en matière de *shadow banking* », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 2, Mars 2017, comm. 54.



## TITRE 1. D'une approche restrictive à une approche extensive des finalités de la conformité

---

**304. Les établissements financiers face au fléau du blanchiment de capitaux.** En matière de blanchiment, l'élément intentionnel est objectivé, c'est-à-dire qu'il est souvent déduit de l'omission de vigilance de l'assujetti. En d'autres termes, les établissements financiers réalisent l'élément intentionnel de l'infraction de blanchiment de capitaux lorsqu'ils ne respectent pas l'obligation de vigilance, ou devrait-on préférer l'expression « *obligation de surveillance* », qu'ils ont à leur charge. Du point de vue économique, les organisations criminelles nécessitent l'utilisation de techniques de blanchiment pour pouvoir prospérer. Seulement, pour en user, elles font transiter de l'argent sale par des plateformes financières et bancaires. Au plan mondial, les établissements financiers sont donc, bon gré mal gré, au cœur des transactions de capitaux illicites. Par la volonté d'externaliser les activités de lutte contre le blanchiment de capitaux, l'Etat, sous l'impulsion de l'union Européenne impose aux « *assujettis* », dont font partie les établissements financiers, de mettre en œuvre des procédés permettant de lutter contre ce fléau. Bien que le GAFI soit un organisme intergouvernemental dénué de tout pouvoir normatif et coercitif à l'échelle internationale, les buts qu'il poursuit et son aura mondiale lui offrent une place de choix en termes de création normative. Pour ce faire, il émet des recommandations. Les mesures visant à lutter contre le blanchiment sont à destination de multiples professions du chiffre et du droit. Les établissements financiers font partie du périmètre d'application des recommandations du GAFI. Les institutions financières doivent notamment prendre des mesures de vigilance quant à sa clientèle et aux transactions financières que celle-ci pourrait réaliser. Les degrés du renforcement de vigilance étant gradués au profil dit « risqué » du client, une déclaration de soupçon doit être réalisée auprès de l'organisme TRACFIN lorsqu'un doute important subsiste

sur un client. Issue directement de l'approche par les risques prônée par le GAFI, la lutte contre le blanchiment s'est logiquement étendue à la lutte contre le financement du terrorisme. Cela constitue l'une des nouvelles missions dont sont chargées les institutions financières (Chapitre 1<sup>er</sup>).

Cependant, le blanchiment de capitaux n'est pas l'unique phénomène criminel auquel sont confrontées les banques. En effet, dès lors que les institutions financières permettent le transfert rapide et effectif de capitaux, la circulation de capitaux illicites est à craindre au cœur même du système bancaire. Les établissements financiers sont notamment tenus de veiller à la lutte effective contre la corruption et les abus de marché. Les dernières évolutions législatives en matière de lutte contre la corruption mettent à leur charge de lourdes responsabilités. Pour y faire face, ils doivent, au même titre qu'en matière de lutte contre le blanchiment, mettre en œuvre des processus de conformité. Les abus de marché sont quant à eux directement liés aux conflits d'intérêts qui peuvent se développer au sein d'un établissement financier. Chaque institution financière a par conséquent le devoir de garantir la création et l'existence pérenne de ce que l'on dénomme bien souvent « *une muraille de Chine* ». Elle a pour objet principal de séparer non seulement les activités de banque de détail et de banque de marché mais également de séparer les lignes de métier coexistantes dans chaque établissement. Une extension du devoir de vigilance des établissements financiers se réalise au profit du respect des valeurs protectrices des marchés financiers, des biens de l'Etat et de la probité (Chapitre 2).



## Chapitre 1. Approche restrictive de la conformité : la lutte contre le blanchiment de capitaux

---

Le blanchiment de capitaux est un fléau qui, historiquement et à la différence d'autres phénomènes criminels, n'a été pris en considération que récemment par les autorités publiques. En effet, c'est à partir des années 1980 qu'une prise de responsabilité se fait sentir. Le caractère transnational des transactions illicites et leur impact sur l'économie globale n'échappaient pas aux observateurs les plus avisés de l'époque<sup>665</sup>. Logiquement, cette prise de conscience coïncide avec la mise en œuvre de la règle des « 3 D » au plan financier : dérégulation, déréglementation, désintermédiation. Cette règle est issue des politiques ultra-libérales de Margaret Thatcher en Grande-Bretagne et de Ronald Reagan aux USA. En pleine période de guerre froide et devant officieusement choisir entre le bloc de l'Est et le bloc de l'Ouest, la majorité des Etats européens décidèrent de s'aligner sur le modèle britannique.

Le blanchiment, facilité par la libre circulation des capitaux et des personnes, est un mécanisme aussi bien juridique que comptable qui permet la réintégration de l'argent sale dans le circuit économique légal. Des techniques plus ou moins sophistiquées permettent cette transformation d'argent sale en argent « propre ». Les organismes financiers jouent bien souvent un rôle déterminant dans la réussite de ces techniques de blanchiment. En raison des multiples moyens de blanchiment existants, les flux financiers transitant par les organismes financiers sont hétérogènes mais viennent consacrer le périmètre classique de la conformité (Section 1).

Afin de limiter cette délinquance à la fois astucieuse et dangereuse, les organisations internationales ont misé sur une stratégie intrigante : confier une partie de la lutte contre le blanchiment d'argent aux organismes financiers ainsi qu'à d'autres

---

<sup>665</sup> D. DAVOUST, « La lutte contre le blanchiment de capitaux : une action menée au plan international, européen et national », *LPA*, 2002, n° 155, p. 4.

professions du chiffre et du droit. Cette externalisation entraîne des obligations légales à la charge de ces « *assujettis* ». Ces derniers se doivent d'être particulièrement vigilants quant aux clients qui utilisent les comptes bancaires de l'établissement ainsi que sur les opérations qu'ils peuvent réaliser.

Cette obligation de vigilance ne peut être efficace que si l'établissement financier organise un dispositif à la fois humain et technique afin de garantir la surveillance des personnes et des flux qui transitent en son sein. C'est en cela que le contrôle interne est imposé par les articles L. 561-32 et suivants du code monétaire et financier impose aux établissements financiers la mise en place d'une cellule spécifiquement destinée à l'évaluation des risques de blanchiment et de financement du terrorisme (Section 2). Toute personne suspecte ou tout flux financier douteux devra faire l'objet d'une déclaration à l'organe gouvernemental compétent pour les dénonciations : TRACFIN. Des mécanismes innovants facilitent la circularisation d'information mais aussi l'automatisation des process et des contrôles anti-blanchiment.

## ***Section 1. Hétérogénéité du périmètre classique de la conformité***

---

Le blanchiment de l'argent sale relève à la fois de techniques juridiques et de techniques comptables. C'est cette dualité de compétences qui justifie que le blanchisseur soit qualifié de délinquant astucieux. Ce qualificatif est particulièrement justifié lorsque le blanchisseur profite des marchés financiers et des places *off-shore*, aussi bien juridiquement que fiscalement peu coopératives pour réaliser ses méfaits. Que ce soit de manière dite « artisanale » ou alors de façon plus sophistiquée, le blanchiment de capitaux issu d'une infraction est un flux ou plutôt une multitude de flux difficiles à tracer. Il implique bien souvent des complices et des organismes financiers (Paragraphe 1).

Pour lutter contre ce fléau, des organisations internationales telles que les Nations Unies ou encore le G-7 et le G-20 ont instauré des organismes visant à lutter contre ce fléau. Un organisme, en particulier, fait référence en ce domaine, il s'agit du GAFI<sup>666</sup>. Créé lors du Sommet de Paris en 1989, le GAFI élabore des recommandations auprès des Etats qui ont signé la convention, il établit des listes noires et grises des Etats considérés comme étant « à risque ». Non doté d'un réel pouvoir coercitif, il utilise la technique du « *name and shame* » et de contrôles « sur place » pour imposer ses recommandations. Au plan national, c'est l'organisme TRACFIN qui est chargé de recueillir l'ensemble des soupçons que les assujettis légalement nommés doivent leur transmettre (Paragraphe 2).

---

<sup>666</sup> Groupement d'Action Financière Internationale.

## **Paragraphe 1. Hétérogénéité des flux financiers transitant par les organismes financiers**

Le blanchiment de capitaux, à la différence d'autres infractions astucieuses telles que l'abus de bien sociaux ou encore l'escroquerie, n'a été réellement considéré que dans les années 1980. Jusqu'à cette date, en France, il ne faisait l'objet que d'un texte relatif aux douanes avant de prendre une plus grande envergure en 1990. Les origines et la définition du blanchiment de capitaux constituent des points clefs afin de comprendre les mécanismes de financement du crime organisé (A).

Cette criminalité d'affaires a techniquement progressé au fil des années, passant de moyens sommaires de blanchiment à des mécanismes beaucoup plus techniques et complexes comme peut l'être l'utilisation des marchés financiers (B).

### **A. Origines et définition juridique du blanchiment de capitaux**

Les activités criminelles se sont étoffées et mondialisées du fait d'une économie libérale toujours plus souple depuis les années 1980 (1). Les acteurs de cette criminalité sont répertoriés géographiquement bien que leur influence et leur expansion soient, elles aussi, mondiales (2). La France a mis en œuvre une infraction spécifique de blanchiment de capitaux issue du trafic de stupéfiants. Par la suite, une définition juridique plus large de l'infraction de blanchiment a donc été créée (3).

#### **1. Les activités criminelles**

**305. Origine historique.** Les premiers émoluments du blanchiment d'argent datent de la période de la Prohibition en Amérique. Alors que la vente d'alcool était prohibée aux USA, Alphonse Capone se fait connaître comme l'un des meilleurs contrebandiers des gangs mafieux des années 1920. Déjà riche d'argent sale issu du proxénétisme, il se doit de trouver un moyen astucieux pour non seulement faire perdre la trace de cet argent mais également de le réintégrer dans l'économie légale. Pour ce faire, il utilise

un réseau de blanchisserie de la ville de Chicago<sup>667</sup> pour donner une valeur licite à l'argent issu du crime organisé, les blanchisseries réalisant leurs recettes en numéraire. Au final, ce ténor du grand banditisme sera condamné à 19 ans d'emprisonnement dont 11 fermes à Alcatraz pour fraude fiscale. Cela est le résultat de l'action d'un agent secret du fisc plutôt discret : Frank J. Wilson.

Ainsi, c'est de cette pratique plutôt ingénieuse que vient le terme de blanchiment d'argent sale. Cette expression n'est pas une spécificité française puisque les Suisses utilisent l'expression de « *lavage d'argent sale* », les anglais de « *money laundering* », expression que l'on retrouve par l'appellation « *blanqueo* » en Espagne et « *Geldwäsche* » en Allemagne. La monnaie fiduciaire est un atout remarquable dans le processus de blanchiment en raison de son aisance de placement, de son absence de traçabilité et de sa facilité de recyclage. C'est justement de ces trois phases qu'est constitué le délit de blanchiment de capitaux.

**306. L'époque de la prohibition aux Etats-Unis.** Toutefois, avant de s'intéresser spécifiquement au blanchiment, il s'avère indispensable de saisir l'importance de la provenance de l'argent blanchi. Souvent issu de ce que la presse a coutume d'appeler « *le grand banditisme* », l'argent noir provient bien souvent du trafic de drogue, du trafic d'êtres humains, de la prostitution, du trafic d'animaux, du vol, de la contrebande et de la contrefaçon. Ce dernier aspect est en constante évolution en Europe à la suite des politiques publiques visant à lutter contre le tabagisme. Bien souvent, le développement de l'argent sale dans un secteur particulier se développe en réaction aux politiques publiques visant à restreindre les flux de certains types de marchandises. L'époque de la prohibition aux Etats-Unis en est un exemple frappant. La contrebande d'alcool a explosé dans l'Amérique des années 1920, les premiers groupes mafieux d'envergure se sont constitués et de grands criminels ont commencé à développer leur « contrôle » sur certaines grandes villes. La prohibition est issue de politiques publiques visant à lutter contre la consommation excessive d'alcool des ouvriers, cela afin d'accroître leur productivité au travail et, par voie de conséquence, accroître les

---

<sup>667</sup> Il s'agissait de la chaîne « *Sanitary Cleaning Shops* ».

performances de l'entreprise. Le résultat de cela a finalement permis la construction d'un réseau mafieux d'envergure. Le produit criminel brut (PCB) issu des activités précitées environnait les 15 % du commerce international en 1998, soit approximativement 1800 milliards de dollars<sup>668</sup>. Les sommes sont difficiles à chiffrer car toutes ces activités criminelles se déroulent dans l'ombre. Les évolutions technologiques favorisent toujours plus le crime organisé qui, désormais, utilise des procédés informatiques. Par ailleurs, la cybercriminalité se répand, allant du vol d'informations stratégiques d'entreprise ou des données personnelles de clients jusqu'au racket pour ne pas divulguer ces informations<sup>669</sup>.

## 2. Les acteurs criminels

**307. Typologie des délinquants d'affaires.** Il existe deux types d'auteur dans ce que l'on peut considérer comme faisant partie de la criminalité d'affaires, ces deux acteurs se distinguant en fonction de leur organisation, mais pas seulement. Les premiers acteurs sont ceux qui vont utiliser, à titre individuel, leur compétence et leur statut social aux fins de réalisation de l'infraction de blanchiment de capitaux. Avec ce type d'acteur, il n'est nul besoin d'organisation structurée, puisqu'ils commettent leur forfait en ayant réalisé par eux-mêmes les infractions dont le fruit généré doit être blanchi. L'on peut citer par exemple le cas de Bernard Madoff. Ce qui les rend si dangereux et si puissants, c'est leur capacité à intégrer les plus hautes instances de la bourse, en les infiltrant en quelque sorte. En maîtrisant tous les arcanes du processus boursier ainsi qu'en se constituant un réseau de personnes haut placées dans les organes financiers et les instances de régulation, ces délinquants sont à même de mieux contourner les règles qui sont imposées par un l'ordre public de protection. Bien que leur impact économique soit moindre que celui du crime en bande organisée, la création d'un risque systémique et l'atteinte à des victimes collatérales sont les conséquences de leurs actes déviants.

---

<sup>668</sup> J. de MAILLARD, *Un Monde sans loi. La criminalité financière en images*, Stock, 2003.

<sup>669</sup> L'utilisation du « Ransomware » est devenu une technique redoutée par les entreprises : <http://www.europel.fr/societe/cyberattaque-le-ransomware-touche-de-plus-en-plus-dentreprises-2937521>.

**308. La catégorie des groupes organisés.** Les seconds acteurs à envisager sont les groupes organisés. Les mafias ont pris forme au début des années 1900. Font partie de ces acteurs formant la criminalité organisée, la mafia italienne telle que la *Cosa Nostra* ou encore la *Camora*. D'autres mafias se sont constituées en Russie et en Albanie des suites de la chute de l'URSS et du mur de Berlin mais aussi de l'ex-Yougoslavie. La mafia sévit également à l'extérieur du Vieux continent. Sur le continent Sud-Américain, les FARC<sup>670</sup> ont mis la main sur le trafic de stupéfiant et notamment de cocaïne, sans compter les enlèvements contre rançon. En Asie, la Chine et le Japon ont vu se développer des mafias particulièrement virulentes. En Chine, ce sont les *Triades* qui sont le fer de lance de la criminalité organisée. Les historiens estiment que les premières triades datent de 1644, à l'époque de la dynastie Ming, les triades sont organisées à la façon des loges maçonniques. Une hiérarchie stricte sous forme pyramidale assure la pérennité de ces groupes criminels. La diaspora chinoise permet à ces triades de s'exporter dans le monde entier. Enfin, les japonais ont assisté à l'émergence des « *yakusa* » au cours du XVIIe siècle. Chaque clan de *yakusa*<sup>671</sup> mène ses affaires sur un territoire déterminé. L'Etat japonais décida par une loi de 1992, de dissoudre les syndicats du crime organisé. Ces derniers se sont réorganisés afin de s'adapter à ces nouvelles exigences légales. Il en résulte que le crime organisé a pénétré la sphère légale au point de devenir créateur de richesses pour l'économie Japonaise. Les yakusas ont notamment intégré les banques et autres organismes financiers, cela leur offrant la possibilité de contrôler pour partie le marché boursier japonais. D'autres organisations criminelles se sont organisées dans bien d'autres pays mais leur étude serait fastidieuse et sans intérêt direct dans le cadre de cet écrit.

Il est donc évident que ces typologies de délinquants profitent des manquements du système répressif pour transformer de l'argent sale en argent propre. La pénétration de ces acteurs criminogènes dans le système économique trouve une résonance particulière lorsque ces acteurs constituent des élites qui participent directement ou indirectement au fonctionnement des institutions bancaires. Et cela aussi bien au plan

---

<sup>670</sup> Forces Armées Révolutionnaire Colombienne.

<sup>671</sup> Également nommé *boryokudan*.

de la régulation qu'au plan de l'application, c'est-à-dire que leur action peut s'observer de façon *ex ante* et *ex post*.

### 3. Définition juridique du blanchiment de capitaux

Le cadre juridique de l'infraction de blanchiment nécessite une explication des origines normatives de cette infraction (a), de la description des éléments matériels (b) et intentionnels (c), et enfin de la description des sanctions (d).

#### *a. Origines normatives du blanchiment de capitaux*

**309. Les textes fondateurs.** Originellement, le premier texte à réprimer le blanchiment ne portait que sur les produits tirés du trafic de stupéfiants<sup>672</sup>. Ce n'est qu'en 1988 que le législateur créa une incrimination spécifique de blanchiment qu'il intégra à l'article 415 du code des douanes<sup>673</sup>. L'évolution des politiques criminelles au plan international a incité la France à adopter une infraction autonome de blanchiment de capitaux par la loi n° 96-392 du 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. Codifié dans le code pénal, le texte dispose que « *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. Constitue également une forme de 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. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* »<sup>674</sup>. A la lecture de ce texte, il paraît évident que l'infraction de blanchiment requiert deux caractéristiques : il s'agit d'une infraction de conséquence mais aussi d'une infraction

---

<sup>672</sup> Art. L. 627 al.3, loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987.

<sup>673</sup> Loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988.

<sup>674</sup> C. pén., art. 324-1.



de commission. A ce titre, une situation de cumul idéal de qualification avec le recel peut apparaître.

**310. Pluralité de sources.** Désormais, il existe trois incriminations relatives au blanchiment : les textes généraux du chapitre « *du blanchiment* » du code pénal, les textes spécifiques de la section « du trafic de stupéfiants » du code pénal, et enfin les textes du code des douanes. Seule l'incrimination générale fixée aux articles 324-1 et suivants du code pénal retiendra notre attention pour la suite des développements.

*b. Eléments matériels de l'infraction de blanchiment de capitaux*

**311. Une infraction de conséquence.** D'une part, pour que l'infraction de blanchiment soit consommée, il est nécessaire qu'une infraction principale existe. L'article 324-1 évoque un crime ou délit « profitable » comme fait générateur de blanchiment. Dès lors, dans le cadre du droit de l'entreprise, l'abus de biens sociaux<sup>675</sup> ou la banqueroute<sup>676</sup> sont des exemples d'infractions primaires du délit de blanchiment. C'est en ce sens que le blanchiment, au même titre que le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende<sup>677</sup>. Dès lors, il s'agit de deux infractions de conséquences qui nécessitent la réalisation d'une infraction autonome<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-87.968, *Rev. sociétés*, 2015, p. 386, note. B. BOULOC.

<sup>676</sup> Cass. crim., 31 mai 2012, n° 12-80.715, Bull. crim. n° 139 ; *Dr. sociétés*, 2012, p. 40, comm. 173, obs. R. SALOMON ; H. ROBERT, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment d'argent », *JCP G*, 2008, I, 146 ; *RTD Com.*, 2012, p. 628, obs. B. BOULOC.

<sup>677</sup> C. pén., art. 321-1.

<sup>678</sup> La qualification d'infraction de conséquence est remise en cause et précisée par certains membres de la doctrine. Voir par exemple P. CAZALBOU, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées*, Thèse Toulouse 1 Capitole, 2014.

**312. Une infraction de commission.** D'autre part, le blanchiment de capitaux est une infraction de commission en ce sens que des éléments matériels doivent être réalisés de façon positive pour pouvoir consommer l'infraction. C'est en cela que le blanchiment constitue non seulement une infraction de conséquence mais également une infraction autonome<sup>679</sup>. Le délit général de blanchiment d'argent de l'article 324-1 du code pénal comprend deux éléments matériels : la facilitation d'une justification mensongère de l'origine des biens ou revenus de l'auteur d'un crime ou délit profitable mais aussi le concours à une opération de placement, de dissimulation ou conversion d'un produit illicite.

Dans le premier élément matériel, tous les biens, meubles et immeubles, corporels et incorporels dont est constitué le patrimoine ainsi que les revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il a tiré profit font partie du périmètre de la justification. Le terme de « *profit* » ne doit pas être considéré sous son acception comptable mais plutôt comme un synonyme du terme « *produit* » qui est utilisé au deuxième alinéa de ce même article<sup>680</sup>. La particularité de cet élément matériel consiste en l'absence de démonstration de lien de causalité entre le train de vie précité et la justification mensongère. Le législateur a certainement préféré assurer l'efficacité de l'incrimination en facilitant l'administration de la preuve par le mécanisme de présomption simple.

**313. Explication des « justifications mensongères ».** Le terme de « *justification mensongère* » est relativement large, ce qui offre la possibilité d'y intégrer un grand nombre de pratiques frauduleuses. Les plus connues sont notamment les faux, les documents falsifiés ou encore les jeux d'écritures comptables. Mais figure également dans cette catégorie la création de sociétés fictives, bien souvent sur des territoires *off-shore*, dès lors que transite par les livres de ces sociétés le produit infractionnel<sup>681</sup>. Des

---

<sup>679</sup> H. ROBERT, Les délits de blanchiment de l'argent illicite, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, Wolters Kluwer France, éd. 2017, p. 629, spec. 1736.

<sup>680</sup> M. SEGONDS, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019, V° « Blanchiment ».

<sup>681</sup> Cass. crim., 7 oct. 2009, n° 08-84.348, *D.*, 2010, p. 1663, obs. C. MASCALA ; *RTD. com.*, 2010, p. 442 ; obs. B. BOULOC ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 631, obs. H. MATSOPOULOU.

auteurs considèrent que ce premier type de blanchiment consisterait en un blanchiment indirect<sup>682</sup>.

Le blanchiment direct consisterait alors dans la réalisation du second élément matériel figurant au deuxième alinéa de l'article 324-1 du code pénal. Sont visés à cet endroit, les concours à une opération de placement, de dissimulation et de conversion d'un produit illicite. Le texte d'incrimination de ce « *blanchiment du patrimoine criminel* » mentionne le terme de « *produit* », qui fait référence à tout avantage économique découlant de l'infraction<sup>683</sup>. Il importe peu que le produit issu de crimes ou de délits soit direct ou indirect. Aussi, les concepts de « *placement* », « *dissimulation* » et « *conversion* » ne sont pas définis par loi. C'est donc la doctrine et la jurisprudence qui ont donné un sens juridique à ces concepts. Ainsi, le placement permet de « *débarrasser le détenteur des fonds en numéraire produits par son activité criminelle* »<sup>684</sup>. La dissimulation consiste au « *déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement, de la propriété des biens ou des droits réels étant relatifs* »<sup>685</sup>. La conversion, quant à elle, « *regroupe toutes les opérations de transfert de biens dans le but de dissimuler et de déguiser leur origine illicite* »<sup>686</sup>. Ces trois phases sont également dénommées « *prélavage* », « *lavage* » et « *recyclage* » mais demeurent plus des éléments théoriques qui permettent une meilleure compréhension des mécanismes de blanchiment que des réalités pratiques. En effet, la jurisprudence admet que ce triptyque peut se matérialiser en un seul acte. Dès lors que ces opérations ont pour finalité le recyclage de l'argent sale, ces trois opérations peuvent se confondre matériellement et intellectuellement. Ce qui est recherché par les juridictions répressives consiste dans la caractérisation du concours apporté à au moins une de ces trois opérations pour pouvoir démontrer le second élément matériel de l'acte de blanchiment. Un exemple concernant directement les organismes financiers illustre un cas de blanchiment : l'abstention volontaire de la part d'une personne chargée d'une

---

<sup>682</sup> M. DELMAS-MARTY et G. GIUDIOLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 2000.

<sup>683</sup> TGI Paris, 11<sup>e</sup> ch., 16 févr. 2004, n° 9612469010.

<sup>684</sup> H. ROBERT, Les délits de blanchiment de l'argent illicite, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, Wolters Kluwer France, éd. 2017, p. 633, spéc.1744.

<sup>685</sup> Conv. de Strasbourg, 8 nov. 1990, art. 6-1-b.

<sup>686</sup> Conv. de Strasbourg, 8 nov. 1990, art. 6-1-a.

mission de contrôle et de surveillance résultant d'une collusion avec le détenteur des fonds illicites<sup>687</sup>.

**314. Les circonstances aggravantes retenues par les textes.** Également, les textes répressifs retiennent les circonstances aggravantes de participation en bande organisée, l'habitude et les facilités fournies par la profession. Les établissements financiers sont directement visés par cette dernière circonstance. Représentant le moyen de lier l'économie financière et l'économie réelle, les organismes financiers se trouvent au carrefour de multiples transactions financières.

**315. Reconnaissance de l'autoblanchiment.** Lorsque l'auteur de l'infraction de blanchiment est également l'auteur de l'infraction primaire, là il s'agit alors d'une situation d'autoblanchiment. Celui-ci a été reconnu par la jurisprudence dans une affaire *Sediki* de 2003<sup>688</sup>. Malgré de nombreuses critiques de la doctrine sur le point de savoir si l'auteur de l'infraction primaire pouvait également être auteur de l'infraction secondaire<sup>689</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé sa position en étendant une jurisprudence déjà établie sur l'applicabilité de l'incrimination de blanchiment à l'auteur de l'infraction principale<sup>690</sup>. La Cour a également eu à se prononcer sur deux questions prioritaires de constitutionnalité dans deux arrêts du 27 mars 2013<sup>691</sup> dans lesquelles elle a décidé de ne pas transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

**316. Autonomie de l'infraction de blanchiment de capitaux.** Le blanchiment de capitaux est une infraction de conséquence, c'est-à-dire que sa réalité est directement liée à l'existence d'une infraction préalable, au même titre que le recel. Néanmoins, bien que ce lien direct existe, l'infraction de blanchiment n'en est pas moins

---

<sup>687</sup> B. BOULOC, « De quelques aspects du délit de blanchiment », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2002, p. 153.

<sup>688</sup> Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86.182, *Gaz. Pal.*, 2004, doct. p. 790, note C. DUCOULOUX-FAVARD.

<sup>689</sup> H. MATSOPOULOU, « La répression du délit de blanchiment d'argent », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2002, p. 362 ; H. MATSOPOULOU, « L'article 324-1 alinéa 2 du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise », *JCP G*, 2004, II, n° 10081.

<sup>690</sup> Cass. crim., 20 février 2008, n° 07-82.977, Bull. crim. n° 43, *D.*, 2008, p. 1585-1589, note C. CUTAJAR ; *JCP G*, 2008, II, n° 10103, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

<sup>691</sup> Cass. crim., 27 mars 2013, n° 12-84.189 et 12-85.115, Bull. crim. n° 71.

autonome<sup>692</sup>. Plusieurs arrêts de la Haute Cour judiciaire approuvent une pleine autonomie de l'infraction de blanchiment par rapport à l'infraction qui a généré les profits<sup>693</sup>. Dès lors, l'auteur de blanchiment peut faire l'objet de poursuites même si l'auteur de l'infraction d'origine n'a pas fait l'objet de poursuite judiciaire ou lorsqu'en raison d'un fait justificatif ou d'une cause d'irresponsabilité, il ne peut être condamné.

*a) Élément intentionnel de l'infraction de blanchiment de capitaux*

**317. Un élément intentionnel souvent déduit des éléments matériels.** En vertu du principe légaliste, les juridictions répressives, et notamment le ministère public, doivent de rapporter l'intention des auteurs de réaliser l'infraction de blanchiment. Cet élément est constitué si l'auteur avait conscience de l'accomplissement d'un acte de blanchiment et qu'il connaissait l'origine illicite des fonds recyclés. La jurisprudence de la Cour de cassation, constante depuis 2003, considère que la simple conscience du caractère illicite des fonds ou des biens recyclés suffit à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction<sup>694</sup>. Cet élément intentionnel fait, au même titre que d'autres infractions de droit pénal des affaires, l'objet d'une objectivisation. En effet, les dernières directives européennes, appuyées sur les travaux du GAFI, incitent les magistrats à déduire l'intentionnalité du blanchiment des faits de l'espèce et par conséquent de la réalisation de l'élément matériel.

**318. Organismes financiers et élément intentionnel.** C'est encore une fois en matière bancaire que se retrouve un grand nombre d'exemples. En effet, comme vu précédemment, l'article L. 561-2 du code monétaire et financier impose aux établissements financiers de mettre en œuvre des mesures de vigilance afin de détecter

---

<sup>692</sup> C. MASCALA, « Droit pénal des affaires, mai 2012-mai 2013 », *D.*, 2013, 1647.

<sup>693</sup> Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86182 ; Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81165, *Bull. crim.* 2004, n°12 p. 39 ; Cass. crim., 7 avril 2004, n° 03-84889, *Bull. crim.* n° 92 ; Cass. crim. 10 mai 2005, n° 04-85743. Confirmé par : Cass ; crim. 8 sept. 2010, n° 09-86281 ; Cass. crim., 17 février 2016, n° 15-80050, *RTD Com.*, 2016, p. 346, obs. B. BOULOC.

<sup>694</sup> Cass. crim., 3 déc. 2003, n° 02-84.646 ; Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10.87.503 ; Cass. crim. 20 mai 2015, n° 14-81.964.

les blanchisseurs usant d'organismes financiers auprès desquels ils sont clients pour réaliser leur forfait. Monsieur CONTE avait déjà constaté que la mauvaise foi de l'organisme financier était caractérisée lorsque celui-ci avait l'obligation de réaliser des contrôles et des investigations sur le client ainsi que sur la provenance et la destination des fonds qu'il déposait, son abstention démontrant sa mauvaise foi<sup>695</sup>. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 avril 2010 reprend ce raisonnement en condamnant un cadre bancaire pour son manque de vigilance caractérisée<sup>696</sup>. Dès lors, le ministère public bénéficie de ce régime de preuve facilité en matière d'élément intentionnel lorsqu'il décide de poursuivre l'organisme financier et son représentant personne physique pour blanchiment de capitaux, en tant que complice ou co-auteur.

*b) Sanction du blanchiment d'argent simple et aggravé*

**319. Peines applicables en matière de blanchiment.** La sanction applicable au blanchiment dépend de son degré de gravité. Lorsque le blanchiment est « simple », la peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. Lorsque le blanchiment est « aggravé », la peine est portée à dix ans et 750 000 € d'amende. Les circonstances aggravantes du délit de blanchiment sont prévues à l'article 324-2 du code pénal et sont au nombre de trois. Tout d'abord, est mentionnée la circonstance d'habitude. Cette circonstance aggravante est applicable dès lors que le blanchiment est intervenu à deux reprises au moins. Ensuite, sont évoquées les facilités procurées par l'exercice d'une activité professionnelle. Elles figurent dans le périmètre des circonstances aggravantes de l'article 324-2 du code pénal. Bien que les salariés travaillant au service de la banque et d'autres organismes financiers soient indirectement visés par cette circonstance aggravante, toutes les autres professions

---

<sup>695</sup> P. CONTE, « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », *JCP G*, 2005, I, 126.

<sup>696</sup> Cass. crim., 8 avril 2010, n° 09-84.525.

tombent sous le coup de cette extension répressive dès lors que la profession a été déterminante dans la réalisation de blanchiment d'argent. Enfin, l'exercice du blanchiment en bande organisée est également réprimé en tant que blanchiment aggravé. Rappelons que la bande organisée, définie par le code pénal, correspond à « *tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions* »<sup>697</sup>. Rappelons également que la jurisprudence retient qu'une bande est dite organisée lorsqu'elle comporte au moins trois membres et que son organisation interne est hiérarchisée<sup>698</sup>.

**320. Les saisies et confiscations des avoirs criminels.** La confiscation est l'une des peines complémentaires les plus appliquées en matière de répression du blanchiment. L'intérêt porté à cette peine complémentaire tient au transfert patrimonial direct au profit de l'Etat des biens blanchis et du produit du blanchiment. La saisie et la confiscation des avoirs criminels sont des moyens juridiques privilégiés par le ministère public dans l'objectif d'une lutte efficace contre la criminalité organisée, et plus particulièrement contre le blanchiment. Plusieurs parquets de France ont mis en œuvre des commissions dédiées aux avoirs criminels. Ces dernières ont pour objectif de recenser les saisies et confiscations réalisées sur le patrimoine des délinquants ayant commis une infraction permettant la saisie des biens. Ces commissions des avoirs criminels permettent de lister, avec la coopération de l'ensemble des services d'enquête de police et de gendarmerie, l'ensemble des avoirs criminels saisis et favorise une circularisation des informations concernant certains délinquants visés par plusieurs enquêtes.

**321. Relativité de la peine d'amende en matière de blanchiment de capitaux.** Lorsque l'on analyse la peine d'amende afférant à l'infraction de blanchiment, se pose alors la question de savoir si elle est efficace et si elle reflète la réalité des sommes blanchies. En effet, le blanchiment de capitaux est une infraction occulte, tant sur son mode

---

<sup>697</sup> C. pén., art. 132-71.

<sup>698</sup> Cass. crim., 30 nov. 2005, n° 04-86.240.

opératoire que sur l'évaluation des sommes blanchies. Le produit de l'infraction est difficilement appréhendable si cette dernière est une infraction occulte par nature.

**322. Le blanchiment par non-justification de ressources.** Une nouvelle forme de blanchiment a été créée en 2013<sup>699</sup> afin de faciliter les poursuites menées à l'encontre de délinquants dont on suppose que l'argent issu de crimes ou délits. L'article 324-1-1 du code pénal mentionne le blanchiment par non-justification de ressources, reprenant la même logique que l'article 321-6 du code pénal relative au recel. L'idée maîtresse de ces textes repose sur la volonté d'inverser la charge de la preuve de la consommation de l'infraction. Le ministère public peut dès lors faciliter la preuve du blanchiment grâce à cette présomption simple, les poursuites pénales n'en sont que plus simplifiées.

**323. La facilitation d'une justification mensongère de l'origine des biens ou revenus de l'auteur d'un crime ou délit profitable.** Ce cas de blanchiment est le premier mentionné par l'article 324-1 du code pénal. La justification évoquée par le texte porte à la fois sur les revenus et sur les biens de l'auteur d'un crime ou d'un délit lui ayant procuré un profit<sup>700</sup>. Dès lors, l'ensemble du patrimoine de l'auteur est pris en considération, comprenant l'ensemble des biens corporels et incorporels, divis et indivis. Aucune individualisation n'est imposée concernant les biens produits de l'infraction, Une forme de présomption légale irréfragable a été posée par le législateur afin de rendre efficace la preuve de ce type de blanchiment<sup>701</sup>.

L'opération de facilitation d'une justification mensongère peut s'effectuer par tous moyens. Les moyens de la justification peuvent être variés et comprennent notamment la réalisation d'attestations de complaisance, de fausses factures, de fausses écritures comptables, etc. De manière plus sophistiquée, les facilitations peuvent provenir de la

---

<sup>699</sup> Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 - art. 8.

<sup>700</sup> H. ROBERT, Les délits de blanchiment de l'argent illicite, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, éd. 2017, spéc. p. 632.

<sup>701</sup> M. CULIOLI, Infraction générale de blanchiment, Conditions et constitution, J.-Cl. Pénal, art. 324-1 à 324-9, Fasc. 20, p. 9, n° 49.



création de sociétés fictives et de la tenue de leur comptabilité, dès lors que le produit de l'infraction circule par ces sociétés<sup>702</sup>.

## **B. Les techniques de blanchiment de capitaux**

Le blanchiment de capitaux comporte plusieurs phases afin que l'infraction puisse se réaliser économiquement et juridiquement (1). Afin de réaliser les opérations de pré-lavage, de lavage et de placement, des techniques traditionnelles (2) et sophistiquées (3) sont utilisées.

### 1. Typologie économique du blanchiment de capitaux

**324. Le blanchiment : aspect historique.** Lorsque l'on évoque les techniques de blanchiment d'argent, la première image est celle du mafieux en costume rayé et chapeau qui amène une valise de billet au guichet d'une banque. Bien que cette image reprise dans de nombreux films cinématographiques ne soit pas si éloignée de la réalité, cette pratique tend à disparaître au profit de techniques plus sophistiquées. Le blanchiment « *consiste à faire croire que des capitaux illégalement acquis ont une source licite et à les insérer dans le circuit économique* »<sup>703</sup>.

Techniquement, trois phases composent l'acte de réalisation du blanchiment : le placement (appelé aussi « *pré-lavage* »), l'empilement (appelé aussi « *lavage* ») et enfin l'intégration (« *appelé aussi « recyclage* »). Cette typologie a pour finalité de faire perdre toute trace de l'argent sale et de son origine criminelle ou délictuelle en le dissimulant par le biais de multiples opérations afin que les enquêteurs ne puissent remonter la trace de cet argent.

**325. La phase de placement.** Le placement correspond à la phase où les auteurs sont en possession des sommes délictueuses dans le système financier. Bien souvent, il

---

<sup>702</sup> Cass. crim., 7 oct. 2009, n° 08-84.348, D. 2010, p. 1663, obs. C. MASCALA ; *RTD Com.*, 2010, p. 442, obs. B. BOULOC ; *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 631, obs. H. MATSOPOULOU.

<sup>703</sup> E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunot, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 41.

s'agit d'une technique assez primaire qui consiste à déposer les sommes en espèce au guichet d'une banque voire par l'intermédiaire d'un automate. La méthode utilisée par les blanchisseurs consiste à multiplier les dépôts de sommes moyennes d'argent sur des comptes bancaires. Cette technique dite du « *smurfing* » consiste donc en un fractionnement des capitaux illicites destinés à contourner les seuils de vigilance des banques quant aux montants des capitaux versés. Les établissements financiers ayant fait évoluer leur politique de lutte contre la criminalité organisée, cette méthode s'avère de moins en moins efficace face aux systèmes de détection informatisés. Désormais, les blanchisseurs ne déposent plus directement ces sommes dans les établissements financiers mais les font transiter par les sociétés aux activités dont les recettes s'effectuent essentiellement en liquide<sup>704</sup>. C'est ce que l'on nomme des « *front companies* », que l'on peut traduire comme « société de première ligne ». Cette première phase permet aux délinquants d'insérer l'argent sale dans le circuit légal via des institutions permettant l'exercice de transactions internationales. Cela favorise particulièrement l'éloignement géographique des capitaux générés par l'infraction-source grâce aux ressources bancaires internationales.

**326. La phase d'empilement.** C'est à partir de cette insertion de l'argent sale dans les comptes bancaires que la seconde phase du blanchiment peut démarrer : celle de l'empilement. L'objectif de cette phase est de faire perdre toute trace comptable à l'argent sale et ainsi d'empêcher les enquêteurs de remonter sa trace. Pour rendre cette intracçabilité pleinement efficace, les blanchisseurs font transiter les capitaux sales par les pays dits « *off-shore* »<sup>705</sup>. Sans définition unanimement reconnue, les zones *off-shore* sont déterminées par plusieurs caractéristiques qui leur sont communes. La première d'entre elles est le fait que le pays *off-shore* soit un « paradis fiscal », c'est-à-dire un pays où les non-résidents ne payent ni taxe ni impôt. Le secret bancaire y est fortement présent puisque les comptes anonymes et numérotés y sont autorisés et aucune obligation particulière ne pèse sur les établissements financiers afin qu'ils connaissent leur client. Le secret bancaire porte même sur l'interdiction faite aux

---

<sup>704</sup> C'est le cas par exemple des hôtels, des cinémas ou encore des bars et des restaurants.

<sup>705</sup> Technique inventée par le mafieux Lucky Luciano en 1932.

organismes financiers de fournir aux autorités judiciaires ou au fisc toute information concernant leur client ainsi que les transactions qu'ils peuvent réaliser. Font partie de ces zones *off-shore* les Îles Caïmans, les îles des Caraïbes, les Bermudes, le Bahamas, le Panama et, plus surprenant, les Îles Vierges Britanniques.

**327. Changement de paradigme et minimalisme de l'ordre public économique.** Bien que l'économie se mondialise, le droit ne se globalise pas de manière parfaite<sup>706</sup>. Au fil du temps et des pratiques, ces zones *off-shore* ont perdu leur correspondance aux îles exotiques pour se rattacher à tout pays qui propose des services équivalents à ceux sus-énoncés, peu importe leur situation géographique. C'est ainsi que des Etats comme le Luxembourg, Andorre, Monaco, le Vatican ou même la Suisse répondent désormais à certaines caractéristiques des places *off-shore*, et peuvent donc être considérés en quelque sorte comme des places « *on-shore* ». En tout état de cause, « *les paradis réglementaires sont les territoires qui permettent la création de véhicules juridiques dans des conditions attrayantes en matière d'enregistrement, de confidentialité, domiciliation des fonds, déficit des règles prudentielles ou commerciales* »<sup>707</sup>. Au sein de cette législation favorable se retrouvent les paradis financiers « *caractérisés par la faiblesse des réglementations et contrôles dans le domaine des investissements, opérations sur les marchés monétaires, de valeurs et instruments spéculatifs* », les paradis bancaires « *garantissant le secret des transactions, et des placements financiers* », les pavillons de complaisance « *offrant un cadre normatif favorable à l'immatriculation des navires et structures gérant des activités maritimes* », « *les législations peu sourcilleuses en matière de garanties exigées des sociétés et autres entités à finalité économique* », les paradis judiciaires « *juridictions peu enclines à la coopération internationale en matière d'échange de renseignements et d'extradition* »<sup>708</sup>. Dès lors, tous ces pays considérés comme étant *off-shore* sont

---

<sup>706</sup> M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *Aspects actuels du droit des affaires*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, sept. 2003, p. 831.

<sup>707</sup> K. LUCIANO, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, Thèse, Fondation Varenne collection des Thèses, 2011, p. 53.

<sup>708</sup> K. LUCIANO, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, *op. cit.*, p. 52.

caractérisés par le minimalisme de leur ordre public économique et l'absence de volonté d'éluder toute délinquance financière.

**328. Liste de l'OCDE.** L'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economiques) a établi une liste des juridictions ne respectant pas les cadres pour exercer sur eux une pression afin qu'ils se conforment aux standards internationaux. Bien souvent, les pays *off-shore* sont confondus avec les paradis fiscaux en ce qu'ils n'appliquent pas d'imposition ou bien une faible imposition des non-résidents<sup>709</sup>.

**329. Recherche de véhicules financiers sûrs et efficaces.** Pour profiter pleinement de ces zones off-shore, les blanchisseurs usent de sociétés écran implantées dans ces pays, celles-ci étant souvent dirigées par des hommes paille. L'usage de véhicules à objectifs spécifiques<sup>710</sup>, comme peuvent l'être les anglo-saxons, sont des instruments privilégiés des centres *off-shore* puisqu'ils allient dissimulation et opacité. L'empilement n'est efficace que si les capitaux illicites transitent par ces centres *off-shore* mais aussi par l'intermédiaire de véhicules financiers leur assurant une dissimulation optimale.

**330. La phase de recyclage.** Enfin, la phase de recyclage constitue la dernière étape du blanchiment d'argent sale. Cela consiste à rapatrier les fonds sales « *légalisés* » pour les réinvestir dans le circuit financier légal. L'objectif final est de rentabiliser cet argent désormais blanchi. La rentabilité tirée de la réintégration fait le succès d'une opération de blanchiment et pollue l'économie réelle légale.

Toutes ces étapes ne sont qu'une aide technique à la compréhension des mécanismes parfois complexes de blanchiment, bien souvent elles se confondent entre elles et il est parfois difficile de les distinguer.

## 2. Les techniques traditionnelles de blanchiment

**331. Translation matérielle et autres techniques classiques de blanchiment.** Les techniques dites « *artisanales* » de blanchiment ont fait leur preuve par le passé et

---

<sup>709</sup> OCDE, Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial, rapport, 1998, p. 25, §. 52, a.

<sup>710</sup> *Special Purpose Vehicles* en anglais.

continuent à être utilisées lorsqu'elles s'avèrent être toujours efficaces. Outre la translation matérielle, les principales techniques que nous aborderons seront le faux procès, l'endossement de chèque et le *hawala*.

La translation matérielle correspond au phénomène de passage d'argent liquide de façon transfrontalière par l'intermédiaire de personnes physiques. L'utilisation de « *porteurs* » demeure une technique d'actualité en raison de l'ouverture des frontières suite

**332. La technique du faux procès.** Le faux procès est une technique efficace et simple utilisée par un blanchisseur qui possède plusieurs entreprises. Le fonctionnement de ce mode de blanchiment utilise le système légal et judiciaire. Au commencement, l'argent sale est déposé sur un compte bancaire d'une entreprise « A » qui aurait son siège social dans un paradis fiscal. Une société française « B » appartenant à la même organisation, par exemple, va engager une action en justice contre cette société en raison d'une absence d'exécution contractuelle comme un défaut de livraison de marchandises. La justice va condamner la société « A » à verser des dommages et intérêts à la société « B » pour inexécution contractuelle. La société « B » recevra donc l'argent sale blanchi par la décision judiciaire.

**333. Noircissement de capitaux et instruments de paiement.** Le chèque, instrument de paiement manuscrit, peut aussi être un outil de blanchiment ou plutôt de « *noircissement* »<sup>711</sup> dans sa phase d'endossement. Le chèque est « *un écrit par lequel une personne, appelée tireur, donne à une autre appelée tiré (qui doit nécessairement être un établissement de crédit ou une personne autorisée) l'ordre de payer à vue une somme déterminée à une troisième personne, appelée bénéficiaire (qui peut d'ailleurs être le tireur) ou à son ordre* »<sup>712</sup>. Ici, il est utilisé afin de noircir de l'argent propre en tirant des chèques. Le chèque, utilisé à des fins frauduleuses, est un instrument destiné à frauder l'administration fiscale par endossement de chèques correspondant à des

---

<sup>711</sup> E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, op. cit., p. 70.

<sup>712</sup> DEVEZE J., COURET A., PARACHKEVOVA I., POULAIN-REHM T., TELLER M., *Lamy Droit du financement*, V° « Chèque : généralités », Wolters Kluwer éd. 2016, 2931, p. 1562.

paiements non passés en comptabilité et qui étaient transférés dans un pays tiers. Cette technique complexe fut rendue possible en raison de l'absence de nom de bénéficiaire sur les chèques présentés à l'endossement<sup>713</sup>.

**334. Les techniques fondées sur la confiance d'une communauté.** Enfin, le *hawala*<sup>714</sup>, ne constitue pas seulement une technique de blanchiment d'argent mais bien un circuit financier clandestin<sup>715</sup>. Appelé également « *Hundi* »<sup>716</sup> ou encore « *Fei Chien* »<sup>717</sup> en fonction de la communauté concernée, le système bancaire Hawala se fonde sur la confiance<sup>718</sup> pour transmettre des fonds illicites au sein de leur organisme. Plusieurs hawaladars vont se transmettre les fonds sales afin de les blanchir. Par exemple, une personne A habite en France et veut blanchir de l'argent issu du proxénétisme. Elle va remettre à une personne B la somme en espèces. B va remettre à A un jeton qu'elle devra envoyer à une troisième personne, C, qui vit à Bombay. Ce dernier va effectuer un virement ou remettre un chèque du montant initial à A. L'argent est blanchi sans avoir eu à transiter par plusieurs banques. Une compensation s'effectuera entre B et C, membres de la même communauté, le tout enrichi de commissions prises sur l'opération. La solution ultime pour échapper à tout « traçage » serait de faire virer l'argent blanchi sur un compte bancaire numéroté se situant dans une zone off-shore, dont serait titulaire A, et le rapatrier en France par des retraits dans des distributeurs automatiques. Le système communautaire rend quasiment impossible le contrôle des flux d'argent illicite à travers le monde.

Ce système est un des principaux outils de financement du terrorisme<sup>719</sup>. L'atout de cette technique réside dans l'absence d'intermédiation bancaire et par conséquent l'absence de traces écrites des transactions illicites. Elle ne fait supporter que peu de

---

<sup>713</sup> En France, c'est l'affaire « Sentier » et « Sentier 2 » qui a permis de connaître cette forme de blanchiment impliquant plusieurs dizaines de cadres bancaires d'établissements financiers différents.

<sup>714</sup> Banque de type Indienne ; J. de MAILLARD, *Un monde sans loi, la criminalité financière en images*, éd. Stock, 2000, p. 99.

<sup>715</sup> S. LEDAN, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, Thèse 2005, Université de Toulouse I Sciences sociales, p. 180, spéc. 234.

<sup>716</sup> Banque de type Pakistanaise.

<sup>717</sup> Banque de type Chinoise.

<sup>718</sup> Signification en hindoustani.

<sup>719</sup> [http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/02/05/le-hawala-banque-du-djihad\\_4570117\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/02/05/le-hawala-banque-du-djihad_4570117_3214.html).

frais, les transactions sont réalisées avec célérité, aucune trace écrite ne demeure en raison des liens de confiance extrêmement forts unissant les hawaladars.

**335. Autres moyens de blanchiment faisant intervenir des banques.** D'autres techniques comme le prêt affecté ou encore le crédit documentaire, font participer les banques, avec ou sans leur consentement, à des activités de blanchiment de capitaux. Toutefois, il serait exhaustif de réaliser une étude de toutes les techniques de blanchiment dans lesquelles elles peuvent avoir une participation.

### 3. Les techniques sophistiquées de blanchiment

**336. Usage de systèmes dématérialisés.** Les techniques dites « *sophistiquées* » comprennent notamment les translations dématérialisées. L'usage des marchés financiers constitue le principal outil d'un blanchiment. Les techniques financières se sont développées proportionnellement à l'accroissement des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

**337. Efficacité et rapidité des mouvements de monnaie scripturale.** La monnaie scripturale offre pléthore de possibilité de transfert à l'international. Elle est définie comme « mimant la circulation de monnaie matérielle pour n'en retenir que les étapes, tenant le registre des mouvements monétaires comme s'ils avaient eu lieu »<sup>720</sup>. Pour pouvoir réaliser des translations scripturales, il est nécessaire qu'un dépôt bancaire ait été réalisé en amont afin que les comptes bancaires soient approvisionnés. En d'autres termes, le solde du compte de dépôt doit être positif, le client étant créancier de la banque. Pour rappel, le compte bancaire est « *une convention portant sur le mode d'exécution d'opérations juridiques, le cadre et l'instrument des relations juridiques entre la banque et son client* »<sup>721</sup>. Également, le dépôt d'argent réalisé auprès d'une banque ne répond pas à la définition classique du contrat de dépôt. Ce dernier est défini comme étant « *un contrat réel par lequel une personne (le déposant) remet une chose*

---

<sup>720</sup> R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Thèse, Université Paris I, 1991, p. 28, n° 23.

<sup>721</sup> J. DEVEZE, A. COURET, I. PARACHKEVOVA, T. POULAIN-REHM, M. TELLER, *Le Lamy droit du financement*, 2019, V° « Présentation des comptes bancaires ».

*mobilière à une autre (le dépositaire), qui accepte de la garder et s'engage à la restituer en nature lorsque la demande lui en sera faite* »<sup>722</sup>. Il s'agit en réalité d'un dépôt qualifié d'irrégulier. Ce type de dépôt est spécifique. Lorsque dans le contrat de dépôt de droit commun<sup>723</sup>, l'obligation essentielle du contrat est de restituer la chose déposée sans en user, l'obligation de restitution du dépôt irrégulier porte sur une chose de même espèce. Toute chose de genre est fongible et fait ainsi partie du périmètre du dépôt irrégulier. Par conséquent, un rapport d'équivalence entre deux choses fongibles permet la fonction libératoire<sup>724</sup>. Naturellement, la monnaie fiduciaire est fongible bien que des exceptions puissent survenir sur la justification d'un *mutuus consensus*<sup>725</sup>. Il ne fait pas de doute que le dépôt bancaire intègre cette catégorie<sup>726</sup>, le législateur ayant prévu que « *sont considérés comme fonds remboursables du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer* »<sup>727</sup>.

**338. Définition juridique du compte de dépôt.** Les juristes considèrent que le solde disponible du compte de dépôt ou du compte courant comme une créance du client sur l'établissement bancaire. Tout mouvement de capitaux s'analyse en une cession de créance. Seulement, les économistes ont une vision plus large de la transmission de capitaux et ne l'analysent pas comme une simple cession de créance mais bien comme un transfert de capitaux. Cette vision élargie permet, comme le fait justement remarquer Madame LEDAN, de comprendre dans le périmètre des mouvements de

---

<sup>722</sup> Lexique des termes juridiques, 2014-2015, Dalloz, p. 343.

<sup>723</sup> C. civ., art. 1932.

<sup>724</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, par Picard, Les biens, CABRILLAC, L.G.D.J., 1952, n° 58.

<sup>725</sup> Ce peut être le cas de dépôt de pièce d'argent de collection, le dépôt résultera alors d'un contrat de droit commun ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 1983, n° 82-14.490, n° 1983-702493.

<sup>726</sup> Bien que des auteurs proposent des qualifications intermédiaires ; certains le qualifient de prêt de consommation : J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. II, 1966, n° 1640 ; d'autres le qualifient de contrat *sui generis* : F. GRUA, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.*, 1998, p. 259.

<sup>727</sup> C. mon. et fin., art. L. 312-2.



capitaux illicites, les transmissions de capitaux de compte à compte d'un même titulaire<sup>728</sup>.

**339. Le virement bancaire et célérité du transfert de flux financiers.** Le moyen le plus rapide et le plus efficace pour faire transiter des capitaux à travers le monde demeure le virement bancaire. La directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007, transposée en France par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009<sup>729</sup>, est venue réformer le régime du virement, au même titre que celui du prélèvement et d'autres instruments de ce que l'on a nommé les « *nouveaux moyens de paiement* »<sup>730</sup>. C'est un mode de transfert de la monnaie scripturale.<sup>731</sup> Le virement « *est l'opération par laquelle un transfert de fonds ou de valeurs est effectué sans déplacement matériel par la seule inscription d'une écriture au débit d'un compte et de l'écriture corrélative au crédit d'un autre compte* »<sup>732</sup>. Nous ne traiterons pas dans ces développements de la technicité et du régime juridique du virement mais seulement des éléments de blanchiment de capitaux s'y rapportant. En effet, constatant que les virements étaient un outil privilégié des blanchisseurs, les autorités européennes décidèrent, en 2006, d'adopter un règlement européen encadrant beaucoup plus leur utilisation<sup>733</sup>. Ce règlement vient préciser les conditions de traçabilité des virements reçus ou émis d'un prestataire de service de paiement établi sur le sol de l'Union Européenne, l'identité du donneur d'ordre. Les virements facilitent grandement les opérations de conversion des capitaux illicites en biens incorporels. Ces derniers sont issus de la transformation de la monnaie fiduciaire tirée d'une activité illicite par le dépôt fait à la banque. C'est l'établissement bancaire qui va réaliser cette transformation en passant en compte la monnaie fiduciaire. Pour dissimuler les dépôts illicites, le délinquant va les mélanger

---

<sup>728</sup> S. LEDAN, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, Thèse 2005, Université de Toulouse I Sciences sociales, p. 204, spéc. 261.

<sup>729</sup> Ord. n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement.

<sup>730</sup> R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 10<sup>e</sup> éd. 2013 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2009, *Droit bancaire*, LexisNexis, 9<sup>e</sup> éd., 2015.

<sup>731</sup> Cass. com., 22 juill. 1986, n° 85-10.277, *D.*, 1987, somm., p. 299, obs. M. VASSEUR.

<sup>732</sup> M. CABRILLAC, *J.-Cl, Banque, Crédit, Bourse*, Lexis Nexis, 2018, V° « Fasc. 390 : Le chèque et le virement ».

<sup>733</sup> Règl. Parl. et Cons. Cen° 1781/2006, du 15 nov. 2006, JOUE 8 déc., n° L345.

avec des dépôts issus d'une activité licite. Cette technique est appelée « *technique de l'amalgame* ». Le meilleur moyen de se dessaisir des capitaux illicites consiste à les introduire sur les marchés financiers. Cette opération de placement permet également de faire perdre la trace de l'argent sale au moyen de techniques financières sophistiquées. La démarche de cette thèse n'est pas de détailler techniquement tous les types d'opérations financières favorisant le blanchiment de capitaux mais plutôt d'explicitier l'approche des marchés financiers qui en est faite par les délinquants.

**340. Placement et dissimulation par les marchés financiers.** Pour placer ses capitaux illicites, le délinquant dispose de divers instruments financiers<sup>734</sup> sur les marchés réglementés aptes à dissimuler la trace de l'origine illicite. Les produits dérivés font désormais pleinement partie des instruments privilégiés par les blanchisseurs. Aussi, tous les marchés financiers sont désormais concernés par ces flux illicites. La préférence pourrait être portée sur les marchés réglementés en raison de la forte sécurité y afférant, les autorités de supervision et de régulation étant vigilantes à la tenue de ces marchés. Cependant, de plus en plus de délinquants se tournent vers les marchés libres dits « *de gré à gré* » pour faire transiter les capitaux sales. Ainsi, les blanchisseurs ont une approche rationnelle des types de marchés en présence. Ils préfèrent parfois assumer la part de risque contractuel liée aux marchés libres plutôt que de prendre le risque de subir le contrôle de l'autorité de régulation sur les marchés réglementés. En effet, sur les marchés de gré à gré, les opérateurs contractent librement<sup>735</sup> et ne subissent ni les contrôles des chambres de compensation ni ceux du régulateur financier.

**341. Conversion des produits sur les marchés financiers.** Deux types de conversions sont réalisables sur les marchés financiers. Elles peuvent être issues de la légitimation

---

<sup>734</sup> Ils correspondent, depuis l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009, aux anciennes valeurs mobilières, aux titres financiers et aux contrats financiers. Les instruments financiers sont divers. L'on peut recenser dans les titres financiers les titres de créance, les parts ou actions d'organismes de placements collectifs. Dans la catégorie des contrats financiers, l'on peut évoquer les contrats d'option, les contrats d'échange, les contrats à terme ferme.

<sup>735</sup> S. AMADOU, « Bourses d'hier et de demain », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 31.

automatique des produits indirects d'une infraction ou d'une légitimation facultative de ces mêmes produits<sup>736</sup>.

**342. Conversion par légitimation automatique.** En ce qui concerne la conversion des capitaux illicites à fin de légitimation automatique, plusieurs opérations réalisées sur les marchés financiers remplissent pleinement cet objectif. Tel est le cas par exemple des contrats dit « *swap* » négociés sur les marchés libres. Ce type de contrat financier est une « *opération d'échange de taux d'intérêt et de devises. Née de la pratique financière, cette opération est utilisée pour la couverture d'opérations de crédit* »<sup>737</sup>. Deux types de *swap* sont utilisés sur les marchés financiers : les *swaps* de devises et les *swaps* de taux d'intérêt. Les *swaps* de devises correspondent à la situation dans laquelle deux parties concluent un engagement opposé. Plus précisément, il s'agit d'une opération dans laquelle deux contreparties contractent simultanément un prêt et un emprunt dans deux devises différentes, pour une même contre-valeur de nominal<sup>738</sup>. La contrepartie prévue est l'échange devises et de paiements d'intérêts à un taux et une date prédéterminée. L'objectif de ce *swap* est d'annihiler le risque de change lorsqu'une entreprise veut se fournir en devise étrangère. Ce produit dérivé, à l'image de bien d'autres instruments financiers toujours plus complexes et techniques, se multiplie et s'échange sur des plateformes trouvant leur siège dans des paradis fiscaux de sorte que l'opacité rend le démantèlement technique de l'opération extrêmement compliqué<sup>739</sup>.

**343. Légitimation par la chambre de compensation.** Le blanchiment sur les marchés financiers ne subit aucune difficulté de mise en œuvre. L'argent sale est converti en instrument financier et peut alors faire l'objet d'empilement de transactions variées. Certaines organisations préfèrent se financer par les intérêts que leurs rapportent les instruments financiers dans lesquels elles ont déjà investi de l'argent sale. L'argent

---

<sup>736</sup> S. LEDAN, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, op. cit., p. 234, spéc. 296.

<sup>737</sup> Lexique des termes juridiques, 2014-2015, Dalloz, 2014, p. 956.

<sup>738</sup> A.-C. ROUAUD, *Le Lamy droit du financement*, 2016, V° « Couverture du risque de change », p. 2403, spéc. 5299.

<sup>739</sup> E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, op. cit., p. 107-110.

blanchi produit de l'argent propre dans un but délictueux<sup>740</sup>. L'utilisation de contrats à terme est un exemple concret de légitimation des capitaux illicites. L'argent sale sert à ouvrir une position sur un marché financier. La création de l'instrument financier sert à converser les capitaux illicites en capitaux licites. Simplement, le contrat n'ira pas au terme puisque le donneur d'ordre va passer un ordre contraire juste avant l'arrivée du terme transactionnel afin de récupérer les capitaux investis. Le contrat n'est alors pas exécuté de sorte qu'aucun actif sous-jacent et qu'aucune livraison n'est effectuée. La sanction régulière de ce type de comportement sur les marchés à terme, pour l'acteur qui s'est rétracté, consiste dans le remboursement de la prime ou du dépôt de garantie<sup>741</sup>. En effet, lors de sa prise de position sur le marché à terme, le délinquant a l'obligation de verser un dépôt de garantie ou une prime. Une transaction inverse avant le terme du contrat lui permet de récupérer cette somme. Ainsi, ce dénouement de position lui permet de récupérer ses capitaux illicites devenus licites par l'opération de compensation réalisée par la chambre de compensation. C'est l'un des avantages liés à l'utilisation d'un marché réglementé. Les ordres passés sur ce marché doivent obligatoirement transiter par la chambre de compensation qui a la légitimité pour contrôler la qualité des parties au contrat ainsi que les termes de l'opération. Une fois que l'opération a été compensée par la chambre de compensation<sup>742</sup>, l'argent sale est légitimement blanchi par l'action de l'institution en charge de la compensation. Ici, le système institutionnel sert « d'écran ». D'autres techniques comme le « *straddle* » permet le versement de deux primes, ce qui augmente la quantité de capitaux blanchis en fonction du cours de la bourse<sup>743</sup>.

**344. Altération de l'information disponible sur le marché par les opérations de blanchiment.** Partant de ces pratiques, un problème plus systémique apparaît : le comportement du blanchisseur fausse le marché. En effet, en passant des ordres sur le marché, le blanchisseur n'a pas la volonté de réaliser un profit grâce à une stratégie

---

<sup>740</sup> S. LEDAN, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, op. cit., p. 236, spéc. 299.

<sup>741</sup> Tout dépend en réalité de la nature des capitaux visés. Si l'opération à terme constitue un engagement optionnel, la prise de position sur le marché est représentée par le versement d'une prime. Si l'opération est conclue à terme ferme, la prise de position sur le marché est représentée par le versement d'un dépôt de garantie.

<sup>742</sup> Appelée également *Clearing House*.

<sup>743</sup> E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, op. cit., p. 101.

financière quelconque mais bien seulement de transformer ses capitaux illicites en capitaux licites. Ce comportement criminel fausse les données du marché, surtout lorsque des produits dérivés sont utilisés avec comme actif sous-jacent un cours spécifique. Le marché, s'il est abondé de fonds placés sans objectifs de spéculation, est faussé dans son essence même. La recherche de profit est la base du marché. Si des acteurs agissent sans rechercher de profit, ils abondent le marché d'opérations sans importance et leur densité peut inciter les autres investisseurs à prendre une position particulière plutôt qu'une autre. Cette argumentation pourrait être nuancée par le fait que les blanchisseurs ont la volonté de récupérer l'intégralité des capitaux illicites placés sur les marchés. Ainsi, ils adopteront une « *stratégie financière* » qui leur permettra de pérenniser un blanchiment effectif en faisant primer des titres dont les cours sont stables<sup>744</sup>.

**345. Impact de ces stratégies de blanchiment sur les marchés financiers.** Dès lors, il est constaté que les opérations de placement et de conversion de l'argent sale faussent les marchés financiers. L'information financière étant alors altérée, ce sont les établissements financiers ayant des activités de marché qui s'en trouvent affectés. Ils sont touchés par ces manœuvres lorsqu'ils agissent pour compte propre mais également pour compte de tiers. A l'échelle internationale, si des sommes d'argent sale trop importantes sont placées sur les marchés financiers, cela peut potentiellement provoquer un risque systémique touchant alors l'ensemble des acteurs du marché, à commencer par les banques d'investissement et autres organismes de placements financiers. Il est donc dans l'intérêt des établissements financiers de coopérer utilement à la lutte contre les flux financiers illicites et ne pas laisser circuler de l'argent sale sur les marchés. La cellule conformité a un rôle déterminant dans ce domaine, en complément du travail du régulateur financier.

Au final, ce n'est pas tant le comportement délictueux et l'absence de vérialité du délinquant que la densité des opérations insignifiantes qui faussent le marché. Il est remarquable que le blanchiment, qu'il soit traditionnel ou sophistiqué, doit bien

---

<sup>744</sup> S. LEDAN, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, op. cit., p. 238, spéc. 300.

souvent transiter par des établissements financiers. Que ce soient les banques, des prestataires de service d'investissement, des intermédiaires de marché, des entreprises de marché ou des chambres de compensation, ils tendent tous à favoriser le blanchiment soit en opérant une conversion des capitaux illicites, soit en les légitimant. Ainsi, les organismes financiers intervenant sur les marchés en tant qu'acteurs principaux ou secondaires ont un rôle clef à jouer dans la détection des flux illicites.

## **Paragraphe 2. Organisation des moyens de prévention du risque de blanchiment de capitaux**

Le blanchiment, perçu comme une violence économique, fait l'objet de thèmes de rencontre pluridisciplinaires au plan international. De nombreuses réunions diplomatiques ont pour finalité de déterminer les axes et les moyens efficaces à mettre en œuvre, utiles à l'éradication de ce fléau économique. Des liens de connexité forts se sont développés entre le blanchiment de capitaux et le noircissement de capitaux, terreau du financement du terrorisme. Par conséquent, une globalisation des moyens de lutte apparaît nécessaire dans l'objectif de purification systémique de la finance et de lutte contre le financement du terrorisme. La détection et l'identification des flux financiers illicites tient notamment de la responsabilité des multiples acteurs (A). Afin que ces acteurs aient une activité efficace et prolifique pour le système économique et, *a fortiori* politique, une philosophie de mise en œuvre des moyens de lutte doit être établie (B).

### **A. Les acteurs de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme**

Problématique majeure traitée avec sérieux au plan international depuis les années 1990, la lutte contre le blanchiment de capitaux, et désormais le financement du terrorisme, est de l'apanage de plusieurs acteurs. Il y a tout d'abord les acteurs

institutionnels qui produisent les règles légales ou encore les inspirent (1). Il y a ensuite les organismes dédiés à la mise en œuvre de ces normes et à leur efficacité (2).

### 1. Les instigateurs de normes anti-blanchiment

**346. Les institutions principales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux.** Le terme d'instigateur recouvre ici les institutions qui sont force de proposition et de création normative. Le développement considérable du narcotraffic et du crime organisé international a incité les Etats à unir leur volonté de réduire ces phénomènes criminels. Certaines d'entre elles sont issues d'un regroupement d'Etats ayant la volonté commune de lutter contre le fléau du blanchiment. Outre le Fonds Monétaire International, la Banque mondiale et l'Organisation des Nations Unies, d'autres institutions plus spécialisées en matière de criminalité complexe se sont intéressées à ce sujet. Tel est le cas du GAFI, Groupe d'Action Financière créé en 1989, qui inspire nombre de directives européennes visant à lutter contre le blanchiment de capitaux. Ces incitations prennent la forme de recommandations dépourvues de valeur coercitive. Aucune sanction n'est donc, en principe, attachée au manquement visant l'une des recommandations. La montée en puissance du GAFI est notamment la conséquence de la pratique du « *naming and shaming* » c'est-à-dire la publication des noms de Etats qui tardent à se mettre en conformité avec les recommandations. Le contrôle de la mise en conformité s'exerce par des mécanismes d'auto-évaluation et d'évaluation mutuelle, sorte de contrôle par les pairs. Mais ce fonctionnement basé sur l'émulation ne peut suffire à aboutir à un système pérenne. C'est pourquoi le GAFI a consolidé sa pratique du « *name and shame* » en listant les pays ne respectant pas ses recommandations dans une « liste noire » attentant directement à la réputation des Etats y figurant.

**347. Rôle d'ancrage du GAFI.** Pour obtenir une pleine efficacité de ses dispositifs, le GAFI a vu ses recommandations suivre un processus de « *normalisation internationale* »<sup>745</sup>, les membres prestigieux du GAFI assurant leur légitimité. Les

---

<sup>745</sup> T. GODEFROY et P. LASCOUMES, *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, La Découverte, coll. Cahiers libres, Paris, 2004, p. 172-175.

recommandations du GAFI trouvent place dans les directives européennes et ont pour thème principal la lutte contre le blanchiment de capitaux et, depuis 2001, la lutte contre le financement du terrorisme.

Par leurs recommandations, leurs avis et la jurisprudence qu'elles fournissent, les autorités de régulation et de supervision de chaque Etat sont, en soi, sources de droit. Elles adaptent les recommandations établies par le GAFI et les normes européennes à la pratique par leur interprétation. C'est en cela que tout ce travail peut influencer le GAFI dans la production de nouvelles normes ou la réforme des normes déjà existantes.

**348. Les législateurs régionaux et nationaux.** Le législateur doit se conformer aux recommandations du GAFI. Comme cela a été évoqué, le GAFI n'a pas de pouvoir coercitif lui permettant de contraindre les Etats à mettre en conformité leur législation avec ses recommandations. Seules l'incitation par la pratique du « *name and shame* » et les techniques d'évaluation qu'elle a instituées lui donnent un pouvoir de contrainte suffisant pour enjoindre les Etats à se conformer.

Également, l'Union Européenne, par les mécanismes des directives et des règlements, impose un cadre strict à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les législateurs nationaux, quant à eux, doivent se conformer à ce cadre réglementaire européen. Les directives leur laissent plus de souplesse et de liberté dans la réalisation des lignes directrices attendues. Il leur est octroyé la possibilité, dans les transpositions, d'être plus exigeants sur les mesures réclamées par la directive.

**349. Le groupe EGMONT.** Le groupe EGMONT a été créé à l'initiative des cellules de renseignement belge et américain en 1995. Il a pour but de tisser un réseau mondial des cellules de renseignement et de favoriser l'échange d'informations et d'expériences. Des principes édictés par ce groupe concernant l'échange d'informations ont notamment été incorporés dans divers textes internationaux.

**350. Les assujettis eux-mêmes.** Par principe, les assujettis sont limités à l'application des règles de droit qui leur sont imposées. Toutefois, il est vraisemblable que leur retour et leur avis concernant l'application des normes puissent intéresser les créateurs



de normes et les instigateurs. L'objectif de ces retours consisterait dans une meilleure adaptation des normes existantes afin de rendre leur applicabilité plus effective.

## 2. Les organismes dédiés au respect de la mise en œuvre effective des normes anti-blanchiment

**351. Les cellules de renseignement.** Au plan régional, des structures telles que « *Moneyval* » ou encore la « *Financial Intelligence Units Platform* » (FIU Platform) visent à faciliter l'échange de renseignements entre les cellules et à fluidifier les informations échangées. Au plan national, une cellule de renseignement est affectée à chaque Etat. Par exemple, c'est le « *Financial Crime Enforcement Network* » (FinCEN), créé en 1990, qui est responsable de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. En Belgique, la « *Cellule de Traitement des Informations Financières* » (CETIF) tient ce rôle. Au Royaume-Uni, il s'agit du « *National Crime Agency* » (NCA). En France, c'est le « *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins* » (TRACFIN) qui se voit confier la mission de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

**352. Les spécificités de TRACFIN.** TRACFIN fut créé par décret en mai 1990 et rattaché au Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget. Sa mission principale consiste à réceptionner et à traiter les déclarations de soupçon émanant des assujettis, de coordonner les moyens d'investigations que proposent les diverses administrations rattachées au Ministère de l'Economie et du Budget, faire œuvre de proposition en étudiant les mesures à prendre à l'avenir pour lutter contre les circuits financiers clandestins<sup>746</sup>. Son rôle est déterminant dans la poursuite des infractions de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme en raison de ses pouvoirs d'enquête importants et la compétence de ses membres. Un conseil d'orientation interministériel de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du

---

<sup>746</sup> C. mon. et fin., art. R. 561-33.

terrorisme<sup>747</sup> prend des orientations soutenant le travail réalisé par TRACFIN. TRACFIN mène des enquêtes afin de déterminer si le soupçon est avéré. Les enquêtes menées sont principalement d'ordre patrimonial. Si ces enquêtes confirment les soupçons émanant des assujettis, TRACFIN réalise une dénonciation au Parquet compétent aux fins de mise en mouvement de l'action publique.

**353. Les autorités de régulation et de supervision.** Le régulateur qu'est l'autorité des marchés financiers et le superviseur qu'est l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution, jouent un rôle déterminant dans la lutte contre les infractions économiques et financières. Ces acteurs de premier plan en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux jouent un rôle actif par deux moyens distincts : les principes d'application sectorielle et les lignes directrices visant à limiter le risque de blanchiment dans les secteurs bancaires et financiers. De plus, ces deux autorités effectuent des contrôles sur place et sur pièce dans le but de vérifier la conformité des établissements financiers aux normes anti-blanchiment. Notamment, ces derniers ont pour obligation de posséder une cellule de contrôle interne effective et efficace. Tout manquement fera l'objet de sanction administrative.

## **B. Philosophie des moyens de luttés contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme**

La philosophie adoptée par le GAFI en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme se fonde sur une approche dite « par les risques ». En d'autres termes, il s'agit de l'application d'une approche qui serait *ex ante*, au plan économique, *a priori*, au plan juridique, de l'individualisation et de l'identification des profils à risques plus ou moins élevés de blanchiment (1). Pour ce faire, le mécanisme des obligations de vigilance a été affiné et étendu au domaine financier, tout d'abord, puis à d'autres domaines ensuite (2).

---

<sup>747</sup> Décr. n° 2010-69 du 18 janvier 2010, JORF n°0016 du 20 janvier 2010, p. 1179.

## 1. Une approche fondée sur les risques

**354. Passage d'une approche par les seuils à une approche par les risques.** La philosophie des recommandations du GAFI ont évolué depuis leur première publication en 1990. A l'origine, une approche par les seuils était favorisée afin de contraindre les assujettis à respecter les recommandations anti-blanchiment<sup>748</sup>. Ce n'est qu'à partir de 2003 que l'approche par les risques fut préférée. Elle se concrétisa par une réforme des recommandations cette même année, que l'Union Européenne intégra dans la directive du 26 octobre 2005<sup>749</sup>, transposée en France par l'ordonnance du 30 janvier 2009<sup>750</sup>. Cette approche par les risques consiste à individualiser la situation de choses ou de personnes au regard du risque de blanchiment. L'esprit de l'approche par les risques veut que chaque client, chaque produit, chaque transaction ne présentent pas tous le même degré de risques. Conceptuellement, une double vision justifie cette approche par les risques prônée par le GAFI.

D'une part, l'approche peut être objective, en ce que le législateur européen organise un cadre reposant sur le principe de proportionnalité. En effet, la gradation des obligations de vigilance est fixée par un cadre réglementaire européen, ce qui assure une harmonisation des règles de lutte anti-blanchiment<sup>751</sup>. Au plan financier, la gradation des risques assure une allocation optimale des ressources que les assujettis doivent allouer à la lutte contre le blanchiment<sup>752</sup>.

---

<sup>748</sup> C. CUTAJAR, « La troisième directive anti-blanchiment et l'obligation de vigilance », *LPA*, 17 juill. 2008, n° 143, p. 4.

<sup>749</sup> PE et Cons. UE, dir. 2005/60/CE, 26 oct. 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (dite la Troisième Directive), JOUE n° L 309, 25 nov. 2005, p. 15. - Comm. UE, dir. 2006/70/CE, 1er août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée : JOUE n° L 214, 4 août 2006, p. 29 ; V. T. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant 2012, n° 341 et s.

<sup>750</sup> Ord. n° 2009-104, 30 janv. 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ; V. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 10e éd., L.G.D.J., 2013, n° 249 et s.

<sup>751</sup> J.-B. POULLE et S. AUBERT, « Lutte contre le blanchiment : l'esprit de l'approche par les risques est-il menacé ? », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 1, jan. 2014, étude 5.

<sup>752</sup> AMF, recommandation AMF n° 2010-22 - « Lignes directrices en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme », section 2, p. 4.

D'autre part, l'approche peut être subjective, en ce que ce sont les entreprises qui vont déterminer la catégorisation des risques en fonction de leurs spécificités. Cela rejoint l'idée qu'elles pourront alors allouer les ressources nécessaires en fonction des risques encourus.

**355. *Conséquences pratiques de l'approche par les risques.*** Le risque de blanchiment de capitaux n'étant pas toujours le même en fonction du secteur d'activité, de l'exposition financière et du type de clients, les obligations en découlant doivent être adaptées aux assujettis. La prise en considération des relations d'affaires, du type de produits et de transactions est en réalité un mélange des visions objectives et subjectives de l'approche par les risques. Tous les éléments précités font alors l'objet d'une catégorisation des risques dont il découlera des obligations de vigilance différenciées et hiérarchisées.

## 2. Réalisation d'obligations de vigilance

**356. *Définition d'une obligation de vigilance.*** Comme le raisonnement l'a laissé apparaître, la mise en œuvre d'obligations de vigilance résulte directement de l'approche par les risques de l'infraction de blanchiment. Cette obligation de vigilance variera en fonction de divers critères susmentionnés. Dans certaines situations, une vigilance faible suffira, dans d'autres situations, une vigilance plus approfondie dans la relation que le client noue avec l'assujetti sera mise en œuvre. Ainsi, lorsqu'un établissement financier entame ou construit une relation d'affaires avec une personne politiquement exposée, une obligation de vigilance renforcée s'avère être nécessaire. C'est bien souvent le législateur qui impose cette classification, comme en attestent les articles L. 561-5 à L. 561-14-2 du code monétaire et financier. *A contrario*, un client ordinaire, aux revenus proportionnés aux rémunérations de sa profession, aux transactions peu douteuses sera soumis à des obligations de vigilance allégées. Toutefois, des limites à cette détermination *in concreto* sont fixées : lorsqu'un

soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme pèse sur une relation d'affaires, il ne pourra lui être appliquée une vigilance allégée<sup>753</sup>.

**357. Intérêt d'une cartographie calibrée des risques.** Une cartographie des risques est inhérente à l'instauration de vigilances pleinement efficaces. Cette dernière permettra de déterminer avec plus ou moins de précision une typologie des comportements que l'établissement financier devra adopter lorsqu'il sera face des clients classés de façon hétérogène. Une synergie des comportements et des catégories de clients pour lesquels ceux-ci seront appliqués offriront un objet de rationalisation précieux pour l'organisme financier. Dès lors, afin d'être efficace, la cartographie des risques confectionnée par les chargés de conformité sont un élément déterminant en ce qui concerne deux éléments principaux. D'une part, une cartographie des risques, rapidement utilisable, par les opérationnels rend l'établissement financier moins vulnérable aux risques de blanchiment de capitaux transitant par ses livres comptables. D'autre part, cela offre une sécurité supplémentaire de l'organisme financier à l'égard des régulateurs externes qui contrôlent strictement cette cartographie des risques et son application concrète. *A fortiori*, cela permet à l'établissement d'échapper à des sanctions financières et disciplinaires affectant à la fois sa réputation et ses finances. Pour le moins, cela tend à limiter le quantum de la sanction en cas de condamnation de l'établissement bancaire pour complicité de blanchiment, la cartographie des risques justement calibrée justifiant de diligences certaines dans le but de limiter le risque de blanchiment.

---

<sup>753</sup> C. CUTAJAR, « La prévention du blanchiment de capitaux par l'approche fondée sur le risque a près le décret du 2 septembre 2009 », *JCP G*, 2009, 338.



## ***Section 2. Homogénéité de la mise en œuvre du contrôle de conformité dans les établissements financiers***

---

**358. Avènement d'une systématisation de la surveillance.** Les organismes financiers sont les principaux destinataires d'obligations liées à la lutte contre le blanchiment de capitaux. L'Etat a confié aux banques, dans leur acception la plus large, des missions dites de « *policing* », c'est-à-dire un ensemble de missions les chargeant de lutter contre la criminalité financière. Une forme de délégation de pouvoir a été confiée à de multiples professions du chiffre et du droit de sorte que l'on assiste à une systématisation de la surveillance des flux financiers par des acteurs privés<sup>754</sup>. Cette délégation de l'Etat consiste en un dispositif préventif inédit puisqu'une liste de personnes dites « assujetties » se doivent de lutter contre le blanchiment d'argent. Un double champ d'application *rationae materiae* et *rationae personae* encadre ce dispositif préventif. Notamment, les organismes financiers, entendus au sens large, figurent dans la liste d'assujettis détaillée à l'article L. 561-2 du code monétaire et financier. De ce dispositif préventif découlent diverses obligations tenant en une hiérarchisation du devoir de vigilance des assujettis quant aux clients et opérations qui transitent par leur établissement (Paragraphe 1). Afin de réaliser le plus efficacement possible sa mission de prévention des actes de blanchiment, les assujettis, et plus particulièrement les organismes financiers, mettent en œuvre des cellules de conformité qui seront destinées à mettre en œuvre divers moyens humains et techniques afin d'endiguer le risque de blanchiment dans leur structure. Ainsi, il sera intéressant d'analyser les moyens que ces cellules utilisent afin de détecter les flux financiers illicites (Paragraphe 2).

---

<sup>754</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, éd. La découverte, 2009, p. 15.

## **Paragraphe 1. D'une obligation de vigilance « standard » à une obligation de vigilance renforcée**

L'Etat a mis en place un système préventif de lutte contre le blanchiment fondé sur une approche par les risques. Pour ce faire, des obligations de vigilance ont été instituées, les établissements du secteur bancaire en étant les premiers destinataires. Afin de limiter les coûts humains et matériels superflus des entreprises dans la lutte contre le blanchiment, une optimisation de ces moyens s'est accolée aux degrés de vigilance existant. Cette hiérarchisation des degrés de vigilance est basée sur les données concernant aussi bien l'identité du client que sur les opérations qu'il souhaite réaliser (A). La pratique a développé de nouveaux moyens techniques et technologiques offrant l'opportunité aux assujettis de mieux connaître leurs clients. Bien qu'en pleine mutation et en constante évolution, ce concept émergent n'est pas dénué d'intérêt scientifique (B).

### **A. Hiérarchisation des obligations de vigilance**

L'approche par les risques est destinée à imposer aux assujettis de prendre des mesures d'identification, de détection, d'appréhension des risques et d'en trouver une réponse adaptée, que ce soit en interne ou vis-à-vis des régulateurs<sup>755</sup>. Les établissements financiers ont des obligations de vigilance concernant leur clientèle, le degré de vigilance variant en fonction de la qualité de celle-ci. De façon subjective, la banque décide d'adopter une vigilance standard (1) ou une vigilance renforcée (2) en fonction du client auquel elle a à faire face. Dans certaines situations, un allègement voire une exonération des obligations de vigilance pourra se réaliser (3).

---

<sup>755</sup> Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing, FATF, juin 2007.



## 1. Une vigilance standard

**359. Intégration de nouveaux acteurs de la finance désintermédiée.** Les établissements financiers sont les premiers visés par l'article L. 561-2 du code monétaire et financier en tant qu'assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ils concentreront le cœur de nos développements. De nouveaux acteurs ont été intégrés à cette liste d'assujettis par une ordonnance du 30 mai 2014<sup>756</sup>. Font désormais partie du périmètre de l'article L. 561-2, 6° et 7° du CMF, les conseillers en financement participatif ainsi que les intermédiaires en financement participatif. Ces nouvelles formes de financements que sont le *crowdfunding* et le *crowdlending* peuvent devenir potentiellement vecteurs d'argent sale. C'est pourquoi le législateur a comblé le vide juridique entourant ces nouveaux modes de financement et ces plateformes<sup>757</sup>.

**360. Obligation *rationae materiae*.** Avant d'évoquer les mesures de vigilance que doivent respecter les organismes financiers, il convient d'aborder les obligations *rationae materiae* que ces derniers doivent respecter. L'article L. 561-10-3 du Code monétaire et financier, interdit notamment aux organismes financiers « *de nouer ou maintenir une relation de correspondant bancaire avec un établissement de crédit ou exerçant des activités équivalentes constitué dans un pays où il n'a aucune présence physique effective permettant que s'exercent des activités de direction et de gestion, s'il n'est pas rattaché à un établissement ou à un groupe réglementé* »<sup>758</sup>. De plus, les organismes financiers se doivent de prendre « les mesures appropriées » pour que ce type de relation ne se noue pas directement ou indirectement par l'intermédiaire d'un client interposé<sup>759</sup>.

S'agissant des obligations de vigilance dite « *standard* », il faut avant toute chose préciser leur finalité première : favoriser les déclarations de soupçons transmises par

---

<sup>756</sup> Ord. n° 2014-599 du 30 mai 2014.

<sup>757</sup> P. DIDER et N. MARTIAL-BRAZ, « Certitudes et incertitudes en matière de crowdfunding. Les ambiguïtés du statut des protagonistes à l'opération de financement participatif », *D.*, 2016, p. 267.

<sup>758</sup> C. mon. et fin., art. L. 561-10-3 al. 2.

<sup>759</sup> C. mon. et fin., art. L. 561-10-3 al. 3.

l'organisme financier à TRACFIN, l'obligation de vigilance et l'obligation de déclaration à TRACFIN entretiennent une relation de complémentarité<sup>760</sup>.

**361. Définition.** L'obligation de vigilance « *consiste pour le professionnel assujetti à identifier ses clients et à bien les connaître tout au long de leur relation, à suivre les opérations qu'ils conduisent pour apprécier leur cohérence et leur logique économique, à procéder à un examen particulier des opérations quant à leurs origines et finalités et à garder ces informations écrites à la seule disposition de TRACFIN et de son autorité de contrôle* »<sup>761</sup>.

**362. Nature juridique.** Les premiers textes juridiques à traiter de cette obligation de vigilance remontent à une loi du 12 juillet 1990<sup>762</sup> qui affirmait l'obligation de déclaration des sommes et opérations suspectes. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur la nature juridique de ces obligations de vigilance<sup>763</sup>. La Cour n'a pas tranché entre la qualification d'obligation de moyens et celle d'obligation de résultat, préférant préciser que les sanctions encourues en cas de non-respect de ces obligations étaient d'ordre disciplinaire et administrative. Elles n'ont pour seule finalité que la lutte contre le blanchiment et ne peuvent en aucun cas servir de fondement juridique à une action en responsabilité au profit d'une victime d'agissements frauduleux<sup>764</sup>. Cette décision s'explique par la nature de « mesures de police bancaire » de l'ancien article L. 563-3 du code monétaire et financier<sup>765</sup>. Désormais, ce sont les articles L. 561-8 et R. 561-14 du code monétaire et financier qui encadrent ce devoir de vigilance. En interprétant strictement les textes, l'on peut en déduire que cette contrainte de vigilance à l'égard des organismes financiers est constitutive d'une obligation de résultat. Un établissement financier ne doit pas poursuivre une relation d'affaires ou

---

<sup>760</sup> H. ROBERT, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, Wolters Kluwer France, 2019, V° « Les délits de blanchiment de l'argent illicite ». éd. 2017, p. 606, spéc. 1709.

<sup>761</sup> H. ROBERT, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, Wolters Kluwer France, 2019, V° « Les délits de blanchiment de l'argent illicite ». *Affaires, op. cit.*, p. 607, spéc. 1711.

<sup>762</sup> Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 ; Circ. min. n° 90-10F3, 12 juillet 1990.

<sup>763</sup> Obligations figurant aux articles L. 563-2 et s. du code monétaire et financier, textes en vigueur en 2003.

<sup>764</sup> Cass. com., 28 avril 2004, n° 02-15.054, Bull. civ. IV, n° 72, *D.*, 2004, p. 1380, note V. AVENA-ROBARDET.

<sup>765</sup> C. CUTAJAR, « La violation de l'obligation de vigilance instituée par l'article L. 563-3 du code monétaire et financier ne permet l'indemnisation de la victime d'un chèque falsifié », *JCP G*, 2004, II, n° 10105.

effectuer des opérations dont elle aurait des doutes sur la licéité des capitaux ou l'identité du donneur d'ordre. C'est ce que semble également retenir certains membres de la doctrine<sup>766</sup>.

**363. Contenu de l'obligation de vigilance.** Plusieurs éléments composent l'obligation de vigilance, qu'elle soit standard ou renforcée. Le concept de relation d'affaires est le premier concept à prendre en considération.

Le second concept, judicieusement précisé par la quatrième directive européenne anti-blanchiment, est celui du bénéficiaire effectif. Le législateur le définit comme suit : « *Il s'agit de la personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client ou de celle pour laquelle une opération est exécutée ou une activité réalisée* »<sup>767</sup>. Cela sera étudié plus avant dans la suite des développements.

**364. Mise en œuvre de l'obligation de vigilance standard.** L'organisme financier doit mettre en œuvre des procédures d'identification du client avant d'entrer en relation d'affaires avec lui. Pour ce faire, les établissements financiers se doivent de recueillir un ensemble de renseignements, concernant le client, leur permettant d'évaluer le risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme<sup>768</sup>. L'engagement ou la poursuite de la relation d'affaires avec le client est fonction de son identification précise. Temporellement, l'article L. 561-5 du CMF impose de renouveler cette identification du client durant l'exécution de la relation d'affaire. Plus précisément, l'organisme financier doit pérenniser les informations qu'il détient sur ses clients au moyen de diverses vérifications. En pratique, il n'est pas rare que les organismes financiers enjoignent par courrier leurs clients de mettre à jour leur situation personnelle, leurs coordonnées et photos d'identité. Ainsi, la « connaissance actualisée du client » et « *l'examen attentif des opérations* » constituent la double exigence requise par l'article L. 561-6, al. 2 du code monétaire et financier. C'est à l'organisme financier que revient la tâche de mettre en adéquation l'ensemble des renseignements

---

<sup>766</sup> Voir par exemple : *J.-Cl Pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2019, V° « Fasc. 10 : Blanchiment - Prévention du blanchiment », p. 42, spéc. 127.

<sup>767</sup> C. mon. fin., art. L. 561-2-2.

<sup>768</sup> C. mon. fin., art. L. 561-5, I, al. 1er et L. 561-6, al. 1er.

et des analyses compilées afin d'évaluer la cohérence des actions du client. Si des incohérences surviennent, cela peut logiquement aboutir à une déclaration de soupçon auprès de la cellule de renseignement.

Avec la 5<sup>e</sup> directive anti-blanchiment, les obligations en cas de risque faible ou de risque élevé de blanchiment de capitaux ou de financement de terrorisme, en particulier lorsque l'opération implique un pays tiers à haut risque, sont complétées tout comme les conditions dans lesquelles les mesures de vigilance doivent être renouvelées. Également, le décret n° 2020-218 apporte des précisions relatives au recours à un tiers pour réaliser les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, et spécifie les règles de contrôle du respect des obligations par les différentes autorités de supervision et les sanctions applicables ainsi que la coopération des superviseurs financiers avec l'Autorité bancaire européenne.

**365. Affaiblissement de certains principes bancaires et financiers.** Cette obligation de vigilance contrevient à plusieurs principes « *sacrés* » du droit de la banque et des marchés financiers : le secret bancaire, la non-immixtion dans les affaires de son client. L'article R. 561-12 du code monétaire et financier fournit une liste non exhaustive de documents qui sont susceptibles d'être réclamés par l'établissement financier et favorisent l'intrusion du banquier dans la vie personnelle de ses clients, lui permettant d'obtenir des informations confidentielles devenant utiles pour des fins commerciales et mercantiles.

## 2. Une vigilance renforcée

**366. Vigilance renforcée concernant les personnes politiquement exposées.** L'article L. 561-10 du code monétaire et financier évoque les cas restrictifs dans lesquels une obligation de vigilance accrue doit être appliquée par les assujettis. Tel est notamment le cas où le client ou son représentant ne sont pas présents physiquement au jour de l'identification ou de la remise de documents permettant de réaliser la vérification d'identité. Figurent également dans ce périmètre plus restreint, la surveillance des produits ou opérations favorisant l'anonymat, la surveillance accrue des « *personnes politiquement exposées* » c'est-à-dire les personnes exposées à un risque particulier en

raison des fonctions qu'ils exercent ou qu'ils ont exercées. Tel sera le cas par exemple d'un ministre ou d'un élu voire d'un directeur général d'une entreprise publique. Sont ensuite visés les chefs d'Etat et de gouvernement, les membres de Hautes juridictions, de Cour suprêmes ou constitutionnelles, les dirigeants ou membres de l'organe de direction d'une banque centrale, etc.

En tout état de cause, ces mesures de vigilance dites « *complémentaires* » ou « *renforcées* » portent principalement sur les personnes politiquement exposées, les opérations qu'elles peuvent passer et les liens qu'elles peuvent entretenir. Mais les assujettis vont également veiller à ce qu'aucune relation de correspondance bancaire ne s'effectue avec une société bancaire écran définie à l'article L. 561-10-3 du code monétaire et financier<sup>769</sup>. Les assujettis ne peuvent maintenir ni accentuer les relations de correspondance bancaire avec un établissement de crédit situé dans un pays dans lequel il n'a aucune présence physique effective.

**367. Examen renforcé d'opérations.** Aussi, l'article L. 561-10-2, II du code monétaire et financier reprend la prescription de l'ancien article L. 563-3 de ce même code concernant l'examen renforcé de certaines opérations dites « *complexes* ». Lorsque l'assujetti remarque une opération inhabituelle, anormalement élevée ou d'une particulière complexité, ou dépourvue d'objet licite ou de justification économique de la part de son client, un examen renforcé doit alors être pratiqué par l'assujetti. Dès lors, l'assujetti doit recueillir des informations complémentaires sur la destination des fonds, le bénéficiaire effectif et l'objet de l'opération. Définitivement, l'analyse des assujettis relativement au risque de blanchiment porte sur deux concepts essentiels : la connaissance du client et la connaissance du bénéficiaire effectif.

Aussi, l'article L. 561-15-1 du code monétaire et financier encadre le mécanisme de communications systématiques d'informations (COSI). Cette mesure tend à obliger les banques à communiquer lorsque des dépôts d'espèces sur un compte de dépôt ou de paiement ouvert au nom d'un client (autre qu'un organisme financier), ou que des

---

<sup>769</sup> « Établissement constitué dans un pays où cet établissement n'a aucune présence physique effective permettant que s'exercent des activités de direction et de gestion, s'il n'est pas rattaché à un établissement ou à un groupe réglementé ».

retraits d'espèces sont effectués depuis de tels comptes sur une période d'un mois calendaire<sup>770</sup>. La somme a été fixée par décret à 10 000 €<sup>771</sup>.

### 3. Allègement et exonération de vigilance

**368. Faible risque de blanchiment.** Les clients dits « *sûrs* » sont ceux de l'article L. 561-2 1° à 6°, établis en France ou dans un autre Etat membre de l'UE ou dans un pays tiers imposant des obligations équivalentes de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (liste arrêtée par le ministre de l'économie le 27 juillet 2011). L'article R. 561-15 du code monétaire et financier mentionne les clients et les bénéficiaires effectifs faiblement risqués. Sont notamment visées les sociétés de capitaux dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé en France ou dans un Etat de l'espace économique européen. L'article R. 561-16 du même code exonère de vigilance des opérations spécifiques à certains produits. Lorsque les assujettis souhaitent alléger leur obligation de vigilance, ils doivent en référer à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et ont pour obligation de justifier que l'étendue des mesures qu'il a mise en œuvre est adapté à ce risque. En d'autres termes, il faut que l'assujetti ait bien identifié le client en amont de cette procédure afin d'être assuré du risque amoindri de blanchiment de capitaux. La 5<sup>e</sup> directive européenne anti-blanchiment, transposée en droit interne par une ordonnance et deux décrets du 12 février 2020, prévoit un dans un souci d'assouplissement et de simplification, un allègement des entrées en relation d'affaires à distance qui ne sont plus considérées comme présentant un risque fort de blanchiment des capitaux nécessitant systématiquement la mise en œuvre de mesures de vigilance complémentaires. Les notions de correspondance bancaire et de compte de passage font désormais l'objet de définitions.

---

<sup>770</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le banquier et la lutte contre le blanchiment d'argent », *AJ Pénal*, 2016, p. 179.

<sup>771</sup> C. mon. et fin., art. R. 561-31-2.

En outre, les décrets transposant la 5<sup>e</sup> directive anti-blanchiment a mis fin à l'obligation de vérification du domicile préalable à l'ouverture d'un compte et a simplifié les modalités de vérification d'identité du client pour les entrées en relation d'affaires à distance. Il précise désormais les obligations relatives à la vérification de l'identité du bénéficiaire effectif en invitant les entités assujetties à systématiquement consulter les registres dédiés.

**369. Rôle de sentinelle des établissements financiers.** Il ne fait désormais aucun doute que les banques sont devenues les « *sentinelles de l'argent sale* », fondé sur un complexe mélange d'autorégulation, de régulation internationale et de régulation interprofessionnelle. L'institutionnalisation du rôle des établissements financiers en matière de lutte contre la criminalité financière et notamment la lutte contre le blanchiment de capitaux les oblige à développer de nouveaux moyens de contrôle efficace. La situation est donc celle d'un législateur qui, par les règles strictes qu'il détermine et une sanction pénale afflictive, impose aux établissements financiers de se réinventer et de faire preuve d'innovation en matière de contrôle des opérations financières et de contrôle des clients.

## **B. « Know Your Customer » : un concept en pleine mutation**

Faisant le lien entre obligation de vigilance et obligation de déclaration<sup>772</sup>, « *know your customer* » est un principe extrêmement récent issu de la pratique. En effet, ce sont les professionnels assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment qui doivent évaluer les profils à risque des clients. Pour ce faire, ils ont créé des process spécifiques destinés à la réalisation d'une cartographie des risques. Certains process correspondent à ce que la pratique bancaire nomme des « *Customer Due Diligence* », c'est-à-dire des procédures visant à mieux connaître son client, mieux évaluer les

---

<sup>772</sup> F. MARTIN, « Les obligations des établissements de crédit en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux », *Deffrénois*, 17 mai 2011, n° 1, p. 41.

risques de blanchiment mais également d'observer les flux financiers transitant dans l'organisme financier (1). En pratique, la démarche de détection des profils à risque dépasse assez nettement la simple identification des clients<sup>773</sup> puisque le bénéficiaire effectif ainsi que l'origine de la transaction peuvent être recherchés (2).

1. Les différents types de procédures permettant la connaissance du client (*Customer Due Diligence*)

**370. Identification du client.** Lorsqu'est évoquée l'obligation de surveillance du banquier, le concept primordial à évoquer est le KYC. Cette pratique serait inspirée à l'origine par les législations suisses, luxembourgeoises et britanniques<sup>774</sup>, puis reprise par l'ensemble des législations ayant pour objectif de lutter contre les circuits clandestins. Ce concept de KYC connaît une définition, un périmètre et un régime juridique différent en fonction du pays dans lequel il se trouve appliqué<sup>775</sup>. En France, la cellule de conformité assure la prise en charge de l'efficacité des procédures de connaissance des clients<sup>776</sup>. Il est à noter que les clients ont en principe une obligation de coopérer à cette procédure<sup>777</sup>.

Cette connaissance du client s'avère indispensable dans le processus d'anticipation des risques de blanchiment. Matériellement, six procédés sont indiqués par l'article R. 561-20 du code monétaire et financier afin d'identifier avec précision les clients. Le texte précise qu'au moins deux des six procédés doivent impérativement être appliqués.

---

<sup>773</sup> En anglais : dénommé Foreign Fighters.

<sup>774</sup> J. RIFFAULT, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 231.

<sup>775</sup> V° pour le droit américain : B. MOJUYE, « La « Know thy customer rule » en droit américain », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 12 ; V° pour le droit belge : J.-P. BUYLE et M. MAIRLOT, « La notion de « know your customer » en matière bancaire et financière, en droit belge », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 9 ; V° pour le droit luxembourgeois : P.-H. CONAC, « L'obligation de connaître le client (Know Your Customer) en droit bancaire et financier luxembourgeois », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 10 ; V° pour le droit canadien : S. ROUSSEAU, « L'obligation du courtier de connaître son client en droit canadien des valeurs mobilières », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 11.

<sup>776</sup> P. WERNER, « La conformité comme outil de prévention du blanchiment », *Rev. dr. banc. et fin.*, n°3, mai 2009, dossier 19.

<sup>777</sup> P.-H. CONAC, « L'obligation de connaître le client (Know Your Customer) en droit bancaire et financier luxembourgeois », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 10.



**371. Détail des mesures basiques à réaliser.** L'organisme financier doit obtenir des documents d'identité, les vérifier puis les certifier comme l'indique l'article R. 561-20 du code monétaire et financier. Il peut imposer que le premier paiement soit effectué en provenance ou à destination d'un compte de dépôt ouvert au nom du client dans un établissement se situant sur le territoire Français, de l'Union Européenne ou le territoire d'un Etat appartenant à la zone économique européenne. Des moyens technologiques de vérification d'identité sont également acceptés, comme par exemple une signature électronique qualifiée et certifiée ou encore des moyens d'identification électroniques acceptés dans le cadre de procédés contrôlés par la Commission Européenne.

**372. Vigilance renforcée à l'égard des clients à haut risque<sup>778</sup>.** Les clients considérés comme étant « à risque », sont les personnes politiquement exposées (PPE), comme l'a indiqué une directive du 26 octobre 2005. L'ordonnance de transposition les identifie comme « *personne résidant dans un autre Etat membre de l'UE ou un pays tiers et qui est exposée à des risques de particuliers en raison de ses fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives, qu'elle exerce ou qu'elle a exercées pour le compte d'un autre Etat ou de celles qu'exercent ou ont exercées des membres directs de sa famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées* »<sup>779</sup>. L'article R. 561-18 du code monétaire et financier énonce les cas précis dans lesquels l'assujetti fait face à une personne politiquement exposée. Sont notamment visés les Chefs d'Etat ou de gouvernement, les membres d'un gouvernement national, les membres de la commission européenne, les membres d'une Cour suprême ou d'une Haute juridiction, etc. Les personnes mentionnées en tant que membres directs de la famille sont notamment le conjoint ou concubin notoire et les ascendants et descendants en ligne directe. Enfin, les personnes connues pour être associées aux PPE sont les personnes physiques identifiées comme bénéficiaires effectifs, au même titre que le client demandeur, d'une personne morale, mais aussi les personnes physiques entretenant des relations d'affaires étroites avec le client. Les

---

<sup>778</sup> BRI, *Devoir de vigilance des banques au sujet de la clientèle*, Comité de Bâle, oct. 2001, 2.2, p. 6 à 9.

<sup>779</sup> Décr. n°2009-1087 du 2 septembre 2009, art. 1.

textes sont assez précis sur ce qui doit être considéré comme une personne politiquement exposée et, par voie de conséquence, qui doit faire l'objet d'un contrôle particulier et d'une vigilance accrue. En matière de documentation justifiant de l'identité des bénéficiaires, plusieurs remarques apparaissent : l'obtention de pièces justificatives supplémentaires et un suivi soutenu de la relation d'affaires engagée. L'article R. 561-20 du code monétaire et financier fixe dans ses deux premières parties la chronologie précitée. De surcroît, il est indiqué que, lors de l'ouverture de compte, les assujettis doivent obtenir un justificatif supplémentaire afin de vérifier l'identité du client, vérifier et certifier l'authenticité des documents apportés. En termes de transaction, les assujettis doivent imposer au PPE que le premier ordre émis ou reçu soit à destination ou en provenance d'un compte ouvert à son nom dans un établissement établi sur le sol de l'Union Européenne ou faisant partie de l'Espace économique européen. Les établissements respectant les standards précités doivent être en mesure de confirmer l'identité du client lorsque l'assujetti ouvrant le compte lui en fait la demande.

**373. Difficulté technique.** Les textes mentionnent les pays tiers respectant les règles anti-blanchiment<sup>780</sup>. Les filiales étrangères ne peuvent fournir confirmation qu'à condition qu'elles soient dans des territoires qui respectent les standards français de vigilance et de conservation d'information (article R. 561-20-I-4°).

**374. Le cas particulier des ouvertures de compte à distance par identification faciale.** La Société Générale propose désormais l'ouverture de compte bancaire par smartphone. Afin de procéder aux mesures d'identification du client, un processus rapide basé sur la biométrie faciale a été mis en œuvre par cette banque. Pour réaliser l'ouverture, le client doit installer l'application de la banque sur son mobile, et depuis l'application il devra remplir un formulaire indiquant ses renseignements personnels, prendre en photo deux pièces d'identité ainsi qu'un justificatif de domicile. Il prendra ensuite plusieurs « *selfies* » dont l'algorithme biométrique vérifiera la correspondance des traits des photos d'identité. Si la correspondance est valable, un contact en

---

<sup>780</sup> C. mon. et fin., art. R. 561-20.

visioconférence est pris avec un téléconseiller. La CNIL et l'ACPR ont donné l'autorisation à la Société Générale d'utiliser ce nouveau processus de connaissance du client, le reconnaissant implicitement comme étant sécurisé<sup>781</sup>.

**375. La précision de l'identification des clients.** La BRI (Banque des Règlements internationaux) a publié dès 1988 des recommandations concernant la nécessaire connaissance du client<sup>782</sup>. Les lobbys des grands groupes bancaires ont également travaillé en ce sens, notamment par le biais du groupe Wolfsberg<sup>783</sup>.

Le profil que le client présente à sa banque doit être en adéquation avec les transactions financières qu'il réalise. La détermination du profil client est fondamental, en ce qu'elle détermine la classification de ce client au sein de la cartographie des risques de l'établissement financier. Une actualisation périodique de cette classification est prévue par les règles inhérentes au fonctionnement de la cellule conformité. Aussi, ces « *dispositifs déclaratifs, imposant aux banques une mise à jour de leurs systèmes informatiques et une adaptation importante en termes d'organisation interne* »<sup>784</sup> sont des apports bénéfiques en vue de la lutte contre tous les types de délinquance astucieuse. Ils apportent des éléments de preuve supplémentaire au parquet lors de poursuites réalisées sur le fondement de la non-justification de ressources de l'article 324-1-1 du code pénal.

**376. KYC et blockchains : une volonté de sécurisation.** La blockchain<sup>785</sup> consiste en des procédés cryptographiques s'échangeant dans le cadre d'un réseau informatisé, fonctionnant grâce à un algorithme dont les membres forment les « *mineurs* »<sup>786</sup>. Ces

---

<sup>781</sup> D. GUINOT, Le Figaro du 16 février 2018, disponible à cette adresse : <http://www.lefigaro.fr/societes/2018/02/16/20005-20180216ARTFIG00055-ouverture-de-compte-la-societe-generale-mise-sur-la-biometrie.php>.

<sup>782</sup> Comité de Bâle, *Devoir de diligence au sujet de la clientèle*, Comité des règles et pratiques des de contrôle des opérations bancaires (BRI), n° 85, Bâle, 2001. Un *Guide pour l'ouverture des comptes et l'identification de la clientèle* est venu compléter ces recommandations.

<sup>783</sup> Groupe créé en octobre 2000 à l'initiative des banques UBS et du Crédit Suisse.

<sup>784</sup> M.-E. BOURSIER, « Anticorruption et anti-blanchiment, les nouveaux risques pesant sur les entreprises ; Loi Sapin II : les entreprises assujetties à un programme de conformité anticorruption », *JCP E*, 24 nov. 2016, 1622.

<sup>785</sup> H. de VAUPLANE, « La blockchain et le droit », *JCP E*, 2016, 1480.

<sup>786</sup> O. JEAN MARIE, « Le mécanisme du minage », *Banque et stratégie*, sept. 2016, p. 9.

derniers contribuent au fonctionnement du mécanisme et à l'échange de données sans qu'un tiers n'ait à intervenir. C'est en ce sens que la blockchain est un outil de désintermédiation, aucun tiers de confiance n'ayant besoin d'intervenir pour certifier les opérations y transitant. Son utilisation pratique s'étoffe grandement. Fondamentalement utilisée en vue de faire circuler une monnaie virtuelle<sup>787</sup>, le Bitcoin, la structure novatrice de la blockchain a intéressé les acteurs de marchés pour d'autres domaines. C'est ainsi que cette technologie peut servir de base d'exécution d'un contrat<sup>788</sup>, par le biais disruptif des « *smarts-contracts* »<sup>789</sup>, le transfert d'argent à l'international ou encore l'émission de minibons dans le cadre du financement participatif<sup>790</sup>.

**377. Intérêt de la blockchain pour la maîtrise du process de KYC par la cellule compliance.** Plus intéressant pour le contrôle interne des organismes financiers, le mécanisme blockchain trouve une utilité en tant que base de données sécurisée pour la connaissance des clients. Les données « *KYC* » récoltées par un organisme financier sont alors stockées et échangées avec les autres entités du groupe et ce, en toute sécurité. La blockchain apparaît alors comme un système opérationnel apte à centraliser les informations. Dans sa fonction d'authentification, la blockchain permettrait de vérifier l'identité des clients. Ainsi, l'ensemble des documents signés par les clients, les copies des documents d'identité, les papiers numérisés et tout ce qui concerne la connaissance du client pourront être stockés dans la blockchain. Par ailleurs, les avantages de ce procédé sont la création d'une base de données mutuelles à tout un groupe bancaire et financier, ainsi que les caractères infalsifiables et inviolables du procédé<sup>791</sup>.

---

<sup>787</sup> M. RUIMY, « Les monnaies virtuelles, nouveaux acteurs du secteur financier », *Banque et stratégie*, n° 320, déc. 2013, p. 16.

<sup>788</sup> Protocoles informatiques qui permettent d'exécuter les termes d'un contrat.

<sup>789</sup> C. ZOLINSKIY, « Blockchain et *smart contracts* : premiers regards sur une technologie disruptive », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2017, dossier 4.

<sup>790</sup> Ord. n° 2016-520, 28 avr. 2016, relative aux bons de caisse. Voir : art. L. 223-12, C. mon. fin.: « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 223-4, l'émission et la cession de minibons peuvent également être inscrites dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ces opérations, dans des conditions, notamment de sécurité, définies par décret en Conseil d'État ».

<sup>791</sup> D. LEGAIS, *J.-Cl. Commercial*, V° « Fasc. 534 : Blockchain », Lexis Nexis, 2018.

Dans l'intérêt d'une lutte contre le blanchiment plus effective, la perspective d'exploitation de la blockchain s'avère être propice afin de faciliter les déclarations de soupçon à TRACFIN. En effet, la base de données figurant dans la blockchain pourrait être partagée par l'ensemble des organismes financiers et plus seulement le groupe bancaire à l'origine du contrôle du client. Ainsi, en cas de mobilité des clients d'un établissement à un autre, voire même d'un groupe à un autre, le contrôle d'identité n'aura plus à être effectué mais simplement mis à jour si besoin est.

**378. Le piratage informatique comme limite au mécanisme de blockchain.** La blockchain, bien que sécurisée efficacement en théorie, peut faire l'objet de vols de données et de piratage. Les « *ransomware* » sont des pirates informatiques qui pénètrent et interceptent les données personnelles d'utilisateurs pour réclamer par la suite une rançon en l'échange d'absence de diffusion des données. Leurs compétences en la matière sembleraient pouvoir les diriger vers le piratage de blockchains de sociétés cotées et de groupes bancaires et financiers. De telles attaques auraient de lourdes conséquences pour les clients, leurs données personnelles étant alors appréhendées par des pirates capables de les diffuser sur le net. Si certains professionnels estiment que la blockchain est impiratible et infalsifiable, il ne paraît pas inutile de rappeler qu'aucun système n'est inviolable, l'inventivité des « *pirates* » outre-passant les meilleures protections.

**379. Les dérives des procédures de KYC.** La multiplication de création de postes de *compliance officer* depuis les années 2000 ne fut pas sans conséquences sur l'organisation des établissements financiers. Ont dès lors été observés de sensibles rapprochements entre le *back office* et le *front office*. Une dérive est alors apparue au fil des pratiques : l'instrumentalisation de la procédure de KYC. En effet, les obligations de connaissance du client et toutes les procédures informatisées subséquentes, initialement créées afin de favoriser les déclarations de soupçon, ont été détournées de leur utilité première. Désormais, les données résultant de ces procédures sont utilisées à des fins commerciales, notamment en termes de connaissance du profil

et des besoins du client<sup>792</sup>. L'offre de produits et services bancaires et financiers plus personnalisés sont donc favorisés par cette utilisation détournée du KYC. Par exemple, le Crédit Mutuel Arkea, en partenariat avec la société IBM, a pourvu son système de KYC efficace grâce au code open source de Hyperledger, spécialiste de blockchain<sup>793</sup>. Cette blockchain lui permet de vérifier l'identité de ses clients grâce à ce standard de registre décentralisé piloté par la fondation Linux.

**380. Les dérives de la blockchain.** Le risque principal inhérent au mécanisme de blockchain<sup>794</sup> porte sur le système d'anonymat qu'il prévoit. En effet, les criminels, en raison de l'anonymat fourni par les mécanismes de blockchain, blanchissent l'argent issu d'infractions diverses ou même réalisent des opérations commerciales illicites. Il en est ainsi de l'exemple de *Silkroad*, place de marché en ligne mettant en relation acheteurs et vendeurs, qui utilisaient le bitcoin afin de faire commerce d'une gamme de produits illicites tels que des produits stupéfiants et des armes à feu<sup>795</sup>. Afin de limiter la traçabilité des transactions qu'ils effectuent, les délinquants utilisent une multiplicité de clefs publiques et de clefs d'appoint, cela correspondant à une méthode utilisée par les délinquants œuvrant sur la blockchain. Des méthodes de contrôle et d'enquête permettent de tracer les bitcoins mais sont techniquement longues à mettre en œuvre pour un résultat somme toute incertain. Dès lors, des entreprises se sont spécialisées dans l'identification des utilisations illicites de cryptomonnaies<sup>796</sup> comme par exemple *Elliptic*<sup>797</sup> et *Chainalysis*<sup>798</sup>. De plus, l'avènement d'un cadre juridique

---

<sup>792</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblançiment*, op. cit., p. 128.

<sup>793</sup> <https://www.hyperledger.org>

<sup>794</sup> S. DRILLON, « La révolution Blockchain », *RTD Com.*, 2016, p. 893 ; S. CHARENTENAY, « Blockchain et Droit : Code is deeply law », *Gaz. Pal.*, 14 nov. 2017, n° 39, p. 15 ; M. MEKKI, « Les mystères de la blockchain », *D.*, 2017, p. 2160 ; C. ZOLINSKI, « La blockchain : la fin de l'ubérisation ? », *D. IP/IT*, 2017, p. 385, X. DELPECH, « La délicate appréhension de la Blockchain par le droit », *AJ Contrat*, 2017, p. 244.

<sup>795</sup> J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TRICHIT, S. VARETTE, *Les blockchains en 50 questions, Comprendre le fonctionnement et les enjeux de cette technologie innovante*, Dunod, 2018. p.100.

<sup>796</sup> J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TRICHIT, S. VARETTE, *Les blockchains en 50 questions, Comprendre le fonctionnement et les enjeux de cette technologie innovante*, op.cit., p.102-104.

<sup>797</sup> [www.elliptic.com](http://www.elliptic.com)

<sup>798</sup> [www.chainalysis.com](http://www.chainalysis.com)

précis au bitcoin, venant combler un vide juridique<sup>799</sup>, a permis de lui appliquer un nouveau régime fiscal d'imposition<sup>800</sup>.

**381. Les levées de fonds en cryptoactifs.** Enfin, les bitcoins devraient connaître un gain d'intérêt supplémentaire dans les années à venir avec les ICO<sup>801</sup>. Cette nouvelle méthode de levée de fonds fonctionne par l'émission d'actifs numériques échangeables contre des bitcoins ou d'autres cryptomonnaies<sup>802</sup> durant la phase de démarrage du projet. Ce type de levée de fonds répond à une forme de financement privilégiée des start-ups notamment<sup>803</sup>. Non-réglementé en octobre 2019, ce mode de financement est une forme de financement participatif. Ces ICO sont utilisés par les startups afin de contourner la rigueur du système de financement traditionnel mais également afin de bénéficier de la popularité grandissante des cryptoactifs. Les jetons vendus représentent des droits sur les premiers services, biens ou unités de cryptoactifs qui seront développés par la société et cédés contre des devises légales ou d'autres cryptoactifs. L'AMF avait lancé une grande consultation publique destinée à obtenir l'avis des acteurs de marché concernant l'encadrement des ICO. Cela devrait aboutir fin 2019 à la création d'un cadre réglementaire consensuel qui évitera de brider ce nouveau système de financement dans leur potentialité de développement<sup>804</sup>. Le Bitcoin et les Fintech en général sont de nouveaux risques pris en considération par l'ACPR<sup>805</sup>.

---

<sup>799</sup> S. ALMASEANU, « Le traitement pénal du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles », *Gaz. Pal.*, 30 août 2014, n° 142, p. 11 ; B. BURY, « Shadow activities : quel encadrement ? », *Gaz. Pal.*, 18 mars 2014, n° 77, p. 3 ; T. CREMERS, « La blockchain et les titres financiers : retour vers le futur », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 6, p. 271 ; P. STORRER, « Crowdfunding, bitcoin : quelle régulation ? », *D.*, 2014, p. 832.

<sup>800</sup> O. DEBAT, H. MANCIET, « "Bitcoin" : un nouveau régime d'imposition », Note sous Conseil d'État, huitième-troisième Chambres réunies, 12 octobre 2018, requête numéro 423044 et Conseil d'État, huitième-troisième Chambres réunies, 12 octobre 2018, requête numéro 423118, *Dr. et patr.*, avr. 2019, n° 90, p. 53.

<sup>801</sup> *Initial Coin Offering*.

<sup>802</sup> M. MIGNOT, J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, N. ERESEO, J.-P. KOVAR, *Droit bancaire*, Dalloz, coll. Précis, 2<sup>e</sup> éd., 2019, p. 685 et s.

<sup>803</sup> *Initial Coin Offering*.

<sup>804</sup> J. FAVIER, B. HUGUET, A. TAKKAL BATAILLE, *Bitcoin métamorphoses, De l'or des fous à l'or numérique?*, Dunod, 2018, p. 254.

<sup>805</sup> M.-E. BOURSIER, « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ; Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, 26 avr. 2018, 1209.

## 2. La recherche impérative du bénéficiaire effectif

**382. Définition.** Le bénéficiaire effectif est un concept défini largement par le code monétaire et financier<sup>806</sup>. Il s'agit de la personne physique qui contrôle directement ou indirectement le client, ou celle pour laquelle une opération est exécutée ou une activité réalisée<sup>807</sup>. Seulement, cette définition est affinée en fonction du type d'acteur ou d'opération auxquels les assujettis ont à faire face<sup>808</sup>. Ainsi, en droit des sociétés, le bénéficiaire effectif est considéré comme « *la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés* »<sup>809</sup>. Lorsqu'il s'agit d'un organisme de placement collectif, sont considérées comme bénéficiaires effectifs « *la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % des parts ou actions de l'organisme, soit exercent un pouvoir de contrôle sur les organes d'administration ou de direction de l'organisme de placements collectifs ou, le cas échéant, de la société de gestion ou de la société de gestion de portefeuille le représentant* »<sup>810</sup>. Enfin, le code monétaire et financier prévoit une troisième définition spécifique du bénéficiaire effectif<sup>811</sup>. Les établissements visés par cette définition sont notamment les fiducies et les autres personnes morales de droit étranger similaires. Il s'agira des trusts par exemple.

**383. Concept autrefois inconnu du droit pénal.** Le concept de bénéficiaire effectif est issu du droit financier et n'avait pas d'équivalent en droit pénal. En effet, sa première apparition figurait au sein du code monétaire et financier, dans les obligations tenant

---

<sup>806</sup> C. mon. et fin., art. L. 561-2-2.

<sup>807</sup> C. CUTAJAR, *J.-Cl Pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2019, V° « Fasc. 10 : Blanchiment - Prévention du blanchiment ». p. 37.

<sup>808</sup> Ord. n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> déc. 2016, *JO* du 2 déc. 2016.

<sup>809</sup> C. mon. et fin., art. R. 561-1.

<sup>810</sup> C. mon. et fin., art. R.561-2.

<sup>811</sup> C. mon. et fin., art. R. 561-3.



aux établissements de crédit<sup>812</sup>. Désormais, depuis la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, le code pénal fait référence au bénéficiaire effectif dans un tout nouvel article 324-1-1. Il énonce que « *pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus* »<sup>813</sup>.

La *ratio legis* de ce texte permet de comprendre que l'objectif du législateur était de faciliter la preuve du blanchiment par le parquet. La méthode juridique utilisée par le législateur est une présomption. Appliqué en matière d'organismes financiers, cela a des conséquences non négligeables : un risque pénal de poursuite facilité pour des faits de blanchiment de capitaux. Par ce texte, à défaut de bénéficiaire final identifiable et d'opérations ne visant qu'à le dissimuler, l'établissement financier devra cesser les opérations en cours<sup>814</sup>. A défaut, il sera soumis aux présomptions de ce texte et se verra être poursuivi pour blanchiment. L'apparition du bénéficiaire effectif dans un texte juridique a des conséquences pratiques importantes pour les organismes financiers. Cela les conduit à respecter d'autant plus leurs obligations de vigilance à l'égard de leurs clients. Le suivi précis des flux financiers s'avère être le seul moyen de prévention du risque de poursuites pénales.

Dès lors, il est remarquable que le législateur sanctionne indirectement le manque de diligence dont peuvent faire montre certains établissements financiers par un texte répressif. La sanction consiste en un risque de poursuites pénales pour blanchiment ou complicité de blanchiment de capitaux et non pas en une peine afflictive propre et déterminée telle une amende.

**384. Nature juridique de la déclaration du bénéficiaire effectif.** Les articles de loi figurant dans le code monétaire et financier ne donnent que peu d'indices sur la nature

---

<sup>812</sup> C. mon. et fin., art. R. 561-7 et s.

<sup>813</sup> C. pén., art. 324-1-1.

<sup>814</sup> A.-D. MERVILLE, « Le nouvel article 324-1-1 du code pénal a-t-il des conséquences pour les établissements financiers en matière de blanchiment d'argent ? », *RLDA*, n° 94, 1<sup>er</sup> juin 2014.

de cette obligation. La *ratio legis* de l'obligation de déclarer le bénéficiaire effectif indique que son essence tient dans la protection de l'ordre public. Ainsi, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est la cause principale de l'obligation de connaissance du bénéficiaire effectif. Ces considérations impérieuses d'ordre public laissent à penser que l'obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs ait la nature d'une obligation de résultat. En effet, comme en matière de KYC, cette obligation vise à lutter contre le blanchiment de capitaux et pourrait, en cas de non-respect, entraîner des poursuites pénales sur le fondement de la complicité de blanchiment de capitaux. *A fortiori*, cette obligation fait partie des mesures que le contrôle interne des organismes financiers se doit de mettre en œuvre afin d'accomplir au mieux les recommandations du GAFI. A minima, et à défaut de précisions textuelles précisant un régime répressif applicable, des sanctions disciplinaires pourraient être prononcées par les autorités de régulation.

**385. Encadrement légal du concept de bénéficiaire effectif.** Le bénéficiaire effectif est désormais au cœur des réflexions puisqu'il constitue un facteur clef de la réussite dans la lutte contre le blanchiment de capitaux. La 4<sup>e</sup> directive anti-blanchiment de 2015 a donné un cadre beaucoup plus précis et harmonisé au bénéficiaire effectif<sup>815</sup>. Cette directive fut transposée en droit interne principalement par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 « renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme »<sup>816</sup>, puis par plusieurs décrets<sup>817</sup> et arrêtés<sup>818</sup>

---

<sup>815</sup> PE et Cons. UE, dir. n° 2015/849/UE du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, JOUE, n° L. 141, 5 juin 2015, p. 73 ; H. ROBERT, « Présentation de la directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 dite quatrième directive anti-blanchiment », *Bull. Lamy droit pénal aff.*, sept. 2015, n° 153, p. 1.

<sup>816</sup> Ord. n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> déc. 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, JO 2 déc. 2016, texte n° 14 ; H. ROBERT, « L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 renforçant le dispositif de lutte anti-blanchiment », *RLDA*, févr. 2017, n° 123, p. 16.

<sup>817</sup> Décr. n° 2017-1094 du 12 juin 2017 relatif au registre des bénéficiaires effectifs définis à l'art. L. 561-2-2 c. mon. fin., JO 14 juin 2017, texte n° 16 ; JCP E 2017. act. 275 ; H. Le NABASQUE, « Retour sur la notion de « bénéficiaires effectifs » », *Bull. Joly Sociétés*, 1<sup>er</sup> janvier 2018, n° 1, p. 8.

<sup>818</sup> Arr. du 1<sup>er</sup> août 2017 relatif aux tarifs réglementés des greffiers des tribunaux de commerce, JO 3 août 2017, texte n° 29 ; Arr. du 18 sept. 2017 relatif aux modalités de transmission à l'INPI du document relatif au bénéficiaire effectif mentionné au deuxième alinéa de l'art. L. 561-46 c. mon. fin., JO 26 sept. 2017, texte n° 21 ; Arr. du 18 sept. 2017 relatif aux justificatifs à fournir pour accéder au document relatif au bénéficiaire effectif, JO 26 sept. 2017, texte n° 22.

supplémentaires. Notamment, un décret du 18 avril 2018 est venu compléter utilement le cadre du bénéficiaire effectif.

**386. Lien avec le concept de relation d'affaires.** L'article L. 561-2-1 du code monétaire, depuis l'ordonnance de transposition du 1<sup>er</sup> décembre 2016, prévoit que « *La relation professionnelle ou commerciale avec le client et inclut le cas échéant le bénéficiaire effectif* ». Le bénéficiaire effectif est un élément indispensable à l'analyse de la relation d'affaires par l'établissement financier. A défaut de précision sur le bénéficiaire effectif de diverses opérations passées par le client, l'établissement financier a pour obligation de stopper la relation d'affaires.

**387. Registre des bénéficiaires effectifs.** La transposition de la « 4<sup>e</sup> directive »<sup>819</sup> anti-blanchiment avait pour finalité d'identifier plus aisément les bénéficiaires effectifs<sup>820</sup>. Pour ce faire, l'article L. 561-46 du code monétaire et financier énonce les règles relatives au respect d'un registre des bénéficiaires effectifs. Le bénéficiaire effectif est défini, selon ce texte, comme la ou les personnes physiques « *1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée* ». L'article R. 561-1 du même code dispose que l'on « *entend par bénéficiaire effectif la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés* ». La réforme issue du décret du 18 avril 2018<sup>821</sup> est venue préciser la notion de contrôle à 25 % mais sans pour autant émettre de

---

<sup>819</sup> C. CUTAJAR, « Le décret d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 transposant la quatrième directive anti-blanchiment enfin publié », *JCP G*, 2018, n° 19-20, 538 ; D. LEVY, « Décret du 18 avril 2018 renforçant la lutte contre le blanchiment de capitaux : l'essentiel pour les avocats », *D. actu.*, 15 mai 2018.

<sup>820</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés. Présentation et impressions sur un nouveau dispositif juridique », *Rev. sociétés*, 2018, 7 ; B. LECOURT, « Nouvelles obligations d'information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », *Rev. sociétés*, 2017, p. 667 ; M.-E. BOURSIER, « L'impact de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 sur la cartographie des risques des entreprises », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> janv. 2017, n° 1, p. 6.

<sup>821</sup> Décret n° 2018-284 du 18 avr. 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, JO 20 avr. 2018, texte n° 28 ; JCP E 2018, n° 17, act. 299 ; *Deffrénois*, 2018, n° 18-19, p. 1.

solution concernant les détentions indirectes, c'est-à-dire les chaînes de détentions<sup>822</sup>. Ce décret évoque également des éléments de précision à propos des bénéficiaires de FIA et d'OPCVM. Ce critère de détention de 25% est repris à propos des *trusts* avec l'article R. 361-3-0 du code monétaire et financier.

**388. Solution afin de trouver une pleine efficacité de l'enregistrement des bénéficiaires effectifs.** Dans le but de rendre ce nouveau mécanisme de registre efficace, un système de sanction doit être instauré. Des sanctions que l'on pourrait qualifier de « contraintes pratiques » pourraient avoir un effet dissuasif envers les sociétés qui ne voudraient pas déclarer leurs bénéficiaires effectifs. En outre, un refus d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés serait une contrainte lourde de conséquence pour les sociétés qui refuseraient de déposer le document détaillant les bénéficiaires effectifs. Dès lors, sans immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la société ne peut acquérir la personnalité morale. Les actes passés lors de la formation ne peuvent être repris par la société, faute d'existence juridique et, par voie de conséquence, les associés fondateurs demeurent personnellement et solidairement tenus des dettes contractées avant l'immatriculation, dans le cas d'une société de capitaux. Allant au-delà de la sanction juridique, une sanction pratique tenant du formalisme semblerait entraîner des contraintes juridiques subséquentes à l'encontre des associés. Une telle solution a été évoquée par la doctrine<sup>823</sup>, mais la loi et le juge demeurent muets sur ce point à ce jour. Quand certains auteurs pensent qu'un refus d'immatriculation n'aura pas d'incidence<sup>824</sup>, d'autres estiment que ce refus peut constituer un levier en matière d'identification des bénéficiaires effectifs<sup>825</sup>.

**389. Formalisme du registre des bénéficiaires effectifs.** Afin de formaliser les informations relatives aux bénéficiaires effectifs, les assujettis doivent déposer au greffe du tribunal de commerce un document retraçant ces informations, rédigé sur

---

<sup>822</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 423.

<sup>823</sup> A. LECOURT, « Information sur les bénéficiaires effectifs des sociétés immatriculées », *RTD Com.*, 2017, 377.

<sup>824</sup> B. ZABALA et A. ROHMERT, « Le régime des bénéficiaires effectifs appliqués aux sociétés », *JCP E*, 2017, spéc. 1585.

<sup>825</sup> R. MORTIER et S. BOL, Le registre des bénéficiaires effectifs, *Dr. sociétés*, 2017, n° 11, étude 11.

papier libre, aucun standard de forme n'ayant été créé. Malgré l'absence de formulaire de type « Cerfa », le code monétaire et financier indique quelles sont les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans le document. L'article R. 561-56 du CMF décrit ce formalisme. Les raisons sociales, adresse du siège social, numéro SIREN sont détaillés dans une première partie, les données personnelles concernant la ou les personnes physiques en charge de la société visée ainsi que les modalités de contrôle exercées. Ces informations doivent être tenues à jour par le déposant<sup>826</sup>. Ces obligations de dépôt concernent les sociétés non cotées immatriculées au registre du commerce et des sociétés<sup>827</sup>. La finalité de ces dépôts est de créer un registre des bénéficiaires effectifs, fiable et actualisé. Il existe désormais un registre des bénéficiaires effectifs accessible au greffe du tribunal de commerce. Celui-ci est constitué par les dépôts obligatoires de listes de bénéficiaires effectifs des sociétés civiles et commerciales ainsi que des GIE. Ce dépôt se concrétise par un document standardisé relatif aux bénéficiaires effectifs d'une société signé par le représentant légal de la société, d'un document annexe relatif à chacun des bénéficiaires effectifs.

**390. Difficultés d'appréciation.** Les textes fixant le périmètre de ce qui caractérise le bénéficiaire effectif et notamment la détermination de seuils de contrôle posent quelques difficultés d'application : un lien contractuel ou structurel doit rattacher le client au bénéficiaire effectif<sup>828</sup>.

D'une part, une première difficulté porte sur le calcul de la détention indirecte. Outre l'expression « *la ou les personnes physiques* » qui se coordonne assez peu avec le montant de capital à détenir.

D'autre part, la caractérisation de « *détention indirecte* » visée par les textes est appréhendée avec difficulté<sup>829</sup>. En effet, trois critères de contrôle sont applicables : le

---

<sup>826</sup> J. QUIROJA-GALDO, « Le registre des bénéficiaires effectifs, de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99% des sociétés, *LPA*, 8 déc. 2017, n° 245, p. 7.

<sup>827</sup> Ord. n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 transposant en droit français la directive « anti-blanchiment » n° 2015/849 du 20 mai 2015.

<sup>828</sup> L. CHATAIN, « Blanchiment de capitaux, à la recherche du bénéficiaire effectif », *JCP E*, n° 9, 2 mars 2006, 1328.

<sup>829</sup> H. Le NABASQUE, « Retour sur la notion de « bénéficiaires effectifs » », *Bull. Joly Sociétés*, 1<sup>er</sup> janvier 2018, n° 1, p. 8.

critère du produit, le critère du contrôle et le critère de la détention de la majorité du capital ou des droits de vote de la société. Le critère du produit prend en compte les chaînes de participation, le critère du contrôle se fonde sur le mode de calcul de l'article L. 223-3 du code de commerce, le critère de la détention du capital de la société intermédiée est la solution applicable lorsque les deux premiers critères ne sont pas visés par le texte<sup>830</sup>. L'ACPR et l'AMF ont choisi le même critère de détermination : il s'agit du critère du produit<sup>831</sup>. Les assujettis suivront certainement le même critère afin d'éviter toute sanction disciplinaire. Cette rigueur appliquée en termes de méthodologie de détermination du critère de contrôle est justifiée par les chaînes de participation qui s'accumulent dans les grands groupes. Également, les chaînes de détention posent problème pour établir le seuil de 25 %<sup>832</sup>.

Aussi, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé échappent expressément à cette obligation de déclaration du bénéficiaire<sup>833</sup>. Cette exclusion semble justifiée par les obligations de transparence déjà lourdes pesant sur les sociétés cotées et leur permettant d'ores et déjà de cibler les bénéficiaires effectifs.

L'ensemble de ces règles de calcul et de détermination du bénéficiaire effectif sont analysés avec intérêt par les *compliance officers*. L'identification précise et certaine des bénéficiaires effectifs de flux financiers est déterminante en ce qui concerne le respect des règles anti-blanchiment qui sont imposées aux établissements financiers. Si l'identification en question est erronée ou incomplète, elle sera donc considérée comme étant défectueuse et l'établissement financier pourra encourir une sanction du régulateur.

---

<sup>830</sup> H. Le NABASQUE, « La notion de participation indirecte en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2016, n° 3, p. 176 et s., spéc. n° 11 et s. ; CE, 23 nov. 1998, n° 180246 : RJF 12/98, n° 1424.

<sup>831</sup> Pour l'ACPR, « Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs », sept. 2011, p. 23, ann. IV intitulée « Chaînes de participation » ; pour l'AMF, recommandation AMF n° 2013-05. Le greffe du tribunal de commerce de Paris invite, lui aussi, dans son modèle de déclaration, à faire application du critère du produit.

<sup>832</sup> R. MORTIER, « Le registre des bénéficiaires effectifs », *Dr. des sociétés*, n° 11, nov. 2017, étude 11.

<sup>833</sup> Art. L. 541-46 du code mon. et fin.

## Paragraphe 2. Détection du blanchiment par la cellule conformité

La logique des cellules de conformité se construit en trois points. Tout d'abord, il y a une perspective d'enquête dirigée sur l'identification des clients douteux et des avoirs litigieux en raison de leur origine ou de l'absence d'identification du bénéficiaire effectif. Ensuite, une perspective de diagnostic permet d'établir avec précision quel niveau de vigilance est à mettre en œuvre *in concreto* face à une situation douteuse. Enfin une perspective managériale est révélée puisque le risque encouru en vertu d'une opération douteuse, ou d'un client suspect, aura des conséquences en matière de mobilisation de personnel et de moyens techniques de la part de l'établissement financier. Les moyens humains et technologiques de détection des opérations douteuses sont optimisés en fonction des typologies de clients et des risques encourus par l'établissement financier en raison de la hiérarchisation des types de vigilance existant (A). La conformité a notamment un rôle important à jouer en matière d'encadrement éthique de l'intelligence artificielle. Sur le même modèle que celui de la conformité dite « RGPD », il incomberait aux opérateurs économiques de justifier des valeurs prônées dans l'entreprise par le biais de chartes éthiques et des procédures internes<sup>834</sup>. Des structures criminogènes par nature facilitent le transit d'argent sale en raison de leur opacité, de leur nature et de l'anonymat qu'elles favorisent, il s'agit des trusts. Ce véhicule de transfert patrimonial issu du droit anglo-saxon tend à intégrer le périmètre de surveillance des banques (B).

---

<sup>834</sup> A. SEE, « La régulation des algorithmes : un nouveau modèle de globalisation ? », *RFDA*, 2019, p. 830.

## **A. Moyens humains et technologiques de détection des flux financiers illicites**

La détection des flux financiers illicites sollicite divers moyens sous contrôle de la cellule conformité. Les *compliance officers* veillent à la formation de l'ensemble des salariés de l'établissement financier et actualisent une veille juridique afin de les tenir informés des exigences législatives et réglementaires en matière de blanchiment et flux de capitaux illicites (1). L'outil digital est venu compléter et affiner le travail de contrôle fourni par les *compliance officers* (2). Afin de rendre plus efficace les mécanismes de contrôle des flux financiers et des clients, les organismes financiers ont investi dans des outils informatiques capables de tracer l'ensemble des flux financiers en temps réel, de générer des alertes en fonction de paramétrages déterminés et ainsi de pallier une quelconque défaillance humaine qui surviendrait (3).

### **1. Formation et information des opérationnels**

**391. Un lien technologique avec les moyens humains.** La technique permet de détecter rapidement et efficacement les transactions douteuses, de vérifier l'identité fournie par le client et de faire remonter des alertes aux chargés de conformité. Néanmoins, la technologie ne peut par elle-même demander des justifications aux clients suspects, et ne peut réaliser de déclarations à TRACFIN. Les alertes, une fois remontées et centralisées, sont traitées par les *compliance officers*. Ce sont eux qui vont mener des investigations en regroupant les éléments de preuve concernant les opérations suspectes, ils vont pouvoir demander des justifications aux clients, et devront réaliser une déclaration de soupçon à TRACFIN lorsque les faits dévoilent avec évidence un soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. Pour pouvoir réaliser de telles tâches, les chargés de conformité, au même titre que les autres opérationnels, doivent être formés à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Une culture de l'anti-blanchiment doit prendre forme au sein de l'organisme financier, du groupe dans son entier.

**392. La formation externe à la lutte contre le blanchiment de capitaux.** Les formations universitaires sont, en 2019, nombreuses à porter sur le métier de



*compliance officer*. Outre des Diplômes Universitaires, des Master 2 sont spécialisés dans ce domaine et forment directement les jeunes diplômés à la pratique de la conformité et à ses exigences. Aussi, d'autres formations issues du système privé proposent de donner les rudiments nécessaires à l'application d'une bonne conformité en entreprise. Seulement, ces formations se révèlent insuffisantes à former, à elles-seules, les juristes en conformité. Elles ont néanmoins le mérite de s'inscrire dans un processus d'instauration d'une culture de conformité nécessaire au bon exercice du métier.

**393. La formation interne à la lutte contre le blanchiment de capitaux.** Les formations internes sont souvent réalisées par des membres de la cellule de conformité. Ces derniers tentent de rendre les formations pragmatiques et attractives afin de faire prendre conscience aux opérationnels des risques encourus par l'établissement en cas de contrôle des autorités de régulation, c'est-à-dire les conseillers bancaires sont les premiers en contact avec les clients. Dès lors, il est indispensable qu'ils soient pleinement en mesure de détecter des comportements suspects, qu'ils respectent rigoureusement les process de KYC imposés par l'établissement, et qu'ils soient vigilants sur les alertes émanant des logiciels anti-blanchiment.

Aussi, un congrès réunit tous les ans les « *Chief compliance officer* » des grands groupes bancaires afin qu'ils partagent leur retour d'expériences en matière de lutte contre le blanchiment, la corruption et les abus de marché. Des clubs d'utilisateurs des logiciels anti-blanchiment offrent la possibilité à leurs utilisateurs de partager leur ressenti, de proposer des suggestions d'innovation afin de rendre les outils plus pratiques. Une forme d'homogénéisation se crée entre les cellules de conformité, peu importe l'organisme financier pour lequel ils offrent leurs services. L'échange entre pairs s'avère être le vecteur d'information le plus prolifique en termes de contenu.

Cette obligation de formation et d'information régulière du personnel est rappelée par l'article L. 561-33 du code monétaire et financier.

**394. L'instauration de process de conformité.** La cellule compliance, afin de faire respecter les règles relatives à la lutte contre le blanchiment, la corruption et les abus de marché, réalise ce que la pratique nomme des « *process* ». Il s'agit des

comportements à adopter, des formalités à remplir lorsqu'un événement particulier, prévu par les *compliance officers*, intervient. Des guides sont mis à la disposition des salariés de l'entreprise afin qu'ils connaissent le comportement à adopter dans des contextes bien précis. La cellule conformité, outre sa fonction de contrôle permanent, est à la disposition des opérationnels afin de les guider et de les conseiller. Néanmoins, les chargés de conformité sont mal perçus par les autres salariés au sein de l'entreprise. Leur positionnement ambigu, à la fois proche des salariés et en lien direct avec la direction de la société, ainsi que le travail de contrôle qu'ils réalisent sur les autres salariés, les rendent très impopulaires.

**395. Exemple de process.** Un exemple de process consiste dans le respect de ce que la pratique appelle la « *muraille de Chine* »<sup>835</sup>. Ce process vise à limiter les conflits d'intérêts régnant au sein d'une entreprise. Le conflit d'intérêts correspond à « *la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs* »<sup>836</sup>. Il est nécessaire d'éviter ce phénomène, souvent prémisses de la corruption, afin de préserver l'intérêt général et l'ordre public économique. Dans la structuration des organismes financiers, les lignes de métiers sont strictement séparées et indépendantes afin de limiter les risques de conflit d'intérêts. Aussi, en lien étroit avec les abus de marché, sont établies des listes d'initiés objectivées sur la base des risques de conflit d'intérêts. Elles détaillent l'ensemble des acteurs, leur fonction au sein de l'établissement financier, les liens qu'ils peuvent avoir avec d'autres salariés ou entreprises, les informations qu'ils sont susceptibles d'obtenir par l'intermédiaire de leur fonction dans l'entreprise. L'ensemble de ces données, intégrées à des logiciels anti-fraude ou des blockchains privées, sont des outils de première importance dans l'objectif de lutte contre les abus de marché. La cellule conformité a pour mission de tenir ces listes à jour et de les analyser précisément lorsque des soupçons pèsent sur des opérations de marché réalisées par l'organisme financier. L'image et la réputation de l'entreprise peuvent se trouver entachées lorsque les acteurs de marché perçoivent

---

<sup>835</sup> P. GOUTAY, Note sous Sanct. AMF 2e sect., 3 avr. 2008, Société Euroland Finance, « Obligation d'abstention et conflits d'intérêt : la muraille de Chine comme solution », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> oct. 2008, n°5, p. 362.

<sup>836</sup> P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, 2005, p. 1.

des manipulations. En conséquence, le cours de bourse de l'entreprise sera susceptible de chuter.

**396. Limites légales de la compliance.** La pression concurrentielle existant entre les différents groupes bancaires, les nouvelles réglementations à respecter telles que les embargos financiers ou la lutte contre le financement du terrorisme, créent des disparités entre les acteurs de la conformité. Des zones de contrôle de conformité restant floues ou mal calibrées, cela procure un espace de liberté bénéficiant aux organismes les moins scrupuleux<sup>837</sup>. Les seuils de tolérance des uns et des autres sont hétérogènes, les pratiques de conformité et la compétitivité consécutive sont elles-aussi divergentes. Un exemple récent concerne la banque BNP Paribas. Le groupe bancaire, au même titre que l'ensemble des acteurs de marchés ayant des intérêts sur le sol américain, devaient respecter un embargo financier sur le Soudan, l'Iran ou encore Cuba. Ayant contourné cet embargo consécutivement à des mesures de conformité assez faibles, la banque a été condamnée en 2014 à verser 9 milliards d'US dollars d'amende au régulateur financier américain<sup>838</sup>. Le dispositif de conformité s'était révélé être inapte à faire respecter les règles concernant les embargos. Mais plusieurs questions se posent dans l'objectif d'appréhender les causes de la sanction et du contournement. S'agit-il d'incompétence des *compliance officers*, d'inefficacité des process de conformité, ou du manque de formation des opérationnels qui ont commis les actes délictueux ? ou alors s'agit-il de la volonté pleine et entière de la banque de prendre le risque de se trouver en non-conformité afin de réaliser des opérations avec des acteurs avec qui les concurrents ne peuvent contracter pour les mêmes raisons ? En adoptant une vision rationnelle, la seconde question semblerait offrir la solution la plus plausible. Se pose alors une autre problématique plus importante encore : la fonction compliance a-t-elle réellement un rôle à jouer dans ce type d'opération ou est-elle juste un outil de complaisance servant uniquement à légitimer les potentielles dérives de la direction ? En tout état de cause, une fois

---

<sup>837</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOURMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, op. cit., p. 169.

<sup>838</sup> *US Department of Justice*, « BNP Paribas Sentenced for Conspiring to Violate the International Emergency Economic Powers Act and the Trading with the Enemy Act », 1er Mai 2015 [<https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-sentenced-conspiring-violate-international-emergency-economic-powers-act-and>].

sanctionnés, les établissements financiers doivent faire preuve de résilience et mettre à niveau leurs programmes de conformité. Sont alors mises en œuvre des procédures de monitoring visant à contrôler l'effectivité de la mise en œuvre des programmes de conformité au sein de l'entreprise sanctionnée<sup>839</sup>.

**397. Limites techniques de la compliance.** Une des limites des techniques de la compliance a été évoquée précédemment. Il s'agit de la défaillance des processus d'alerte en cas d'engagement de sommes conséquentes sur les marchés financiers par un seul trader. Elle a été mise en lumière au plan médiatique avec « *l'affaire Kerviel* ». Ce trader de la société générale avait engagé plusieurs milliards d'euros sur les marchés financiers sans qu'aucun système informatique ne le bloque. Les pertes engendrées s'élevaient à hauteur d'environ 5 milliards d'euros et la Société Générale a porté plainte contre son trader. Dès lors, aussi bien la technique que l'humain semblent porter atteinte à l'entreprise, par des erreurs volontaires ou involontaires. Néanmoins, les failles humaines sont plus difficilement décelables que les failles technologiques. C'est dans cette démarche que la fonction compliance tend à se digitaliser davantage. Le risque pénal est inhérent aux sociétés transnationales et cela n'est pas un fait nouveau, il a été évoqué par des membres éminents de la doctrine<sup>840</sup>.

## 2. Le digital au soutien du contrôle de conformité

**398. Le phénomène de regtech.** Les *regtech* utilisent divers procédés tels que l'intelligence artificielle, le machine *learning*, algorithme de *scoring* et de profilage comme solutions techniques<sup>841</sup> de développement. Ces start-ups se développent dans le domaine de la régulation par le biais de solutions technologiques. Certaines tendent à proposer des solutions en matière judiciaire et juridique, mettant alors en relation les statistiques judiciaires avec l'intelligence artificielle. Les données traitées par

---

<sup>839</sup> J. MOREL-MAROGER, « La compliance financière : les enseignements de l'affaire BNP Paribas » *in* Compliance: l'entreprise, le régulateur et le juge, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 69-79.

<sup>840</sup> M. DELMAS-MARTY et K. TIEDMANN, « La criminalité, le droit pénal et les multinationales », *JCP G*, 1979, I, 2935 ; M.-E. BOURSIER, « La mondialisation du droit pénal économique, le droit pénal au défi de la compliance », *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n° 3, 2017.

<sup>841</sup> L. SAVARY, « Synergie Banques-FinTechs : quand la conformité des unes dépend des autres », *Rev. dr. banc. et fin.* n° 2, mars 2017, dossier 14.

l'intelligence artificielle et des suites algorithmiques<sup>842</sup> au regard de certains critères offrent la possibilité aux justiciables de calculer de façon rationnelle leur pourcentage de gagner un procès. C'est ce que la doctrine nomme la justice prédictive<sup>843</sup>. Les possibilités qu'offrent ces nouveaux outils peuvent intéresser les établissements financiers et plus particulièrement les cellules de conformité. En effet, une rationalisation des risques juridiques peut être potentiellement entreprise par la cellule de conformité afin de déterminer les segments à risque à traiter en priorité. A des fins moins éthiques, cela pourrait déterminer un optimum de conformité. En d'autres termes, il doit y exister un optimum à atteindre afin de respecter partiellement les règles de conformité et limiter de façon rationnelle le risque de sanction du régulateur. Les *regtech*, utilisées à cette fin, offrent des possibilités d'applications concrètes de concepts issus de l'analyse économique du droit.

**399. Intérêt des Fintech et de la blockchain.** Les Fintech, contractions des termes « *finance* » et de « *technologie* », sont en plein essor grâce au mouvement de digitalisation massif apparu depuis le début des années 2000.

Le monopole bancaire est régulièrement mis à mal par une désintermédiation grandissante depuis les réformes libérales des années 1980<sup>844</sup>. Les Fintech profitent de cette dégradation de ce monopole bancaire pour proposer des services technologiques innovants<sup>845</sup> et les acteurs institutionnels doivent donc faire preuve d'innovation pour contrer l'avènement des start-up financières. Outre le *m-paiement*, les start-ups développent des outils de gestion des comptes en ligne ou par mobile<sup>846</sup> ; des services

---

<sup>842</sup> F. ROUVIERE, « Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot », *RTD Civ.*, 2018, 530 ; Y. MENECEUR, « Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G*, 2018, 190.

<sup>843</sup> F. ROUVIERE, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD Civ.*, 2017, 527 ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, 532 ; A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, 31.

<sup>844</sup> Rapport sur le monopole bancaire, Haut comité juridique de la place financière de Paris, rapporteur J. Delmas-Marsalet, 14 mars 2016 : [https://ibfi.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/banque\\_de\\_france/HCJP/Rapport\\_01\\_F.pdf](https://ibfi.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/HCJP/Rapport_01_F.pdf).

<sup>845</sup> P. PAILLER, « L'intermédiation en question, l'apport des Fintechs au droit bancaire », *Rev. dr. banc. et fin.* n° 2, mars 2017, dossier 12.

<sup>846</sup> Ce que l'on nomme le « *mobile-banking* ».

d'agrégation d'information complètent ces innovations. Le législateur a encadré ces nouvelles pratiques par une ordonnance du 30 mai 2014<sup>847</sup>. La directive

**400. Un phénomène de mutation de l'intermédiation.** Les Fintech profitent de la désintermédiation du système bancaire et financier pour s'engager en faveur de l'innovation, de façon indépendante. En modifiant la relation client et le type de services proposés<sup>848</sup>, elles créent en quelque sorte une mutation de l'intermédiation. Que ce soient en matière de financement, en matière de paiement ou en matière de sécurité, les Fintechs usent d'innovations technologiques et d'outils dématérialisés pour séduire les clients.

**401. Une tentative de désintermédiation totale.** Outre l'amélioration des services proposés aux clients dans le cadre de leur activité bancaire ordinaire, certaines Fintech tentent de faire basculer le système financier dans un mécanisme autorégulé et totalement désintermédié. Pour ce faire, un moyen technologique a été mis en œuvre pour assurer un contrôle total sur des opérations tout en assurant la sécurité des utilisateurs : la blockchain. Son objectif consiste non seulement dans la suppression des intermédiaires financiers mais également dans l'affranchissement de la régulation prudentielle pesant sur les organismes financiers. Toutefois, cet affranchissement des règles prudentielles peut entraîner des conséquences économiques et financières dévastatrices.

### 3. Les moyens technologiques de lutte contre les flux douteux

**402. Régulation par l'outil informatique.** Les transactions en monnaie fiduciaire se font de plus en plus rares depuis les années 1990 en faveur des CTR (*Currency Transaction Report*). Les transactions financières entre les multinationales et l'internationalisation des transferts de capitaux ont engendré des innovations

---

<sup>847</sup> Ord. n° 2014-559, 30 mai 2014, relative au financement participatif.

<sup>848</sup> P. PAILLER, « L'intermédiation en question, l'apport des Fintechs au droit bancaire », *Rev. Dr. banc. et fin.* n° 2, mars 2017, dossier 12.

technologiques facilitant ces transferts. C'est ainsi que sont apparus les systèmes de transfert de fonds électroniques tels que le *SWIFT*<sup>849</sup> ou encore le *CHIPS*, qui permettent aux flux financiers une circulation en masse, quasi-instantanée, mais qui échappent néanmoins à la surveillance étatique.

Afin de pallier ce contournement des réglementations et, par ailleurs, contrôler ces flux immatériels, des outils technologiques ont été développés au cours des années 1990. Ces outils informatiques sont regroupés en deux catégories distinctes : les « *knowledge based systems* » et les « *link analysis* »<sup>850</sup>. La première catégorie correspond à une collecte de données obtenue en temps réel et relative à des opérateurs ou des types d'opération. La seconde catégorie permet de faire le lien entre différents comptes ou différentes personnes. Les difficultés inhérentes à ces procédés informatiques tiennent notamment dans la qualité de l'information, l'analyse qui en sera faite, mais aussi des limites posées par la protection légale des données personnelles. En France, la CNIL<sup>851</sup> veille au respect des données des clients et plus largement au respect des règles de protection des données personnelles.

**403. Les logiciels de « profilage de données ».** Afin d'approfondir la qualité des données et de créer des « profils type », la technique du *data mining / data profiling* a été préférée. Son origine tient de la volonté des banques d'analyser le comportement des clients et d'adapter une stratégie marketing adéquate afin de fournir les besoins adaptés. Des outils dotés d'intelligence artificielle voient le jour dès les années 1990. Leur objectif primaire est d'offrir une connaissance des clients sur le long terme, avec des suivis et des actualisations systématiques. Les plus anciens instruments sont notamment « *Fricosoft* » ou encore « *Searchspace* ». Ce dernier instrument a développé d'autres fonctions telles que le suivi des transactions et les détections d'anomalies. En d'autres termes, cette « *transaction monitoring* » prend en charge la détection des fraudes sur les instruments de paiement et s'ouvre aux besoins des

---

<sup>849</sup> *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication.*

<sup>850</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, op. cit., p. 143.

<sup>851</sup> Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

« LAB/FT », les cellules de lutte anti-blanchiment des organismes financiers. D'autres entreprises ont créé des solutions adaptées à la lutte contre le blanchiment de capitaux telles que « Factiva » ou encore « LexisNexis » et « Thomson ».

**404. Apparition des algorithmes.** Empiriquement, les banques Société Générale et BNP furent les premières à acheter le logiciel « Searchspace » en 2003. Cet outil comprend différents procédés allant dans le sens des objectifs de la cellule compliance. Par des algorithmes et des analyses comportementales, la détection des opérations suspectes dans les activités de banque de marché et de banque de détail est facilitée. Aussi, en matière d'abus de marché, l'outil informatique s'avère être efficace dans la gestion des listes d'initiés passant des opérations en bourse. Cela permet de gérer en temps réel les listes d'initiés, les opérations de marché comportant des aspects sensibles, les personnels de la banque ayant possiblement eu connaissance d'une information privilégiée et ainsi permet d'éviter un éventuel délit d'initiés ou de communication d'informations privilégiées. *A fortiori*, l'utilisation de ces algorithmes est tout aussi recommandé en matière de lutte contre les conflits d'intérêts, souvent prémisses de corruption.

En toute logique, la précision de ces outils s'est affinée au fil des réformes législatives et des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et des abus de marchés imposées aux banques.

**405. Enrichissement des outils informatiques de surveillance et de contrôle.** Le groupe bancaire BNP Paribas est désormais en partenariat avec la société « Profile Software » et utilise le logiciel « FMS.next AML, CTR and KYC » dans sa stratégie de gestion des données issues des analyses comportementales et des connaissances clients<sup>852</sup>. En matière de pistage des opérations douteuses, la BNP a choisi, auprès de la même société, le logiciel « FMS.next Risque & Conformité ». Ce logiciel lui permet de réunir les informations relatives aux portefeuilles clients, l'identification précise de tous les éléments le composant, facilitant ainsi l'accès au régulateur financier. Également, ce logiciel fournit un *reporting* flexible que la banque peut adapter à ses

---

<sup>852</sup> Ce que la pratique nomme le « KYC monitoring ».



besoins. Pour ce faire, le logiciel établit une cartographie des risques avec la mise en place d'indicateurs de risque. Une notation du comportement social et transactionnel du client est élaborée à la suite d'un questionnaire que chaque client d'un organisme financier est tenu de remplir. Sur cette base, des alertes sont créées en fonction des données paramétrées et un suivi des notations se réalise. Des listes globales et locales d'assistance à la surveillance sont créées, permettant alors le traitement des données ainsi que la surveillance des activités excessives et les transactions à valeur élevée des transactions clients. Aussi, les transferts de fonds sont surveillés grâce au croisement des données de transactions avec les listes de surveillance prédéterminées. Enfin, des investigations sont facilitées à l'aide d'alertes générées par le logiciel installé. En outre, des données sont conservées et vérifiées, telles que les raisons de l'ouverture du compte bancaire par le client ou encore l'activité attendue du compte. L'ensemble de ces données intégrées au logiciel permettent au système informatique de contrôler de façon large et automatique les données. Aucun monopole n'est offert à un prestataire en matière de production et de commercialisation de logiciels anti-blanchiment, les organismes financiers ont donc pléthore de choix dans le logiciel qu'ils souhaitent installer. A titre d'exemple, les logiciels proposant des solutions anti-blanchiment et comprenant des spécificités en KYC sont notamment « *Simility Fraud Detection* », « *Tonbeller* », « *Ascent AML* », « *Oracle Financial Money Laundering* » ou encore « *AMLcheck* ».

**406. Discrimination possible de profils prédéterminés.** De tels outils informatiques recueillent des informations extensibles qui permettent d'affiner les profils clients. Ainsi, des détails de milliers de personnes sont connus et classifiés. Les profils sont détaillés et il est possible de connaître la domiciliation, la profession, les antécédents d'infractions économiques et financières éventuels du client. Cette base de données est enrichie et mise à jour régulièrement par les utilisateurs afin de la rendre plus effective. Il est possible de cibler l'utilisation de ces logiciels en fonction des attentes spécifiques des utilisateurs. Par exemple, des refus systématiques d'ouverture de compte peuvent s'appliquer à certains types de clients aux caractéristiques prédéterminées, tels que les personnes politiquement exposées. Une zone géographique peut être ciblée et des alertes vont avertir les opérationnels du danger de contracter avec tel client ou de

réaliser une transaction pour tel autre. C'est en vertu de cette faculté de paramétrage que l'outil informatique est considéré comme étant prédictif ou semi-prédictif<sup>853</sup>.

**407. Identification des profils clients.** En termes de détermination des profils clients et de l'analyse des comptes<sup>854</sup>, les outils doivent être en capacité de distinguer ce qui, pour chaque catégorie de client, relève d'opérations normales et ce qui n'en relève pas, de lier les opérations ou les acteurs, de déceler des schémas de blanchiment au regard de ces opérations, et de centraliser les alertes. Ce support technique est indispensable pour les *compliance officers*, leur capacité d'analyse des transactions et de clients ne pouvant concurrencer l'outils informatique.

**408. Finalités de l'intelligence artificielle.** L'ensemble de ces procédés techniques ont pour objectif de faire remonter des alertes, non seulement à la cellule de conformité, mais également aux opérationnels, c'est-à-dire aux conseillers clientèle professionnels ou particuliers. Lorsque la cellule conformité estime que les remontées du logiciel laissent apparaître un soupçon d'opérations suspectes, elle mène des investigations. Se déclenche alors une procédure de gestion et de suivi du dossier d'alerte. Toutes les pièces étayant les investigations sont alors rassemblées et stockées dans le dossier. Le *compliance officer* conserve une vision d'ensemble de son travail en raison des récapitulatifs d'alertes générés à la fin de chaque journée.

**409. Les modules complémentaires.** Lorsqu'un soupçon est détecté par l'intermédiaire d'une alerte, des modules complémentaires complètent le traitement des chargés de conformité. L'investigation des suites d'alerte attribue des scores aux alertes et déclenche une mise sous surveillance du compte suspect. L'attribution de scores dynamiques suit, de façon continue, les personnes considérées comme étant « à risques », c'est-à-dire principalement les personnes politiquement exposées. L'analyse des groupes de pairs permet de créer un profil standard de client en fonction de chaque catégorie de risque. Dès lors que le comportement d'un client classé comme pair

---

<sup>853</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, op. cit., p. 150.

<sup>854</sup> Ce que la pratique nomme « *profiling* ».

s'écarte du comportement moyen des autres clients du même groupe, une alerte est émise automatiquement.

**410. Avantages de la technologie.** Le progrès technique porte des limites, néanmoins, au plan humain. En effet, les logiciels et l'intelligence artificielle, par leur célérité et leur capacité à entremêler les données clients, fournissent la capacité de travail de détection de plusieurs *compliance officers* réunis. Dès lors, des emplois de chargés de conformité soit ne sont pas créés, soit supprimés. Par exemple, l'instauration du logiciel « *NetEconomy* » à la banque Abbey a permis l'automatisation de 60% des investigations sans intervention manuelle, ce qui lui a évité l'embauche de dix-huit personnes supplémentaires au sein de la fonction *compliance*<sup>855</sup>. Au plan de l'analyse économique du droit, un calcul rationnel est à effectuer par l'organisme financier afin de déterminer s'il est plus intéressant de recruter du personnel supplémentaire au sein de la cellule conformité, ou d'acheter un logiciel performant mais à un prix très élevé. Sur le long terme, et au vu de l'observation précédente, il paraît plus rationnel pour la banque d'investir plusieurs milliers d'euros dans un logiciel que dans de la main d'œuvre humaine, plus coûteuse. De plus, l'achat de logiciels informatiques font l'objet d'un amortissement à la fois comptable et fiscal, ce qui en fait un atout supplémentaire. En dépit de ce calcul purement rationnel dont le résultat est indéniable, les qualités humaines intrinsèques ne peuvent être niées. En effet, l'instinct et l'expérience d'un salarié rompu aux clients douteux et aux circuits clandestins que ces derniers réalisent, sont des privilèges considérables pour l'organisme financier. Là où l'informatique croise les données en fonction de paramètres prédéterminés, le salarié use de son expérience afin de détecter une personne suspecte ou des transactions suspectes, ainsi que des relations suspicieuses entre différents clients ou différents comptes bancaires. L'instinct humain peut, sur certains aspects, dépasser la rationalité technologique.

**411. Désavantages de la technologie.** Le principal reproche fait à l'outil technologique est certainement son manque de sécurité. En effet, les cyber-attaques émanant de

---

<sup>855</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, op. cit., p. 155.

hackers sont omniprésentes et les entreprises cotées en sont les principales cibles. Les organismes financiers n'échappent pas à ce phénomène, voire même en sont les premières victimes. Il n'est pas rare de déceler dans l'actualité récente des cas de *hacking*, souvent corrélés à une demande de rançon, auprès de multinationales<sup>856</sup>. Dans ces situations, les données personnelles de milliers de clients avaient été subtilisées et, plus inquiétant, certaines d'entre elles étaient des données bancaires. Même si la lutte contre la cybercriminalité est un des enjeux de la cellule conformité, elle est surtout l'apanage des informaticiens. Mais la réforme dite « *RGPD*<sup>857</sup> » tend à relativiser cette affirmation, plaçant la cellule compliance au cœur de la protection des données personnelles des clients<sup>858</sup>.

De surcroît, si les hackers peuvent faire défaillir les systèmes de sécurité informatique, il va sans dire que les logiciels de KYC et d'anti-blanchiment sont des cibles potentielles. Les données y figurant sont à la fois confidentielles et sensibles, la réputation des clients figurant dans des listes classées « *à risques* » peut être entachée en cas d'interception et de diffusion au public. Ces réminiscences de la guerre froide semblent donc affecter désormais le monde de la finance et, plus globalement le monde capitaliste. A l'heure du *Big data* et du *data mining*, toute interception ou vol de données personnelles est potentiellement capable de dégrader la réputation des victimes. Le risque réputationnel est donc lié au risque de piratage des systèmes informatiques du groupe bancaire.

**412. Le cas particulier des blockchains.** Lorsque les blockchains sont évoquées par les acteurs de marché, elles sont considérées comme étant d'une sécurité à toute épreuve. En effet, les données transitant dans la blockchain sont en principe inviolables, non-modifiables et traçables. L'ensemble de ces caractères la rendrait totalement hermétique aux cyber-attaques et autres tentatives de détournement de son utilisation. Cela constitue un argument majeur dont se prévalent les entités utilisatrices

---

<sup>856</sup> Ce que la pratique nomme les « *ransomware* ».

<sup>857</sup> Règlement Général sur la Protection des Données.

<sup>858</sup> C. ZOLYNSKY, « Compliance et droit des données personnelles », in *Compliance: l'entreprise, le régulateur et le juge*, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.129-136.

de blockchain. Pour autant, la réalité a confirmé que les hackers ont toujours un temps d'avance et qu'ils sont capables de déceler les failles des systèmes les plus sécurisés. Par exemple, une plateforme d'échange de bitcoins, utilisant la technologie blockchain inhérente à cette monnaie, a été attaquée par des pirates informatiques. Ces derniers ont dérobé une grande partie des portefeuilles électroniques et, par conséquent, l'intégralité des bitcoins stockés dans ceux-ci<sup>859</sup>. Cet incident se répétera certainement à l'avenir, le bitcoin étant toujours plus attractif pour les investisseurs, des levées de fonds s'effectuant même par son intermédiaire<sup>860</sup>. De plus, en raison d'une multitude de crypto-actifs qui s'est développée, les risques de vol, d'escroquerie ou la commission d'autres infractions en rapport avec ces monnaies virtuelles sont en plein développement. La DACG<sup>861</sup> réalise régulièrement des notes d'information importantes en la matière et la Chancellerie s'inquiète de ce phénomène, réclamant des rapports annuels à chaque Parquet de France. Pour conclure sur ces moyens techniques, que ce soient les logiciels informatiques ou le nouvel instrument blockchain, ils ne sont pas infaillibles et toutes les données circulant par leur intermédiaire peuvent, de fait, être détournées par des cyber-délinquants.

## **B. Le trust : une structure criminogène sous surveillance**

**413. Existence de structures criminogènes par nature.** Des auteurs défendent l'idée que l'obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs au greffe du tribunal de commerce constitue une obligation de moyen<sup>862</sup>. Cette approche est justifiée par le fait que le déclarant ne peut connaître tous les bénéficiaires effectifs des entreprises avec lesquelles il traite en raison des structures opaques que revêtent certaines d'entre elles. Les conséquences juridiques pour le déclarant, en cas de défaut d'identification, serait l'engagement de sa responsabilité civile. En tout état de cause, le président du tribunal

---

<sup>859</sup>[https://www.challenges.fr/finance-et-marche/la-tres-longue-liste-de-vols-de-bitcoins-par-des-hackers\\_518541](https://www.challenges.fr/finance-et-marche/la-tres-longue-liste-de-vols-de-bitcoins-par-des-hackers_518541).

<sup>860</sup> Ce que la pratique a nommé des *Initial Coin Offering* (ICO).

<sup>861</sup> Direction des Affaires Criminelles et des Grâces.

<sup>862</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Rev. des soc.*, 2018, p. 7.

de commerce pourra prononcer une injonction de dépôt, d'office ou sur requête du procureur de la République à une société qui n'y aurait pas procédé<sup>863</sup>. Si l'argumentation est louable sur le fond, cela fait resurgir un autre problème bien plus important : celui de l'existence de structures criminogènes destinées à dissimuler le bénéficiaire effectif. Il en va ainsi des structures off-shore constituées d'hommes de paille ou encore des véhicules financiers anonymisés tels que les *trusts*.

Ces *trusts* sont des instruments issus du droit anglo-saxon<sup>864</sup> est consistant en une « *technique de gestion des biens par autrui prenant appui sur un transfert ou un démembrement de la propriété* »<sup>865</sup>. La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, entrée en vigueur en 1992, évoque que « *le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé* »<sup>866</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un contrat né de la rencontre de deux volontés mais bien de la seule volonté du constituant, le *settlor*, de transférer ses biens vers un patrimoine (*legal ownership*) que le *trustee* sera en mesure de le gérer, si ce dernier accepte ces fonctions. La gestion se fera en Homme d'affaires responsable au profit d'un bénéficiaire<sup>867</sup>. De plus, le *trust* n'est pas assimilé à un mandat puisque le transfert de propriété opéré au profit du *trustee* assure à ce dernier les droits du propriétaire sur la chose objet du transfert.

En droit français, le *trust* n'a pas d'équivalent véritable. L'outil juridique s'en rapprochant le plus concerne la fiducie. Celui-ci est utilisé classiquement comme un mécanisme de sûreté réelle, le risque de détournement de son utilisation est donc limité dans l'appréhension qu'en fait le droit français.

---

<sup>863</sup> C. mon. fin., art. L. 561-48, créé par Ord. n° 2016-1635, 1<sup>er</sup> déc. 2016, JO 2 déc., art. 8 et art. R. 561-63, II, créé par D. n° 2017-1094, 12 juin 2017, JO 14 juin, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>864</sup> J.-P. BERAUDO, Les trusts anglo-saxons et le droit français, L.G.D.J., 1992.

<sup>865</sup> Lexique des termes juridiques, 2014-2015, Dalloz, 2014, p. 997.

<sup>866</sup> *Rev. crit. DIP*, 1984, 770.

<sup>867</sup> R. ZONDERVAN, « Réflexion sur la division du patrimoine. À propos de la société d'une personne, du *trust* et de la fondation », *Rev. Banque*, 945, n° 12.

**414. Les risques du trust anglo-saxon.** Lorsque le *trustee* déclare lui-même le *trust*, cela est générateur de dérives puisqu'il protège l'anonymat du constituant véritable. Pour concrétiser l'anonymat de ce type de transfert, des législations *off-shore* acceptent l'ouverture d'un compte social se situant sur leur ressort, sans nécessité d'obtenir un acte écrit de *trust*<sup>868</sup>. L'absence de soumission à une quelconque formalité d'enregistrement favorise l'anonymat de ce mécanisme de transmission de biens. Le manque de coopération internationale de ces territoires *off-shore* développe l'intérêt des délinquants et accentue les mouvements de capitaux illicites transitant par ces entités juridiques.

**415. Opacité et absence de coopération internationale au sujet des trusts.** Les *trusts*, utilisés comme vecteurs de flux financiers illicites, assurent l'anonymat des protagonistes participant à ce montage frauduleux. Le secret bancaire tendant à se réduire au gré des réformes récentes et d'une coopération internationale plus réactive et efficace, le *trust* demeure un outil privilégié pour assurer l'anonymat des délinquants. Des pays *off-shore* où le secret bancaire et une législation fiscale plus douce sont sources d'attractivité principale, les *trusts* y sont protégés. La flexibilité du mécanisme anglo-saxon, appuyé par le manque de volonté politique de lutte contre ces entités, permettent aux délinquants de blanchir de l'argent sale en toute impunité. Des territoires tels que l'île de Man, l'île Maurice, les îles anglo-normandes ou encore la Nouvelle Zélande sont les principaux relais de cette fraude.

Outre l'anonymat que procure le *trust*, l'absence d'enregistrement et d'agrément des sociétés qui gèrent ces entités dénuées de personnalité juridique permettent aux délinquants d'échapper aux exigences de transparence et d'échange d'informations imposées aux sociétés sous agrément.

**416. Une volonté politique de lutte contre l'opacité des trusts réactivée.** La directive 2015/849/UE du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, dite « 4<sup>e</sup> directive blanchiment » a apporté des règles complémentaires en matière de *trust*.

---

<sup>868</sup> J.-P. BERAUDO, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2012, *Trust*, spéc. 13.

Désormais, outre la mise en œuvre de processus spécifiques d'identification des bénéficiaires effectifs des sociétés *off-shore*, la directive étend ces dispositifs d'identification aux trusts. Cette directive prévoyait notamment aux cellules visant à lutter contre le blanchiment ou encore certains tiers, dès lors qu'ils présentent un intérêt légitime à consulter ce registre d'accéder au registre des trusts. Dès lors, TRACFIN a accès à ce registre des trusts, ce qui simplifie et rend plus efficace ses investigations lorsque des trusts figurent dans des montages juridiques. L'article 1649 AB, alinéa 2 du CGI évoquait la réalisation d'un registre public des trusts afin d'assurer plus de transparence. Mais l'accès à celui-ci n'étant pas limité à un cercle restreint de personnes, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition du code général des impôts inconstitutionnelle, au visa du droit au respect de la vie privée<sup>869</sup>.

**417. Le trust comme structure criminogène par nature.** Le trust est, par sa nature complexe, sa destinée d'outil d'optimisation fiscale voire d'évasion fiscale, un phénomène criminogène. L'anonymat qu'il assure, l'opacité des transferts réalisés par le constituant à un *trustee* au profit d'un bénéficiaire inconnu, est un solide vecteur de blanchiment. Bien que les registres de *trust* soient accessibles, la transparence n'a pas encore atteint les pays peu coopératifs, c'est-à-dire les Etats promouvant un régime juridique et fiscal favorable aux délinquants. L'interdiction de constituer des montages utilisant les trusts comme outil de transfert de biens serait une étape intéressante afin d'éradiquer l'évasion fiscale et le blanchiment dont la concrétisation se matérialise dans ce mode opératoire. Pour le moins, la création de présomption légale de blanchiment lorsque des biens sont transférés dans des zones *off-shore* par le biais de *trusts* serait une innovation possiblement efficace. L'absence de reconnaissance de ces entités en qualité de bénéficiaire effectif serait une avancée majeure dans la diminution de l'attractivité de ces structures criminogènes par essence.

---

<sup>869</sup> Cons. const., déc. 21 oct. 2016, n° 2016-591 QPC, RFP 2017, comm. 1 ; *D.*, 2016, p. 2121 ; M. ELODIE et O. DEBAT, « Inconstitutionnalité du caractère public du registre des trusts », *Rev. fiscale du patrimoine*, janv. 2017, n° 1, p. 28-31.



## Conclusion du chapitre 1

---

Le banquier tient un rôle central en ce qui concerne la transmission des capitaux et, à son insu, dans la conversion des capitaux illicites. Une approche restrictive de la conformité réduisait son périmètre à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Au fil des exigences internationales et avec la volonté des pouvoirs publics de lutter contre toute forme de délinquance financière, la conformité a adopté une approche beaucoup plus extensive, prenant en considération les infractions relatives à la probité et celles relatives aux atteintes des marchés financiers. Se produit donc, avec l'impulsion du législateur, un phénomène d'expansion de la conformité. Cela a, par ailleurs, conduit à une extension du domaine de vigilance des établissements financiers.

Une approche globale de la conformité s'est donc développée, prenant en considération des intérêts plus larges que la simple lutte contre la délinquance financière. Le développement des pratiques de conformité aux incriminations relatives à la probité et à la transparence et l'équilibre des marchés financiers est une mesure favorable à la prévention des risques systémiques. La globalisation de la compliance étant imposée par la forte concurrence normative et judiciaire, l'instauration d'une culture de conformité est devenue un outil de performance et de compétitivité des entreprises. En termes de réputation, l'assurance de diminution des risques de corruption, de blanchiment de capitaux et des risques de commission d'abus de marché est devenue essentiel aux investisseurs. La pratique du « *naming and shaming* »<sup>870</sup> participe pleinement à ce mouvement d'expansion de la compliance, puisque la « *peur du risque de réputation assure la mise au pas du rétif* »<sup>871</sup>.

---

<sup>870</sup> Pratique qui consiste à mettre à l'index celui qui n'en respecte pas la règle et qui est étroitement liée à la crainte de l'atteinte à la réputation.

<sup>871</sup> G. FAVAREL-GARRIGUES, Th. GODEFROY, P. LASCOURMES, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, op. cit., p. 45.



## **Chapitre 2. Approche extensive de la conformité : le contrôle des valeurs protectrices des marchés financiers, des biens de l'Etat et de la probité**

---

*418. Nécessité des établissements financiers d'assurer une circulation transparente de l'information.* Du fait de la globalisation économique, les acteurs de marché sont les principaux garants de la qualité et de la fiabilité de l'information. Le traitement de cette information est primordial en ce qui concerne l'équilibre des marchés financiers et la stabilité des acteurs de marché. Le rôle « tampon » des établissements financiers dans la circulation des informations économiques et financières les positionne dans des situations à haut risque juridique. La prévention du risque systémique nécessite une diffusion et un traitement de l'information dénués d'altérations afin de sécuriser le système financier. Pour ce faire, un transfert de méthode s'est réalisé entre la lutte contre le blanchiment de capitaux et la lutte contre la corruption et la fraude fiscale. Ainsi, l'approche par les risques prônée par le GAFI en matière de prévention du blanchiment s'est étendue à la prévention des risques à la probité, aux abus de marché et à la fraude fiscale. Avec l'utilisation de la compliance comme outil de gestion des risques, la captation ainsi que le traitement, la diffusion et l'échange de l'information sont facilités et sécurisés. Le traitement de l'information et a fortiori des flux transitant par la banque passent par le respect d'un devoir de vigilance. C'est en cela qu'une systématisation de la gestion du risque de corruption et de fraude fiscale a étendu l'obligation de vigilance en matière de blanchiment de capitaux à une obligation de vigilance généralisée, notamment en ce qui concerne la corruption, le trafic d'influence et la fraude fiscale. Cette systématisation s'explique par les liens étroits unissant l'infraction de blanchiment à des infractions relatives à la probité ou encore les abus de marchés et la fraude fiscale. Dans le domaine financier, ces infractions « liées » sont le support de l'infraction de blanchiment. L'automatisation des échanges est un outil venant en complément de la vigilance des établissements financiers, mené sous l'impulsion des textes répressifs internationaux (Section 1).

L'altération de l'information sur les marchés a souvent pour cause une défaillance humaine. En effet, la confiance inhérente aux agents du marché peut être sensiblement diminuée en raison de recherche d'intérêts antagonistes. Un acteur de marché peut se situer au carrefour d'intérêts divers, subir des pressions et rechercher son gain personnel au détriment de l'institution pour laquelle il effectue des tâches. Dès lors, lorsque l'information est traitée par l'établissement financier, acteur de marché, elle doit l'être en prenant en considération les conflits d'intérêts pouvant survenir. Ici encore, un transfert de techniques de prévention des risques de blanchiment est appliqué à la prévention des risques d'abus de marché. La cellule conformité traite les informations reçues et la circularise au sein de l'établissement financier ainsi qu'à l'égard des tiers et s'assure de limiter les conflits d'intérêts en instaurant des « *murailles de Chine* » (Section 2).

## ***Section 1. Vigilance en matière de corruption, de trafic d'influence et de fraude fiscale : nouvelles obligations à la charge de la fonction conformité***

---

L'éthique de l'établissement financier est affectée lorsque des atteintes à la probité des agents y effectuant des tâches salariées s'y réalisent. En outre, les établissements financiers, exerçant fréquemment sous forme de groupe de société ayant des filiales dans des Etats étrangers, le risque s'accroît. En fonction des Etats d'implantation, le risque de corruption des agents sera plus ou moins élevé, tout comme le montant et le taux de flux financiers illicites. L'extraterritorialité forte de plusieurs textes répressifs américains et britanniques notamment, tendent à imposer un modèle de prévention ainsi que les méthodes de réalisation s'y affèrent (Paragraphe 1).

Par un phénomène d'acculturation, les mécanismes anglo-saxons se sont implantés dans les établissements financiers. Le concept de compliance s'ouvre désormais à la gestion d'autres risques que celui du blanchiment de capitaux mais la méthode de vigilance et de contrôle demeure la même. Par conséquent, dans l'optique de lutter contre la corruption et d'autres atteintes à la probité, plusieurs moyens standardisés de contrôle sont mis en œuvre par les cellules de conformité. La loi Sapin II du 9 décembre 2016 a encadré et précisé les pratiques déjà réalisées dans les établissements financiers (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Obligation de vigilance accrue envers les infractions étroitement liées au blanchiment de capitaux**

L'organisme financier peut être atteint de plusieurs manières par les infractions d'atteinte à la probité. D'une part, il peut lui-même subir des actes de corruption, ou en être à l'initiative par le biais des personnes réalisant en son sein une activité

salariale ou actionnariale. D'autre part, outre l'exposition de l'organisme financier à des actes de corruption, ce dernier peut servir d'écran à des opérations de corruption. Ce rôle d'écran se retrouve également en matière de fraude fiscale puisque l'établissement financier sera utilisé afin de faire transiter l'argent issu de la fraude fiscale. Pour ce faire, l'utilisation de comptes numérotés et de filiales se situant dans des pays *off-shore* sont des outils privilégiés (A). Des textes britanniques et américains à forte portée extraterritoriale tendent à imposer de nouvelles méthodes de gestion des risques de corruption et de fraude fiscale en France, ce qui renforce l'influence anglo-saxonne dans le traitement préventif des infractions dans les entreprises françaises (B).

### **A. Corruption, trafic d'influence et fraude fiscale : l'établissement financier comme écran**

Les établissements financiers sont parfois destinataires de produits d'infractions de corruption ou de fraude fiscale. Les flux entrants et sortants en font donc un outil de blanchiment. Mais le risque se situe également dans l'appréhension des infractions d'atteinte à la probité et aux biens de l'Etat dont l'établissement peut être acteur. Les sollicitations sont notamment fonction des Etats où se situe la filiale et de la qualité des clients. Les infractions de corruption publique (1), de corruption privée et de trafic d'influence (2) mais également de fraude fiscale (3) font en principe l'objet d'un contrôle étroit des risques.

#### **1. L'infraction de corruption publique**

***419. Définition et essence du délit de corruption.*** La corruption est un délit souvent lié au délit de blanchiment de capitaux. En effet, une fois le gain de l'infraction de corruption obtenu, il faut user de stratagèmes plus ou moins complexes afin de le réintégrer dans le système légal et le transformer en argent « propre ». La corruption est « *un comportement pénalement incriminé par lequel sont sollicités, agréés ou reçus des offres, promesses, dons ou présents, à des fins d'accomplissement ou d'abstention d'un acte, d'obtention de faveurs ou d'avantages particuliers. La corruption est dite passive lorsqu'elle est le fait du corrompu, elle est dite active lorsqu'elle est le fait du*

*corrupteur* »<sup>872</sup>. La corruption est par essence un délit dans lequel un agent exerçant une fonction publique sollicite ou accepte une sollicitation. Les articles 432-11 et 432-17 du code pénal évoquent la corruption passive commise par des personnes exerçant une fonction publique et chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif. Les personnes ayant les qualités énoncées ne peuvent solliciter directement ou indirectement, pour elle-même ou pour autrui, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques dans le but d'accomplir ou s'abstenir d'accomplir une mission relevant de sa mission ou fonction.

Désormais, est également prise en considération la corruption active commise par des particuliers. Les articles 433-1, 433-22, 433-23 et 433-25 du code pénal y font référence. Le premier de ces articles énonce les éléments constitutifs de l'acte de corruption active. Dans cette situation, c'est le particulier qui va proposer des présents, des promesses, des dons ou tout autre avantage à une personne ayant une autorité publique, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de sa mission.

**420. Interdépendance des qualités des auteurs de l'infraction de corruption.** D'après l'exégèse des éléments constitutifs de l'infraction, la qualité des auteurs de l'infraction est prédominante et détermine l'affectation du caractère actif ou passif de l'acte de corruption. Néanmoins, l'interdépendance des qualités de corrupteur, celui qui tente d'obtenir l'accomplissement en contrepartie d'avantages divers, et de corrompu, chargé d'une représentativité du service public, qui sollicite ou accepte ces avantages en l'échange de l'accomplissement des actes demandés, est forte. En effet, l'infraction de corruption ne peut être consommée que si le pacte illicite est accepté de ces deux personnes. Cependant, la lettre du texte distingue bien les situations de corruption active et de corruption passive, ce qui conforte l'autonomie de ces deux infractions qui

---

<sup>872</sup> Lexique des termes juridiques, 2014-2015, *Dalloz*, 2014.

semblent pourtant similaires<sup>873</sup>. La commission par abstention est également retenue par ces textes.

**421. La qualité du corrompu.** Sont visées par le texte répressif, les personnes dépositaires de l'autorité publique, les personnes chargées d'une mission de service public et les personnes investies d'un mandat électif. La première catégorie correspondrait à la personne « *qui est titulaire d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice de ses fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique* »<sup>874</sup>. La jurisprudence admet que figure dans cette catégorie l'ensemble des représentants de l'Etat tels que le président de la République les ministres, des préfets<sup>875</sup> ou encore des fonctionnaires de l'Etat issus de l'Administration fiscale<sup>876</sup>, des militaires et des fonctionnaires de police<sup>877</sup>, des collectivités territoriales<sup>878</sup> ou même de l'Education nationale<sup>879</sup>. La liste n'est pas exhaustive. Les catégories des personnes investies d'une mission de service public et de celles investies d'un mandat électif ont également été précisées par la jurisprudence.

**422. Détermination d'un pacte illicite.** Le pacte illicite est déterminant quant à la qualification de corruption de faits délictueux. En effet, afin de rapporter la preuve de l'existence d'actes de corruption, il faut rapporter la preuve de l'existence d'un accord pouvant porter sur les sollicitations, propositions ou agrément d'offres, de promesses de dons, de présents ou d'avantages quelconques. Également, il faut que cet accord ait pour finalité d'obtenir du corrompu l'accomplissement ou l'abstention d'accomplissement d'actes de la fonction, de la mission, du mandat ou bien alors facilités par eux. Il est à noter que l'antériorité de l'offre corruptrice n'est plus

---

<sup>873</sup> A. PERICARD, *Le Lamy droit pénal des affaires*, Wolters Kluwer, éd. 2017, V° "Les délits de corruption et délits voisins", p. 274, spéc. 805.

<sup>874</sup> E. DREYER, *J. Cl. Pénal*, Lexis Nexis, 2019, V° « Fasc. 20 : Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique », art. 432-11.

<sup>875</sup> Cass. crim., 24 févr. 1893, Bull. crim. n° 49.

<sup>876</sup> Cass. crim., 6 janv. 1922, Bull. crim. n° 7; Cass. crim., 14 mai 1986, n° 85-93.052, Bull. crim. n° 163, *Rev. sc. crim.*, 1987, n° 3, p. 685, obs. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE.

<sup>877</sup> Cass. crim., 20 avr. 2005, n° 04-84.619.

<sup>878</sup> Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-83.366 ; Cass. crim., 23 févr. 2005, n° 04-82.532.

<sup>879</sup> Cass. crim., 16 oct. 1985, n° 84-92.832.



déterminante en ce qui concerne la consommation de l'infraction. Enfin, la jurisprudence est venue préciser que le délit de corruption est consommé même lorsque la contrepartie promise n'est pas versée ou fournie<sup>880</sup>.

**423. Les peines encourues.** Que ce soit le délit de corruption active ou celui de corruption passive qui ait été consommé, la peine encourue demeure la même. Il s'agit d'une peine de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 d'euros d'amende. Le montant de l'amende peut être porté au double du produit de l'infraction<sup>881</sup>.

Le quantum de la peine se rapproche de la structure d'autres infractions d'affaires telles que le blanchiment ou encore les infractions d'utilisation et de communication illicite d'information privilégiée. Seulement, dans ces infractions, l'amende peut être portée au décuple du produit de l'infraction et pas seulement doublée. Cependant, dans certaines situations, la confiance du marché est entachée, qu'il s'agisse d'abus de marché ou de corruption. En effet, la corruption d'un maire peut permettre au corrupteur l'obtention d'un marché public. Dès lors, il y a un bien une asymétrie d'information sur le marché et les autres membres du marché se trouvent être trompés dans la confiance qu'ils avaient en l'intégrité de ce dernier.

**424. Élément intentionnel.** L'élément moral de l'infraction de corruption résulte de la démonstration des éléments matériels. Dès lors, nul besoin de démontrer l'existence d'un dol général ou d'un dol spécial si la réalité des autres éléments constitutifs de l'infraction sont remplis.

**425. Les peines applicables aux personnes morales.** L'article 433-25 du code pénal prévoit que la sanction maximum encourue par une personne morale est de 5 000 000 d'euros.

**426. Les peines complémentaires.** Les personnes physiques et les personnes morales encourent également des peines complémentaires à la peine principale. En dépit de problématiques liées au droit de propriété, la peine de confiscation des sommes ou

---

<sup>880</sup> Cass. crim., 9 nov. 1995, n° 94-84.204, Bull. crim. n° 346, D. 1996, I.R., p. 13.

<sup>881</sup> C. pén., art. 432-11.

objets irrégulièrement reçus par le corrompu est la plus intéressante. L'affichage et la diffusion de la décision prononcée peut mettre à mal la réputation d'une entreprise, ce qui donne à la peine un caractère réellement infamant.

**427. Lien avec les établissements financiers.** Les acteurs du monde bancaire et financier, au carrefour des milieux d'affaires et des milieux politiques, peuvent faire face à diverses sollicitations. Ces dernières peuvent avoir plusieurs objectifs, tels que le placement d'argent dans des paradis fiscaux ou encore l'ouverture de compte numérotés. Il est alors primordial de sensibiliser les opérationnels sur le comportement à tenir, les risques encourus en cas d'acceptation ou de réalisations de sollicitations. Une des missions des *compliance officers* consiste donc à informer les collaborateurs des risques liées à ces pratiques et leur donner les instructions à réaliser s'ils font face à ce type de pratiques.

## 2. L'infraction de corruption privée et le trafic d'influence

### a. *La corruption privée*

**428. Origines.** La corruption privée, à la différence de la corruption publique, concerne des personnes n'exerçant pas une fonction publique. La raison invoquée pour justifier cette incrimination était de faire respecter le devoir de probité des salariés, devoir compris dans l'ancien article 1134 du code civil énonçant la règle de bonne foi issue du contrat, loi des parties<sup>882</sup>. Cela permettait également d'assurer le respect, par les salariés, du devoir d'obéissance et de loyauté issu de lien de subordination les liant à l'employeur<sup>883</sup>. Désormais, d'autres arguments étayaient la justification de la répression de la corruption privée. La mondialisation des échanges, le développement du libéralisme ont placé les grandes sociétés dans des positions économiques fortes. Ainsi, des sociétés de taille conséquente, dans des secteurs spécifiques, « *se taillent la part du lion* » et l'appétence pour l'acquisition de nouveaux marchés peut créer une

---

<sup>882</sup> Rapp. J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11e éd., Armand Colin, 2004, p. 271, n° 291.

<sup>883</sup> A. VITU, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in *Mélanges en l'honneur de H. DONNEDIEU de VABRES*, Cujas, 1960, p. 127, spéc. p. 131.

brèche dans la transparence et l'intégrité inhérentes au marché. De plus, par ce phénomène de globalisation, émerge un nouveau type de corruption moins aisé à combattre : la corruption internationale<sup>884</sup>. Les textes visant à lutter contre ce type de corruption ont été intégrés au livre IV du code pénal relatif aux atteintes à la probité et à la confiance publique puisque la corruption privée porte atteinte à l'ordre public économique et à la confiance que peuvent avoir les acteurs sur le marché<sup>885</sup>.

**429. *Éléments constitutifs de l'infraction.*** La répression de la corruption privée est visée par l'article 445-1 du code pénal en ce qui concerne la corruption passive et l'article 445-2 du même code en ce qui concerne la corruption active. A la différence du délit de corruption précédemment évoqué, le corrompu « privé » ne doit pas avoir la qualité d'agent public. En d'autres termes, il ne doit pas exercer une fonction publique, ne doit pas être dépositaire de l'autorité publique<sup>886</sup> et ne doit pas être chargé d'une mission de service public<sup>887</sup>. *A contrario*, l'agent doit exercer une activité appartenant au secteur privé. Peu de restrictions semblent admises par la jurisprudence puisque toute activité salariée, toute fonction de direction, tout travail indépendant figurent dans le périmètre d'application des textes répressifs<sup>888</sup>. Les éléments matériels constitutifs de l'infraction sont similaires à ceux précédemment étudiés en matière de corruption d'agent public à savoir la sollicitation du corrupteur à fournir des

---

<sup>884</sup> M. SEGONDS, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Dr. pén.*, 2006, étude 12 ; M.-E. BOURSIER, « L'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique sur la corruption dans le secteur bancaire et financier : de la sécurisation à l'innovation », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 6, nov. 2016, étude 32 ; J. TRICOT, « La corruption internationale », *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 753.

<sup>885</sup> E. BLESSIG, Rapp. sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la justice : Doc. AN n° 2291, 2005, p. 27.

<sup>886</sup> Par exemple à un magistrat : Cass. crim., 11 févr. 2004, n° 03-80.596, JurisData n° 2004-022708, Bull. crim. 2004, n° 39 ; à un préfet : Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-82.124 et n° 04-81.758, n° 2008-043363, *Dr. pén.*, 2008, comm. 102, note M. VERON ; Bull. crim. 2008, n° 71 ; *AJP*, 2008, p. 319, note J. LELIEUR, *Rev. pénit.*, 2009, p. 176, note M. SEGONDS.

<sup>887</sup> Par exemple la gérante d'une agence postale au sein d'une commune : Cass. crim., 22 févr. 2006, n° 05-84.921, n° 2006-032772, *Dr. pén.*, 2006, comm. 88, note M. VERON ; le mandataire liquidateur judiciaire : Cass. crim., 16 juin 2011, n° 09-87.292, n° 2011-014693, un directeur d'établissement hospitalier : Cass. crim., 14 déc. 2005, n° 05-83.898, n° 2005-031653 ; Bull. crim. 2005, n° 333.

<sup>888</sup> M. SEGONDS *J.-Cl Pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2019, V° « Fasc. 30, Corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique », spéc. 17-20.

promesses, dons et avantages en contrepartie de l'accomplissement ou de l'abstention d'accomplissement d'actes issus de l'activité ou de la fonction du corrompu.

**430. Les peines applicables.** La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a modifié le quantum de la peine applicable en matière de corruption privée. Précédemment, la peine encourue était de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Désormais, elle est aggravée puisqu'est encourue une amende de 500 000 € et non plus 75 000 €. Les personnes morales encourent quant à elles le quintuple de ce montant, c'est-à-dire 2.500.000 €.

En matière de peines complémentaires, outre les peines d'interdiction des droits civils et civiques ou d'autres peines applicables habituellement aux infractions d'affaires, l'on retrouve la confiscation. La peine de confiscation<sup>889</sup> prévue par l'article 131-21 du code pénal se trouve applicable de la même manière que pour la corruption d'agent public.

**431. Appréciation des peines applicables en matière de corruption.** Il peut paraître surprenant de constater que les peines applicables en matière de corruption d'agent public et de corruption privée ne soient pas uniformisées. En effet, les atteintes à la probité et à la confiance du marché sont identiques, que le corrompu ou corrupteur soit un agent du secteur public ou du secteur privé. La différence de traitement semble donc difficilement justifiable aux vues des valeurs protégées. En ce qui concerne les auteurs, la globalisation de l'économie a accentué les mélanges des secteurs privé et public, le nombre de participations étatiques dans des entreprises privées ayant augmenté. Dès lors, la qualité d'agent public ne peut suffire à l'application d'une peine plus élevée. Seule demeure la notion d'intérêt de l'Etat afin de justifier le traitement répressif asymétrique entre corruption publique et corruption privée. Un agent public (ou assimilé) représente l'Etat et ses valeurs. Il se doit donc d'être intègre et probe, plus encore que les agents privés. Concernant l'application du principe *non bis in idem* aux condamnations pénales applicables en matière de corruption, la chambre criminelle de

---

<sup>889</sup> C. pén., art. 445-3, pour les personnes physiques et C. pén., art. 445-4 pour les personnes morales.

la Cour de cassation a eut l'occasion de rappeler que les décisions rendues par des juridictions étrangères n'ont l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles concernent des faits commis en dehors du territoire de la République<sup>890</sup>, mais que si les faits n'ont pas été commis, au moins partiellement, sur le territoire, la loi française reconnaît une certaine application du principe *ne bis in idem* au niveau international. Ces principes ont été rappelés à l'occasion de l'arrêt dit "Pétrole contre nourriture"<sup>891</sup>, où il est mentionné que « les juridictions françaises sont compétentes dès lors que le délit de corruption d'agent public étranger « a été décidé et organisé sur le territoire national ». Dans ce cas, les dispositions des articles 692 du Code de procédure pénale, prévoyant l'application de la règle *ne bis in idem*, et l'article 113-9 du Code pénal, rendant impossibles les poursuites contre les personnes jugées définitivement à l'étranger, ne s'appliquent pas<sup>892</sup>.

**432. La création d'une peine de « programme de mise en conformité ».** Une nouvelle peine a été créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. L'article 18 de cette dernière a en effet instauré une nouvelle sanction visant directement le concept de conformité. Cela ajoute donc à qui prend une importance notoire en droit pénal des affaires : la conformité. L'article 131-39-2 du code pénal prévoit que, sous le contrôle de la nouvelle agence anti-corruption pour une durée de cinq ans au plus, la personne morale devra mettre en œuvre un programme de conformité destiné à démontrer l'existence de procédures permettant de lutter contre la corruption. Le II de cet article détaille les procédures à mettre en œuvre et diverses obligations que se doivent de respecter les personnes morales condamnées. Il s'agit donc d'imposer une obligation de vigilance renforcée aux personnes morales condamnées pour corruption. Le législateur a par ailleurs choisi le modèle de la contrainte plutôt que celui de

---

<sup>890</sup> Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-86.491, *D. 2018*, p. 1243, note K. HAERI et V. MUNOZ-PONS.

<sup>891</sup> Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-82.117, *D. 2018*, p. 618.

<sup>892</sup> X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *Journ. dr. int.*, n° 1, janv. 2019, doct. 1.

l'incitation afin que les personnes morales prennent pleinement part à la lutte contre les infractions atteignant la probité.

**433. Une mesure de sûreté novatrice appliquée aux établissements financiers.** Par nature, la peine complémentaire de conformité s'analyse comme une mesure de sûreté destinée à limiter l'apparition de nouveaux troubles, et par la même, la récidive. Les résultats statistiques de l'application de cette peine complémentaire seront intéressants à étudier afin d'évaluer l'efficacité de ce système coercitif. Empreinte de coloration morale, cette peine est également applicable aux faits de corruption active et passive d'un agent n'exerçant pas une fonction publique ou d'un agent exerçant une fonction publique mais également de trafic d'influence. Appliqué aux établissements financiers, ce type de peine peut revêtir un caractère dissuasif et réputationnel important. Un mécanisme de conformité étant déjà applicable dans ces établissements financiers, la sanction consistera en réalité dans une amélioration *ex post* du système existant et non pas dans la création d'une politique de conformité *ex ante*. Dès lors, un schéma de conformité fondé sur un modèle incitatif peut être amélioré par l'effet d'un mécanisme coercitif et, *a fortiori*, répressif.

#### *b. Le trafic d'influence*

**434. Eléments constitutifs.** Le délit de trafic d'influence, au même titre que le délit de corruption, peut être commis par des personnes exerçant une fonction publique<sup>893</sup> mais aussi par des particuliers<sup>894</sup>. D'autres similitudes existent avec le délit de corruption, notamment le caractère actif ou passif de réalisation de l'infraction. Les qualités de l'auteur de l'infraction sont les mêmes que celles visées par les textes répressifs en matière de corruption. Le pacte illicite, élément matériel constitutif de l'infraction de trafic d'influence, possède quelques particularités qui le distingue du pacte corrupteur. En effet, la finalité du pacte illicite repose, pour le « *corrompu* », sur l'abus de

---

<sup>893</sup> C. pén., art. 432-11 et 432-17.

<sup>894</sup> C. pén., art. 433-1 et 433-2.

l'utilisation de son influence réelle ou supposée afin d'obtenir certains faveurs. Ces faveurs peuvent consister dans l'octroi de distinctions, d'emplois<sup>895</sup> ou de décisions favorables<sup>896</sup> ou de marchés<sup>897</sup>.

Afin que le trafic d'influence soit consommé, il est nécessaire que cette influence soit exercée sur une autorité ou une administration publique. Au même titre que les délits de corruption, l'antériorité du pacte n'a que peu d'importance. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, les règles applicables à la corruption s'appliquent. Dès lors, l'intentionnalité de la réalisation du trafic d'influence se déduit des éléments de preuve concernant les éléments matériels de l'infraction.

**435. Sanctions applicables.** Une uniformisation est remarquable en matière de délit atteignant la probité puisque la peine encourue par l'auteur d'un trafic d'influence est la même que celle encourue par le l'auteur d'un acte de corruption. Dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 d'euros d'amende sont donc encourus, avec la possibilité pour le juge de prononcer à titre d'amende le double du produit réalisé par l'infraction. Des peines complémentaires sont également prévues par l'article 432-17 du code pénal. La confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus est possible, que ce soit envers les personnes physiques ou les personnes morales. Les sanctions applicables à l'encontre des personnes morales sont les mêmes que celles appliquées en matière de corruption puisque le même article est visé.

Cette infraction devra faire l'objet des mêmes mesures de prévention de la part des *compliance officers*. Une mise en œuvre de process visant à limiter le risque de consommation de cette infraction dans l'établissement financier est alors impérative.

---

<sup>895</sup> Cass. crim., 7 août 1908, Bull. crim. n° 348, S., 1909, jur., p. 486, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, jur., p. 383.

<sup>896</sup> Telle que l'obtention de subventions : Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-26.024 ; pour l'annulation de contravention ou l'obtention d'un titre de séjour : Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 11-82.052.

<sup>897</sup> Cass. crim., 16 déc. 1997, n° 96-82.509, Bull. crim. n° 428, *Rev. sociétés*, 1998, p. 402, note B. BOULOC ; Cass. crim., 8 janv. 1998, n° 97-80.885.

### 3. L'infraction de fraude fiscale

**436. Définition.** La fraude fiscale consiste en une « *soustraction illégale à la loi fiscale de tout ou partie de la matière imposable qu'elle devait frapper* »<sup>898</sup>.

Le délit général de fraude fiscale figure à l'article 1741 du CGI. Il a été modifié par la loi 2013-1117 du 6 décembre 2013. Cet article applicable à toutes les catégories d'impôts même si son utilisation est exclusivement réservée en matière d'impôts directs et de taxe sur la valeur ajoutée. Cette infraction vise le résultat de l'action délictueuse consistant en la soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt mais aussi l'incrimination de certains moyens qui aboutiront au résultat illicite. Autre obligation imposée par le texte : il faut que la dissimulation excède un montant soit égal au dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 € pour que l'infraction punissable.

**437. Eléments matériels.** L'article 1741 du CGI vise une liste non exhaustive de procédés susceptibles de constituer la fraude fiscale. Sont visées notamment l'omission de déclaration dans les délais prescrits, la dissimulation de sommes sujettes à l'impôt, l'organisation d'insolvabilité ou encore « *toute autre manière frauduleuse* ».

Dès lors, il s'agit de caractériser cet élément matériel. D'après divers exemples issus de la jurisprudence, il peut s'agir de la dissimulation des sommes sujettes à l'impôt par majoration des charges ou diminution des produits. Ce sera le cas de ventes sans facture faites par une entreprise procédant corrélativement à des achats sans facture ou à un faux nom afin de minorer le bénéfice en rendant difficile des possibilités de recoupements de l'administration. Aussi, fait partie de cette catégorie la minoration des ventes réalisées par non-comptabilisation tout en portant les achats correspondants. Sont également visées les manipulations matérielles comptables et/ou déclaratives.

---

<sup>898</sup> Lexique des termes juridiques, *Dalloz*, 2014, p. 482.



Constitue une manipulation, l'abstention de porter à la connaissance de l'Administration un élément utile à l'établissement de l'impôt<sup>899</sup>.

**438. Élément intentionnel.** L'article L. 227 du livre des procédures fiscales énonce que « au cas de poursuites pénales tendant à l'application des articles 1741 et 1743 du code général des impôts, le ministère public et l'administration doivent apporter la preuve du caractère intentionnel soit de la soustraction, soit de la tentative de se soustraire à l'établissement et au paiement des impôts mentionnés par ces articles ». L'Administration devra donc apporter la preuve que le contribuable a agi délibérément en vue de la soustraction à l'établissement et au paiement de l'impôt. Il est de jurisprudence constante que l'intention de frauder du prévenu découle de l'importance même des minations pratiquées et de la constance de ces minations<sup>900</sup>.

**439. Peines applicables.** L'article 1741 alinéa 1 du CGI prévoit que la peine encourue pour les faits de soustraction à l'impôt est portée à cinq ans d'emprisonnement et 500.000 € d'amende, indépendamment des sanctions fiscales applicables. Cette somme est portée au quintuple lorsqu'elle concerne une personne morale, en application de l'article 121-2 du code pénal.

**440. Inapplicabilité du principe non bis in idem.** Monsieur Cahuzac, par le biais d'une QPC, avait émis l'hypothèse du non-cumul possible entre sanction pénale et sanction fiscale envers une même personne. Par une décision n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, le Conseil constitutionnel a rejeté ce motif d'inconstitutionnalité fondé sur le principe de *non bis in idem*, les fondements juridiques permettant les poursuites judiciaires n'étant pas similaires.

Enfin, en matière de droit pénal fiscal, la jurisprudence est hésitante à l'idée de cumuler les poursuites envers le dirigeant de la société. Toutefois, la substance de l'article 1741 du CGI permet l'exercice de poursuites pénales à l'encontre de la personne morale et de la personne physique. Aussi, l'Administration a pour règle de

---

<sup>899</sup> Cass., crim., 2 mars 1987, n° 85-93947.

<sup>900</sup> Cass. crim., 10 septembre 2008, n° 08-80817.

viser dans la plainte, en tout état de cause, le dirigeant de droit quel que soit son degré présumé de responsabilité dans la réalisation de la fraude.

**441. Les établissements financiers à l'épreuve de la fraude fiscale.** Les établissements financiers, par leur structure et leur réseau mondialisé, font quotidiennement circuler des flux financiers à hauteur de plusieurs milliards de dollars. Dès lors, vecteur principal de flux financiers, l'établissement bancaire est un moyen fiable pour placer des avoirs à l'étranger. Par principe, le placement d'argent dans un Etat étranger ne pose pas de difficulté d'ordre juridique et pratique. La transaction s'effectuera du compte bancaire français, par exemple, au compte bancaire étranger. Ce transfert de propriété de chose fongible est autorisé, à la seule condition de signaler à l'Administration fiscale l'existence de compte. Or, c'est justement ce signalement qui fait souvent défaut et qui devient fait générateur de la fraude fiscale et, par logique chronologique, du blanchiment de fraude fiscale. En outre, c'est aussi bien la fraude fiscale que le blanchiment de fraude fiscale qui imposent aux établissements financiers le respect de mesures destinées à se mettre en conformité avec les législations nationales et étrangères toujours plus strictes en matière de prévention et de lutte contre les infractions économiques.

**442. Une frontière poreuse entre les concepts d'optimisation fiscale et d'évasion fiscale.** L'évasion fiscale consiste dans le « fait de soustraire une matière imposable à l'application de la loi fiscale en général, d'un tarif d'impôt particulier, sans transgresser la lettre de la loi en mettant systématiquement à profit toutes les possibilités de minorer l'impôt, ouvertes soit par ses règles, soit par ses lacunes »<sup>901</sup>. L'optimisation consiste dans une gestion fiscale favorisant la diminution de l'assiette de taxation<sup>902</sup>, en usant des lacunes des règles fiscales ou de leurs faiblesses. Dès lors, la frontière séparant ces deux concepts est fine, un certain nombre de pratiques pouvant

---

<sup>901</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2014, p. 440.

<sup>902</sup> M.-E. BOURSIER et A. SONET, « Groupes internationaux de sociétés : renforcement de la pression internationale en matière de lutte contre l'évasion fiscale », *Dr. pén.*, Févr. 2016, n°2, ét.4.

aisément la franchir. Les banques, par leur rôle de conseil en gestion de patrimoine, facilitent parfois les évasions fiscales.

**443. Dénonciation de pratiques bancaires peu éthiques.** Certaines banques ont fait l'objet d'enquêtes pénales en raison de pratiques peu éthiques. En effet, des banques facilitaient la fraude fiscale de résidents fiscaux français à l'aide de leur filiale à l'étranger. Plus concrètement, des banques recevaient l'argent issu du délit de fraude fiscale sur des comptes numérotés et facilitaient leur placement à l'étranger en utilisant des filiales et des sociétés *off-shore*. La traçabilité de l'argent devenant alors quasiment impossible, le produit de la fraude fiscale pouvait être réintégré dans le système légal et s'en trouvait donc blanchi. Par exemple, de la monnaie fiduciaire est « passée » de l'Etat français à l'Etat Suisse<sup>903</sup>. Un compte bancaire numéroté est ouvert dans un établissement bancaire suisse connu pour les facilités qu'il pouvait procurer en matière de négligence de tenue d'informations concernant l'identité du déposant. Ce compte est bien souvent numéroté, c'est-à-dire qu'il offre un plein anonymat à son détenteur. Par la suite, l'argent peut être conservé sur ce compte numéroté, ou bien être transféré sur d'autres comptes bancaires de filiales installées dans des paradis fiscaux et bancaires. Pour réintégrer l'économie légale, une filiale en Nouvelle-Zélande, par exemple, peut fournir une carte de crédit au déposant afin qu'il puisse retirer les sommes en liquide dans un distributeur automatique de billet du pays dans lequel il réside ou dans tout autre pays.

Des banques comme UBS ou HSBC ont été condamnées pour ce genre de pratique. La filiale Suisse d'UBS avait mis en place un système de démarchage de clients fortunés en France afin que ceux-ci viennent placer leurs avoirs dans leur établissement. En leur assurant l'anonymat bancaire, UBS permettait à ces clients d'éluder l'impôt français en transférant ces sommes sur un compte numéroté. Monsieur Cahuzac, avait usé de ces stratégies pour placer de l'argent sur des comptes numérotés au sein de la banque HSBC en Suisse. Une partie des placements faisait ensuite l'objet de transferts

---

<sup>903</sup> Il existe le système traditionnel des « passeurs » qui font passer de l'argent liquide dans des valises ou par d'autres stratagèmes contre rémunération, le plus souvent des commissions.

dans des filiales de HSBC, notamment à Hong-Kong ou encore dans des sociétés *off-shore*, coquilles vides dirigées administrativement par des hommes de paille<sup>904</sup>.

Dès lors, les cellules compliance doivent mettre en place des process visant à rendre impossible ce type de transfert de flux internationaux. Cela passe notamment par une information en temps réel de la direction de l'établissement financier, mais également par l'avertissement des faits à TRACFIN ainsi qu'aux régulateurs. La problématique reposera sur les situations lors desquelles les *compliance officers* seront voués au mutisme par la volonté de la direction, voire seront incités à rendre opaques ces flux financiers. Lors des situations dans lesquelles l'établissement financier est à l'initiative des placements et des facilités destinés à rendre les flux financiers intraçables, la fonction conformité n'a qu'un rôle de complaisance et ne peut être qualifiée que de « *compliance cosmétique* ».

## **B. Une influence anglo-saxonne coercitive comme fruit d'une concurrence normative prégnante**

**444. Globalisation de la vigilance.** Les autorités de régulation américaine et britannique sont à l'origine d'une forme de globalisation de la vigilance. Par des poursuites remarquées à l'encontre de grands groupes internationaux mais également par des amendes extrêmement élevées, le droit anglo-saxon a réussi à imposer un modèle de coercition unifié. Le devoir de vigilance, contrepartie d'une conformité exempte de tout reproche, en est un des pans.

**445. Extra-territorialité forte des règles anti-corruption américaines et britanniques.** Les entreprises de grande taille peuvent observer l'enchevêtrement d'une multitude de normes anti-corruption qui leur sont applicables<sup>905</sup>. Au plan comptable, tout d'abord,

---

<sup>904</sup>[https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/04/23/fichiers-hsbc-le-parquet-de-paris-ouvre-une-information-judiciaire\\_3164510\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/04/23/fichiers-hsbc-le-parquet-de-paris-ouvre-une-information-judiciaire_3164510_3224.html).

<sup>905</sup> M.-A. NICOLAS et C. HUMBERT, « Loi Sapin 2, FCPA, UKBA, CCA Comment ne pas se perdre dans le dédale de la conformité ? » *Cah. dr. entrepr.*, n° 2, Mars 2017, dossier 6.

l'organisation internationale de normalisation créé des normes standards ciblées sur la normalisation anti-corruption. Les travaux sont réalisés dans les comités techniques *Compliance management systems - Guidelines* avec la norme ISO 19600 et *Anti-bribery management system - Requirements* avec la norme ISO 37001. Des Etats comme le Brésil ou la Russie, pourtant connus pour subir une corruption de masse, ont tenté de remédier à ce fléau en créant des règles aussi innovantes que sévères<sup>906</sup>.

**446. LE FCPA.** Le FCPA (*Foreign corrupt Practices Act*) s'applique à toutes les entreprises enregistrées ou cotées sur une bourse américaine, indifféremment du lieu d'incorporation, à toutes les personnes physiques ou morales américaines, ainsi qu'à certaines personnes ou entités exerçant une activité au sein des États-Unis. Institué en 1977 puis modifié par l'*International Anti-Bribery and Fair Competition Act* en 1998, le FCPA vise les cas de corruption de fonctionnaires et d'agents publics, les « *facilitation payments* »<sup>907</sup> et la corruption privée et trouve une application extraterritoriale forte<sup>908</sup>. Néanmoins, son extraterritorialité se limite aux entreprises étrangères qui résideraient sur le sol américain. Le périmètre d'application du texte en fait sa force. En effet, des « crochets » déterminent l'application de la loi américaine à des faits délictueux qui, en principe, en semblent éloignés grâce à un ensemble de facilitations<sup>909</sup>. Dès lors qu'un paiement en *US dollar* a été effectué<sup>910</sup>, que des fonds transitent par des comptes américains<sup>911</sup>, ou même que l'entreprise soupçonnée soit cotée sur le marché américain<sup>912</sup>, le FCPA trouve application.

---

<sup>906</sup> Le Brésil a réinventé son système de lutte contre la corruption en 2015 avec le *Clean Company Act* (CCA).

<sup>907</sup> Les paiements dits de facilitation peuvent être définis comme correspondant au « versement de petites commissions à des fonctionnaires étrangers pour obtenir un service auquel le demandeur peut légalement prétendre », V. *Transparency International, L'impact des paiements de facilitation, 1er juill. 2013, p. 1 : [http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/The\\_impact\\_of\\_facilitation\\_payments\\_FR.pdf](http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/The_impact_of_facilitation_payments_FR.pdf)*. Cependant, certains d'entre eux demeurent admis aux États-Unis.

<sup>908</sup> N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 2015, 1343.

<sup>909</sup> K. HAERI et V. MUNOZ-PONS, « La riposte du législateur français ace à l'exterritorialité des lois américaines anti-corruption », *La Revue des Juristes de Sciences Po*, Hiver 2018, n° 14.

<sup>910</sup> US District Court, Southern District of Florida, *United States of America v. Alcatel-Lucent, S.A.*, 10- CR-20907, 27 décembre 2010.

<sup>911</sup> US District Court, Southern District of Texas, *Securities and Exchange Commission v. Halliburton Company and KBR*, 11 février 2009.

<sup>912</sup> US District Court, Southern District of New York, *United States of America v. Statoil ASA*, 06-CR- 960, 13 octobre 2006.

Son influence est grande puisque plusieurs entreprises françaises ont déjà été condamnées pour des actes de corruption et des sanctions lourdes ont été prononcées. L'entreprise Alstom a ainsi écopé d'une amende de 772 millions de dollars en 2014 et Total a été condamnée à payer 398 millions de dollars pour des faits similaires. AREVA ferait également l'objet d'une enquête dans le but du *Department of Justice* en raison de faits de corruption active d'agent public étranger.

**447. Le UKBA.** Le UKBA (*United Kingdom Bribery Act*) est un texte répressif britannique adopté en 2010 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Il s'applique aux délits commis dans le monde entier par des ressortissants britanniques et aux sociétés immatriculées en Angleterre, ainsi qu'à toute personne qui « *conduit des affaires* » en Angleterre, quel que soit son pays de constitution. Cette loi avait pour ambition d'être la loi anti-corruption la plus sévère au monde, plus encore que le FCPA. Les comportements frauduleux visés par ce texte sont notamment la corruption active et passive de fonctionnaires locaux ou étrangers. Il est à noter qu'à la différence du système français, que la corruption soit publique ou privée, les sanctions applicables sont similaires<sup>913</sup>.

Toutefois, ce qui inspire la crainte de cette loi par les entreprises, c'est la création du délit de défaut de prévention de corruption<sup>914</sup>. D'après le texte, par principe, les personnes morales intégrant le champ d'application du texte encourrent une peine d'amende illimitée lorsqu'elles commettent ou tentent de commettre des actes de corruption entrepris dans le dessein d'obtenir un avantage ou une affaire. Les personnes visées par le texte sont toutes les personnes morales ayant une activité pleine ou partielle au Royaume-Uni, et par extension toutes les « *personnes associées* » qui fournissent des services ou un travail pour la personne morale. En d'autres termes, tous les membres de l'entreprise, que ce soient des employés, des agents, des filiales ou des succursales.

---

<sup>913</sup> V. BEGLE, « UK Bribery Act - l'ambition mondiale de la loi anti-corruption la plus sévère », *JCP E*, n° 16-17, 21 avr. 2011, act. 219.

<sup>914</sup> « *failure to prevent bribery* », UKBA section 7.

Par exception, les peines ne sont pas encourues si la personne morale est capable de démontrer qu'elle avait mis en place des process ayant pour finalité de prévenir la commission de tels actes par les personnes associées. Ce mécanisme d'optimisation de la peine en fonction des diligences de l'auteur du manquement a été repris en substance par le législateur français à propos de la convention judiciaire d'intérêt public. Cette optimisation vient concrétiser le rôle et l'action de la fonction compliance, aussi bien dans l'aspect *ex ante*, en amont de la commission de l'infraction avec l'intégration de process visant à limiter la réalisation de ces faits, que dans l'aspect *ex post* avec la modulation de ces process afin de les rendre plus efficace après qu'un contrôle externe ait été effectué par le régulateur administratif ou judiciaire.

***448. Lignes directrices UKBA concernant le défaut de prévention de corruption.***

D'apparence sévère, ce texte a été adouci par l'exécutif britannique. Les lignes directrices publiée le 30 mars 2011 par le ministère britannique de la justice réduit la portée de ce texte en considérant qu'il faut analyser au cas par cas les investissements en cause et la prise en considération plus faible de joint-venture ou de certaines filiales. Ensuite, concernant l'extraterritorialité, le ministère indique que ce sont des éléments factuels qui permettront de déterminer si une entreprise a une activité, partielle ou non, sur le territoire britannique. Ces éléments seront interprétés souverainement par les tribunaux. Par exemple, la simple cotation en bourse sur l'indice du *London Stock Exchange* d'une entreprise ne pourrait suffire à lui faire intégrer le périmètre d'application du texte.

***449. Les précisions des lignes directrices en matière de prévention de la corruption.***

En matière de process à mettre en œuvre, les lignes directrices du gouvernement britannique sont assez complètes. Elles évoquent notamment l'instauration d'une cartographie des risques offrant une analyse proportionnée des risques internes et externes, une actualisation de cette dernière, la mise en œuvre d'audits et de diligences visant à réduire les risques cartographiés. En outre elles y ajoutent l'établissement d'un contrôle périodique et permanent des process de conformité et de leur respect par les autres membres de l'entreprise, et enfin l'adoption d'une culture de conformité valorisant les valeurs saines de l'entreprise tout en s'appuyant sur un effort de formation particulier à l'égard autres fonctions de la société.

**450. Veille juridique indispensable pour les compliance officers.** Ces lignes directrices sont donc des éléments importants à prendre en considération pour les entreprises ayant une activité entrant dans le champ d'application du UKBA. Les *compliance officers* doivent être diligents et mettre en œuvre des procédures internes correspondant à ce qui est attendu par les autorités britanniques, afin de sécuriser juridiquement et financièrement l'établissement financier, voire le groupe financier pour lequel ils exercent leur activité.

**451. Sanctions applicables.** Comme cela a été évoqué, en cas de défaut à la prévention de la corruption dans l'entreprise, cette dernière encoure une amende au quantum illimitée. D'apparence sévère, tout porte à croire que les tribunaux feront preuve de bon sens en appliquant des peines proportionnées à la taille des entreprises mais également au nombre d'éléments de conformité faisant défaut. De plus, l'application d'une peine illimitée, sanction économique par nature, peut avoir des conséquences néfastes au plan économique. Un risque systémique sera encouru si l'entreprise fautive est une société transnationale ayant ainsi des liens capitalistiques avec des sociétés situées dans de multiples Etats. Tel serait le cas de sociétés comme BNP Paribas, HSBC ou la Barclays. En effet, les sanctions économiques et l'atteinte à la réputation qui pourraient résulter d'une condamnation à l'encontre de l'une de ces « *méga-entreprises* » au sens du Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, pourraient entraîner une cascade de défaillances économiques. Ces entreprises ont des participations et des intérêts financiers dans des centaines de pays et d'entreprises. Elles en deviennent, par leur taille et l'ampleur des investissements réalisés, quasiment incontrôlables et donc difficilement régulables.

## **Paragraphe 2. Moyens de vigilance et de contrôle mis en œuvre par la cellule conformité**

Les réponses apportées par les Etats aux phénomènes de criminalité en col blanc dépassent désormais le cadre du droit pénal interne et international. Les normes



*compliance* mises en œuvre instaurent désormais des règles qui transcendent les caractéristiques régaliennes<sup>915</sup>. La *compliance* est utilisée par le système régalien aux fins de respect de l'ordre public et du respect des valeurs sociales attachées au droit pénal. Conséquence de l'imprégnation par les entreprises de la culture de conformité<sup>916</sup>, une obligation légale de vigilance et d'établissement d'une cartographie des risques a été consacrée par le législateur (A). Ce même mouvement prudentiel tend à s'appliquer à la prévention des risques de fraude fiscale dans les établissements financiers. Ces derniers sont tenus, sous la pression du droit international, de traiter de façon préventive le risque de fraude fiscale (B).

#### **A. Une obligation légale de vigilance et cartographie des risques de corruption**

**452. *Accroissement de la corruption internationale.*** La globalisation des échanges s'est couplée à l'internationalisation des réseaux de corruption. De multiples textes ont été élaborés afin de pallier ce phénomène d'internationalisation de la corruption. Notamment, sont visés une convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, des conventions civiles et pénales sur la corruption conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe, les engagements internationaux de la France en matière de lutte contre la corruption, notamment en ce qui concerne les accords conclus au sein de l'Union Européenne et la transposition de ces derniers en droit interne.

**453. *Création d'un devoir de vigilance.*** La loi Vigilance du 27 mars 2017<sup>917</sup> a créé un ensemble d'obligations de vigilance à la charge de sociétés ciblées, en matière de droits humains et de libertés fondamentales, de santé et de sécurité des personnes mais également en termes d'environnement. Les acteurs économiques sont responsabilisés

---

<sup>915</sup> M.-E. BOURSIER, « Se conformer : l'obligation de prévention et de détection des risques de corruption imposée aux entreprises par la loi du 9 décembre 2016 », in *Le risque de corruption*, (dir.) J.-M. BRIGAND, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 33.

<sup>916</sup> L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, 2017, n° 1522.

<sup>917</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

dans un cadre beaucoup plus contraignant. Le champ d'application de ce texte est assez restreint puisqu'il concerne les sociétés qui emploient « à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger »<sup>918</sup>. Aucune indication n'est fournie sur les formes sociales visées par le texte mais il semble logique de croire que seules les sociétés anonymes et les sociétés par action simplifiées peuvent entrer dans ce périmètre d'application<sup>919</sup>. L'obligation de vigilance consiste tout d'abord dans l'établissement d'un plan de vigilance à l'égard des sociétés visées et dont le contenu est énuméré par le législateur aux alinéas 5 à 9 de l'article L. 225-102-4-I du code de commerce. Des sanctions peuvent être prononcées à l'égard de la société récalcitrante à ces nouvelles obligations. Tout d'abord, les entreprises ne se conformant pas à ces obligations peuvent faire l'objet d'une mise en demeure de se conformer<sup>920</sup>. Seule une personne ayant un intérêt à agir, pourra délivrer une mise en demeure<sup>921</sup>. Par conséquent, le ministère Public ou un magistrat du siège seront les auteurs légitimes aux fins de réalisation de mises en demeure. De plus, la société engage sa responsabilité civile en cas de non-conformité, l'article L. 225-102-105 renvoyant au régime de responsabilité délictuelle des articles 1240 et 1241 du code civil. Cette loi Vigilance semble apporter un cadre beaucoup plus contraignant aux règles de RSE déjà existantes. Elle semble ajouter de nouvelles obligations qui auraient pu être harmonisées de meilleure façon avec les règles préexistantes<sup>922</sup>.

#### **454. Responsabilité pénale de la filiale pouvant impacter le dirigeant la maison mère.**

Le principe de personnalité de la peine impose de ne prendre en considération que les actes réalisés par la personne morale qui a commis l'infraction. En d'autres termes, si une filiale commet une infraction, seule cette filiale sera poursuivie pénalement. Par

---

<sup>918</sup> C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>919</sup> A. REYGROBELLET, "Devoir de vigilance ou risque d'insomnies", RLDA, 2017, pp.35-42.

<sup>920</sup> C. com., art. L. 225-102-4, II, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>921</sup> Cons. const., n° 2017-750 DC, préc., cons. 22.

<sup>922</sup> En ce sens : C. MALECKI, "Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ?", *Bull. Joly Sociétés*, mai 2017, p. 298.

extension, un cumul des poursuites sera envisagé. Par une loi dite « *Vigilance* » de 2017<sup>923</sup>, une obligation de vigilance a été imposée aux sociétés ou aux groupes de sociétés remplissant certains critères et cela impactera directement la responsabilité pénale de chaque entité. Au plan des établissements financiers, cela facilite les éventuelles poursuites contre la société-mère lorsque des filiales commettent des infractions dont l'une des causes peut être imputée à une défaillance de la cellule de conformité.

**455. Essence de la loi Sapin 2.** Afin de concurrencer le fort aspect extraterritorial des lois anti-corruption américaines et britanniques<sup>924</sup>, un rapport précédent la loi Sapin 2 préconisait l'adoption, par le système français, de deux mesures principales. La première d'entre elle consistait à intégrer la transaction dans le mécanisme répressif français visant à lutter contre la corruption<sup>925</sup>. Cela s'est traduit par l'instauration de la convention judiciaire d'intérêt public, forme de transaction acceptée sous des conditions strictement définies. La seconde mesure consiste dans le durcissement de la loi à l'égard des étrangers en favorisant une répression extraterritoriale plus forte. Bien que l'article 435-6-2 du code pénal issu de la loi Sapin 2 étend l'extraterritorialité de son domaine, cela demeure insuffisant pour concurrencer le FCPA et le UKBA. Le constat de la force de ces législations et des sanctions que les autorités prononcent sur leur fondement est lancinant. En effet, trois des dix plus grosses amendes prononcées sur le fondement du FCPA concernent des entreprises françaises. En France, ces dernières sont peu poursuivies et encore plus rarement sanctionnées pour corruption. L'avènement d'un système préventif et répressif mieux adapté s'imposait alors en France<sup>926</sup>, notamment dans ce contexte de concurrence normative.

**456. Mise en application de la loi Sapin 2.** Relève des dispositions relatives au contrôle de l'agence anti-corruption de la loi Sapin II, toute société employant au

---

<sup>923</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017.

<sup>924</sup> « Les objectifs du projet de loi Sapin II », *Cah. dr. entr.* 2016, n° 3, entretien avec S. BONIFASSI, S. DALET-VENOT, M. LANCRI, B. QUERENET-HAN et J.-Y. TROCHON.

<sup>925</sup> Dossier législatif, Economie : transparence, lutte contre la corruption et modernisation (loi Sapin II).

<sup>926</sup> N. TOLLET, « La « loi Sapin 2 », la fin des méga-sanctions américaines contre les sociétés françaises ? », *RLDA*, n° 110, 10 déc. 2015.

moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société-mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros. Lorsque la société établit des comptes consolidés, les obligations légales portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales, au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, ou des sociétés qu'elle contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du même code. Lorsque les comptes de la société sont consolidés, les obligations de prévention contre les risques de corruption s'appliquent à la société-mère ainsi qu'à ses filiales et aux sociétés contrôlées. Ce sont au total plus de 1600 sociétés de droit privé qui seront soumises aux nouvelles exigences de prévention des risques de corruption issues de la loi Sapin II.

En principe, ce sont les dirigeants de sociétés qui sont responsables de la mise en œuvre de cette obligation de prévention. Au même titre que les obligations issues de la conformité aux normes pénales, le dirigeant de l'entreprise endosse l'entière responsabilité de sa mise en œuvre et de son efficacité. Les administrateurs n'encourent aucun risque de sanction par l'Agence Française Anti-corruption lorsqu'il est constaté que des décisions suffisamment pertinentes ont été prises dans le but de rendre efficace la politique de gestion des risques et le déploiement d'un programme et d'une culture de conformité<sup>927</sup>.

**457. Le rôle déterminant de la fonction conformité en matière de lutte contre la corruption.** La banque, en raison des dirigeants et des actionnaires agissant en son nom et pour son compte, peut être poursuivie pour corruption. Dès lors, les mécanismes prudentiels imposés par la loi Sapin II paraissent indispensables en vue de limiter ce risque d'atteinte à la probité, la compliance y jouant un rôle privilégié<sup>928</sup>.

**458. Une cartographie des risques redessinée et approfondie.** La cartographie des risques a pour finalité l'instauration d'un échange entre la fonction conformité et les

---

<sup>927</sup> C. AMAYEN et F. TREVISANI, « Politique anti-corruption : quelle responsabilité de la société-mère depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2 ? », *Dr. des sociétés* ? n° 10, oct. 2017, entretien 1.

<sup>928</sup> M.-E. BOURSIER, « La mondialisation du droit pénal économique, le droit pénal au défi de la compliance », *Rev. sc. crim.*, 2017, p. 465.

autres fonctions de l'entreprise. Elle offre des outils d'identification, d'analyse et de hiérarchisation des risques d'exposition de la société à des sollicitations aux fins de corruption. Afin d'être pleinement effective, cette cartographie des risques comprend une classification des risques se basant sur la documentation susmentionnée.

C'est en proposant un dialogue avec les directeurs de chaque fonction, en analysant des retours d'expérience, que la fonction conformité va pouvoir déterminer les besoins de chacun. Ces entretiens sont aussi l'occasion de rappeler les objectifs attendus en matière de conformité, les différentes formations de base ainsi que la diffusion de la culture de conformité<sup>929</sup>. Aussi, dans les grands groupes internationaux, les *compliance officers* ne pourront matériellement pas requérir les doléances de chaque fonction et chaque branche de l'entreprise. Dès lors, outre une délégation possible accordée aux fonctions compliance décentralisées, la fonction compliance va cibler et catégoriser les activités les plus risquées. Par exemple, elle peut appuyer ses interventions en considération de zones géographiques déterminées, de la nature de certaines activités ou de certains clients, etc.

L'article 17 de la loi Sapin II, outre l'instauration d'une cartographie précise, exige une actualisation régulière de son contenu. Aussi, un code de conduite spécifique anti-corruption doit être réalisé et annexé au règlement intérieur afin d'obtenir une pleine valeur juridique.

**459. Référence au contrôle interne.** Le programme de conformité imposé par la Loi impose, en outre, la mise en place de procédures internes, externes et comptables. L'objectif de cette mesure est de limiter le risque de passer en comptabilité des flux issus de pactes corrupteurs.

**460. Contenu de l'obligation de prévention des risques de corruption ou de trafic d'influence commis en France ou à l'étranger.** La loi Sapin II crée de nouvelles obligations qui ne sont en réalité que peu novatrices. En effet, un ensemble de mesures

---

<sup>929</sup> S. J. SAUD NETO et N. TOLLET, « Cartographie des risques, retour d'expérience du Brésil pour réussir l'exercice », *Cah. dr. entr.*, n° 2, Mars 2017, dossier 7.

doivent être prises par les entreprises et la plupart d'entre-elles sont déjà effectives dans bon nombre d'établissements financiers. Les mesures évoquées sont mises en œuvre et gérées par la fonction conformité de l'entreprise en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et la corruption. Les établissements financiers ont anticipé cette réforme française en assurant un système préventif interne en matière de corruption. Sont évoqués par la réforme, des mécanismes déjà existants mais ayant désormais une valeur légale. Est notamment visée la mise en place d'un dispositif d'alerte interne destiné à recueillir les signalements des salariés en ce qui concerne le non-respect des règles figurant dans le code de bonne conduite ou des faits contraires à l'intérêt social.

**461. Analyse critique.** L'effet extraterritorial des nouveaux textes répressifs français ne concurrence pas véritablement le FCPA et le UKBA. Dès lors, il est regrettable de constater que des propositions de réforme n'ont pas été suivies. Cela est notamment le cas du durcissement du cadre répressif par des circonstances aggravantes spécifiques<sup>930</sup>. La loi Sapin II déçoit les praticiens par la modestie des apports, le peu de consolidation du volet répressif et l'avènement d'un dispositif anti-corruption encore inefficace<sup>931</sup>. Le législateur français a tenté de transposer un système anglo-saxon de lutte contre la corruption en droit continental. Cependant, la conformité et la négociation de la réponse pénale n'ont pas encore fini d'imprégner le système français du traitement des infractions financières. La protection de l'ordre public économique demeure une priorité du ministère public. Dès lors, la loi Sapin II innove sans innover, se contentant de transposer des règles issues du droit anglo-saxon sans vraiment apporter de spécificité française.

Bien que certaines mesures puissent paraître encore insuffisantes pour lutter contre la corruption internationale, la loi Sapin II marque un accroissement de la prise en compte de la lutte contre la grande criminalité d'affaires par l'Etat, et les mesures de rétorsion

---

<sup>930</sup> Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, adopté en 1<sup>re</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 14 juin 2016, TA n° 755, art. 11.

<sup>931</sup> A. ROUX, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », *AJ Pénal*, 2017, p. 62.

proposées sont culturellement « *disruptives* » et largement issues de la pratique<sup>932</sup>. Une volonté politique nouvelle de lutte contre les pratiques corruptrices semble éclore, avec des espérances d'efficacité certaines.

## **B. Le traitement préventif de la fraude fiscale par les établissements financiers**

**462. Présentation du système FATCA.** En matière de fraude fiscale, le pouvoir politique a assimilé l'idée que les établissements financiers étaient les premiers acteurs à contrôler, c'est pourquoi de nombreuses obligations pèsent désormais sur eux. Les premiers instigateurs de normes contraignantes à l'égard du secteur bancaire et financier furent les Etats-Unis. En effet, en 2010, ces derniers ont décidé de mettre en œuvre un projet multilatéral d'échange de données fiscales et bancaires entre Etats baptisé FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) pris dans le cadre du « *HIRE Act* »<sup>933</sup>. Pour ce faire, les institutions financières sont tenues de coopérer avec l'administration fiscale afin de systématiser la lutte contre la fraude fiscale. Plus concrètement, elles vont devoir identifier leur client titulaire de comptes financiers et procéder à leur déclaration aux autorités compétentes, c'est-à-dire à l'administration fiscale. La finalité du FATCA est de permettre aux Etats-Unis d'obtenir la liste des clients américains possédant un compte financier à l'extérieur du sol américain, le montant de leurs avoirs et les revenus ayant ces comptes pour domiciliation bancaire. Ce système a pour ambition d'accroître les échanges mondiaux d'informations en matière fiscale afin de limiter les fraudes en cette matière.

**463. Définition du « compte financier » entendu au sens du FATCA.** Ce concept-clef du mécanisme d'échange d'information désigne « *un type de lien de droit ou de produit financier pertinent liant une institution financière concernée avec les tiers (clients,*

---

<sup>932</sup> K. HAERI et V. MUNOZ-PONS, « La loi Sapin II : une révolution juridique et culturelle », *RLDA*, n° 122, 1<sup>er</sup> janv. 2017.

<sup>933</sup> « *Hiring Incentives to Restore Employment Act* » du 18 mars 2010.

ayant-droits sur l'institution financière, etc.) constituant le champ personnel d'investigation au sein duquel l'institution financière doit rechercher les personnes et entités américaines clients-titulaires de tels comptes financiers »<sup>934</sup>. Il vise notamment les comptes de dépôt, les comptes conservateurs<sup>935</sup> et les comptes financiers détenus dans une entité d'investissement.

**464. Périmètre d'application du FATCA.** Afin de faire appliquer ce système d'échange d'informations, les USA doivent conclure un accord de gouvernement bilatéral avec les Etats dont ils souhaitent obtenir des informations fiscales. Une fois que l'Etat co-contractant a ratifié le texte, les institutions financières résidant sur le territoire de cet Etat devront alors respecter le fonctionnement du FATCA et déclarer périodiquement les informations imposées par ce texte. Aussi, ce dernier prévoit un mécanisme de présomption simple afin d'amplifier son influence. Tous les détenteurs de comptes financiers sont présumés américains à moins qu'ils puissent en rapporter la preuve contraire.

La France s'est engagée à appliquer le système FATCA et sa réalisation effective s'est concrétisée à compter de la loi n° 2014-1098 du 29 septembre 2014<sup>936</sup>. Elle se retrouve en pratique par l'article 1649 A du code général des impôts qui énonce que les contribuables doivent déclarer les comptes ouverts et clos à l'étranger, de même que les contrats d'assurance-vie souscrits dans des établissements situés hors de France.

**465. Définitions des institutions financières.** Sont considérées, par ce texte, comme des institutions financières, quatre types d'organismes financiers particuliers. Tout d'abord les établissements de dépôt, c'est-à-dire les établissements visés par l'arrêté du 3 novembre 2014, à savoir les établissements de crédit et les sociétés de financement de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier et les établissements

---

<sup>934</sup> D. CHRETIEN et J. CUMINET, *J. Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Lexis Nexis, 2015, V° « Fasc. 142 : Echanges automatique d'informations à des fins fiscales. – Comptes financiers - Accords et réglementation Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) », spéc. 5.

<sup>935</sup> Il s'agit d'un compte titres ouvert au bénéfice d'un tiers et sur lesquels circulent des instruments financiers, principaux ou dérivés.

<sup>936</sup> D. CHRETIEN et R. CREPIN, « Les problématiques juridiques rencontrées par les institutions financières françaises dans la mise en œuvre de la réglementation « FATCA » », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2015, Etude 26.



de paiement de l'article L. 522-1 du code monétaire et financier. Ensuite, sont visés les établissements gérant les dépôts de titres, c'est-à-dire les établissements détenant des actifs financiers pour compte de tiers. Sont ensuite visées les entités d'investissement, ce qui correspond aux sociétés de gestion de portefeuille. Enfin, font partie du périmètre du texte, les organismes d'assurance particuliers. L'ensemble de ces organismes financiers, dès lors qu'ils sont résidents d'un Etat signataire, doivent se conformer aux déclarations de compte financiers et définir puis identifier les clients relevant de cette déclaration.

**466. Fonctionnement du système de déclaration.** Les institutions financières entrant dans le champ d'application de ce texte devront s'enregistrer auprès de l'IRS (International Revenue Service), l'autorité fiscale américaine, et respecter les obligations liées à cet enregistrement. Cet enregistrement permettra à l'IRS de dresser une liste publique des institutions financières qui se trouvent être en conformité avec le fonctionnement FATCA et celles qui ne le sont pas. Il s'agit alors de l'application déjà répandue de la pratique du « *naming and shaming* ».

Aussi, des mesures de « *due diligence* » doivent être effectives dans les établissements financiers. Elles visent notamment à identifier les comptes détenus par des ressortissants américains<sup>937</sup>. Ils doivent réaliser une déclaration dès lors qu'ils reçoivent un paiement ayant pour source les Etats-Unis.

**467. Sanctions des institutions financières non conformes.** Une retenue à la source de 30 % s'appliquera à l'encontre des institutions financières qui ne se mettraient pas en conformité avec les règles du FATCA auxquelles elles sont soumises. En d'autres termes, lorsqu'une FFI (*Foreign Financial Institution*) ne déclare pas les titulaires de

---

<sup>937</sup> Nommé US Person par le texte. Il s'agit de personnes physiques, de personnes morales de droit américain ou non-américain mais détenues majoritairement par des Américains.

comptes à l'IRS, ce dernier effectuera une retenue à la source de 30 % du montant du paiement<sup>938</sup>.

**468. L'équivalent européen : le CRS.** Le CRS (*Common Reporting Standard*) possède une influence allant au-delà des institutions financières puisque les groupes financiers sont également impactés par cette réforme. Fondé sur un système de réciprocité équivalent à celui du FATCA, le CRS souffre d'un cadre juridique fragile et facilement contournable par les centres *off-shore*<sup>939</sup>. Deux écueils ternissent le « *FATCA européen* ». D'une part, seuls les actifs financiers sont compris dans son périmètre et, d'autre part, aucune mesure de rétorsion n'est prévue en cas d'absence de conformité au texte. De fait, le caractère incitatif de ce nouveau cadre européen visant à lutter contre la fraude fiscale se trouve relativement terni.

**469. Applicabilité du CRS.** Au même titre que le FATCA, le CRS, initiative de l'OCDE, nécessite la signature d'une convention bilatérale entre Etat, les centres *off-shore* sont les premières cibles de ces accords. Le MCAA (*Multilateral Competent Authority Agreement*) met en place les accords des autorités compétentes en charge de l'échange automatique des données relatif aux comptes financiers<sup>940</sup>. Certains centres *off-shore* souhaitant ralentir l'applicabilité du CRS, ont opté pour la négociation d'accords bilatéraux<sup>941</sup>. Les Bahamas et Hongkong ont notamment décidé d'utiliser ce procédé et d'autres centres comme Macao, le Qatar, les Emirats Arabes Unis ou encore Singapour devraient suivre un chemin identique.

D'autres acteurs, moins sujets à l'évasion fiscale, ne mettent pas œuvre le CRS. Il s'agit notamment des Etats-Unis qui, arguant de l'existence du FATCA, estiment ne pas devoir échanger des informations avec les Etats européens. Cependant, le problème

---

<sup>938</sup> La loi fiscale américaine a depuis longtemps soumis le revenu de source américain perçu par des personnes étrangères à une retenue à la source de 30 %, cf. *IRC*, § 1441 (a). Un « agent tenu à retenue à la source » (*withholding agent*) est toute personne avec « contrôle, garde, disposition ou paiement d'un élément de revenu d'une personne étrangère soumise à retenue à la source », *Treas. Reg.*, § 1441-7 (a).

<sup>939</sup> T. FENSBY, « L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil », *Dr. Fiscal*, n° 20, 18 mai 2017, 301.

<sup>940</sup> La liste des Etats signataires du MCAA sont consultables en ligne sur le site de l'OCDE.

<sup>941</sup> Hongkong a signé des accords bilatéraux avec certains Etats de l'UE seulement : [www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-announces-further-developments-in-international-tax-cooperation.htm](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-announces-further-developments-in-international-tax-cooperation.htm).

est différent puisque les lois américaines ne permettent pas d'établir une pleine réciprocité en matière d'échange d'informations financières<sup>942</sup>. Des Etats fédéraux des Etats-Unis demeurent encore des paradis fiscaux en raison de leur pratique, tel est le cas du Delaware par exemple, souvent au cœur de montages financiers.

**470. Rôle déterminant de la fonction compliance.** Que ce soit à propos du FATCA ou du CRS, il semble que ces obligations supplémentaires supportées par les établissements financiers soient de l'apanage de la fonction conformité. En effet, en croisant les données acquises par les procédures de KYC nécessitées en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, il sera aisé pour les *compliance officers* de compléter les déclarations attendues par l'Administration fiscale américaine et étrangère. Dès lors, des process informatiques devront être mis en œuvre dans l'entreprise afin de rendre effectif cet échange automatique de données entre l'établissement financier et les autorités compétentes. Aussi, la compliance devra mettre en garde les conseillers bancaires et autres membres du *front office* quant à la vigilance à avoir sur l'ouverture de compte réalisée par un ressortissant américain ainsi que sur les avoirs pouvant transiter sur ce compte. Ici encore, il appert qu'un besoin de formation semble indéniable.

---

<sup>942</sup> T. FENSBY, « L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil », *op. cit.*

## ***Section 2. Vigilance relative aux informations reçues et diffusées : prévention des abus de marché et des conflits d'intérêts***

---

Les organismes financiers sont destinataires d'informations financières déterminantes en matière d'investissements financiers. Dès lors, un contrôle est réalisé sur les informations dont ils sont destinataires afin d'en assurer un traitement efficace et d'éviter toute possibilité d'altération. Les agents de l'établissement directement en lien avec les opérations financières, peuvent avoir intérêt à bénéficier d'une information privilégiée à des fins de placements personnels, les traders pourraient, par les mécanismes de trading à haute fréquence, manipuler les cours de bourses afin de privilégier un investissement plutôt qu'un autre. Afin de prévenir ce type de risque juridique ayant de potentielles incidences financières, une vigilance accrue est désormais mise en œuvre par les établissements financiers, toujours en application du modèle d'approche par les risques applicable en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux (Paragraphe 1).

Afin de préserver les marchés financiers, de prévenir la survenance de nouveaux risques systémiques et de renforcer la transparence du système financier, ces établissements mettent en œuvre des mesures de compliance précises et adaptées. Outre la création de listes d'initiés, de véritables « *murailles de Chine* » sont mise en œuvre en raison des lignes de métier et des secteurs d'activité (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1. Obligation de vigilance accrue en matière d'infractions portant atteinte aux marchés financiers**

Le flux d'informations financières capté par les organismes financiers est considérable et nécessite un traitement spécifique. L'altération de l'information, qu'elle soit due au facteur humain ou au facteur technique, n'est pas admissible dans un marché libéral de circulation des flux financiers. Les établissements financiers doivent prévenir le risque juridique de survenance d'infractions de délits d'initiés ou encore de manipulation de cours puisqu'ils peuvent, par l'intermédiaire des traders et autres salariés ayant une activité sur les marchés financiers, être auteurs de ces infractions (A).

Les textes encadrant les abus de marchés sont issus du droit pénal mais aussi du droit de la régulation. Jusqu'à récemment, le cumul de risques juridiques avait également pour conséquence un cumul de sanctions. Désormais, ce risque est limité mais les conséquences financières et réputationnelles sont encore véritablement présentes (B).

### **A. Les établissements financiers face aux abus de marché**

**471. Historique.** L'utilisation d'information privilégiée est une pratique ancienne qui s'est perpétuée au fil du temps et des technologies. A l'origine, il semblerait que certains spéculateurs aient bénéficié d'informations privilégiées quant à la défaite de Napoléon à Waterloo. Nathan de Rothschild fut l'un deux. Par pigeon voyageur, il sut le 20 janvier 1815 que Napoléon avait perdu la bataille, et s'empressa d'acheter des obligations du gouvernement anglais alors que tous les autres spéculateurs pariaient

sur une victoire de l'Empereur. La bourse de Londres n'eut l'information que dans la nuit du 20 au 21 janvier, soit un jour après de Rothschild<sup>943</sup>.

Le premier texte répressif appréhendant les opérations d'initiés provint de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967. Ce même texte créa la commission des opérations de bourse, autorité de régulation et de sanction des comportements frauduleux sur les marchés financiers. Bien que certains économistes évoquent le caractère positif du comportement des initiés sur le marché, les profits retirés des opérations d'initiés caractérisant une forme de rémunération, des juristes et d'autres économistes ont offert une contre-théorie<sup>944</sup>. Cependant, ces théories économiques libérales n'ont pas perduré puisque la répression des opérations d'initiés s'opère désormais au plan international.

**472. Les infractions relatives aux abus de marché.** L'expression d'abus de marché est générique et issue de la pratique. Elle correspond à un ensemble de comportements criminogènes sur les marchés. Des délinquants vont bénéficier d'une asymétrie d'information sur les marchés financiers afin de réaliser un profit. Cette asymétrie d'information est issue de diverses manœuvres financières ou des manipulations de marchés afin d'introduire les autres investisseurs en erreur. Ainsi, plusieurs infractions viennent sanctionner ces manœuvres et les sanctions encourues sont multiples et de nature différente. Il est donc porté atteinte à l'intégrité des marchés financiers ainsi qu'à l'intérêt collectif des investisseurs.

En matière d'infractions pénales, plusieurs délits portant atteinte aux marchés financiers sont à mentionner. Le délit d'initié est l'infraction « phare » en droit boursier. Sont également réprimées les infractions de manipulation des cours du marché et la communication d'information privilégiée, plus couramment nommée par la pratique comme le « *délit de dîner en ville* ». Il existe aussi le manquement au bon

---

<sup>943</sup> H. de VAUPLANE, « La spéculation boursière dans le droit et la littérature française du XIXe siècle, *LPA*, 2006, n° 234, p. 5.

<sup>944</sup> B. DEFFAINS et F. STASIAK, « Les préjudices résultant des infractions boursières : approche juridique et économique », in *Le droit au défi de l'économie*, (dir.) Y. CHAPUT, *Publications de la Sorbonne*, 2002, p. 178.

établissement des cours, le délit de fausse information du marché ainsi que des infractions spécifiques aux sociétés de gestion de portefeuilles.

En matière administrative, c'est le manquement d'initié qui est réprimé. Ce manquement administratif est visé à l'article 622-1 du RG AMF. La communication d'information privilégiée est elle aussi visée à l'article 622-2 du RG AMF, mais dispose d'un périmètre d'application plus large que l'infraction pénale du possédant les mêmes éléments matériels.

**473. Réforme du droit des abus de marché.** Les abus de marché ont subi une modification substantielle en 2016, motivée par un manque de clarté et d'efficacité des différentes infractions existantes en droit français. En proie à de nombreuses modernisations émanant de l'Union Européenne, la loi du 21 juin 2016 est venue intégrer dans le code monétaire et financier la directive Abus de marché (MAD)<sup>945</sup> et le Règlement abus de marché (MAR)<sup>946</sup> du 16 avril 2014. Le délit d'initié<sup>947</sup> est désormais distinct du délit de recommandation d'utilisation et de divulgation d'informations privilégiées<sup>948</sup> ainsi que du délit de divulgation illicite d'une information privilégiée<sup>949</sup>. Également, les manipulations de marché sont désormais distinctes des manipulations de cours<sup>950</sup>, de la diffusion de fausses informations<sup>951</sup> et de la manipulation d'indice<sup>952</sup>. Cette loi a également durci les sanctions. Les peines d'emprisonnement passent de deux ans d'emprisonnement et 1,5 millions d'euros d'amende à 5 ans et 100 millions d'euros.

**474. Le délit d'initié.** L'utilisation d'une information privilégiée sur les marchés financiers bénéficie d'un périmètre plus large depuis 2013<sup>953</sup>. Avant cette date, la

---

<sup>945</sup> Dir. 2014/57/EU du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les sanctions pénales en cas d'abus de marché.

<sup>946</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 596/2014, 16 avr. 2014 sur les abus de marché.

<sup>947</sup> C. mon. fin., art. L. 465-1.

<sup>948</sup> C. mon. fin., art. L. 465-2.

<sup>949</sup> C. mon. fin., art. L. 465-3.

<sup>950</sup> C. mon. fin., art. L. 465-3-1.

<sup>951</sup> C. mon. fin., art. L. 465-3-2.

<sup>952</sup> C. mon. fin., art. L. 465-3-3.

<sup>953</sup> C. MASCALA, « Droit pénal des affaires, mai 2015-juin 2016 », *D.*, 2016, 1836.

répression des opérations illicites d'initiés était cantonnée aux marchés réglementés<sup>954</sup>. En d'autres termes, seuls les marchés primaires faisaient l'objet d'un contrôle des autorités de régulation concernant la réalisation d'opérations d'initiés. Seuls des marchés comme Euronext étaient visés. Depuis la loi de séparation et de régulation des activités bancaires et des activités de marché<sup>955</sup>, prise en réaction à la crise des *subprimes*, la répression vise désormais les titres négociés sur un système multilatéral de négociation. Désormais, les marchés secondaires font partie du périmètre de répression des opérations d'initiés et doivent donc faire l'objet de surveillance accrue des régulateurs. Alternext, filiale d'Euronext, est un exemple de marché secondaire sur lequel s'échangent des produits dérivés. Au regard de l'importance croissante que prennent ces marchés alternatifs depuis vingt ans, il est surprenant que des modifications substantielles, en matière de répression, ne soient pas intervenues plus tôt.

**475. Notion d'initié avant la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016.** Avant la réforme de 2016 s'appliquait alors une présomption de connaissance de l'information privilégiée. Existaient alors des initiés primaires, des initiés secondaires et des initiés tertiaires.

**476. Le initiés primaires.** Les initiés primaires correspondent aux personnes mentionnées dans le texte d'incrimination. L'article L. 465-1 du CMF ancien visait les « dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du code de commerce ». Il s'agit du président, des directeurs généraux, des membres du directoire d'une société, des personnes physiques ou morales exerçant dans cette société les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance ainsi que les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions. Ce renvoi fait par l'article L. 465-1 à un texte plus large permet de prendre en considération l'ensemble des fonctions statutaires se retrouvant dans les sociétés de capitaux. En d'autres termes, les évolutions de structures sociétaires de type société anonyme dualiste avec

---

<sup>954</sup> Au sens de l'article L. 421-1-I du code monétaire et financier : « Un marché réglementé d'instruments financiers est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché ».

<sup>955</sup> Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, JORF n°0173 du 27 juillet 2013, p. 12530.



conseil de surveillance et directoire ou encore les sociétés par action simplifiée (SAS) n'échappent pas au domaine de cette action attitrée.

**477. Les initiés secondaires.** Une seconde catégorie d'initiés éclot au fil de la jurisprudence : les initiés secondaires. Il s'agit des « *personnes disposant d'une information privilégiée à l'occasion de sa profession ou de ses fonctions* »<sup>956</sup>. Sur ces personnes disposant, par leur activité, d'informations privilégiées, la jurisprudence ne fait peser aucune présomption. Des exemples pratiques permettent de mieux cerner le périmètre de ce cercle secondaire qui, malgré une approche extensive des initiés, ne saurait être confondu avec les initiés primaires. Par exemple, sont des initiés secondaires, un secrétaire général<sup>957</sup> ou encore un employé de société de bourse ou de compagnie d'assurances<sup>958</sup>.

Enfin, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, une dernière catégorie d'initiés a été créée : il s'agit des initiés tertiaires. Cette catégorie comprend toutes les autres personnes que celles qui disposent d'une information privilégiée en connaissance de cause. Dès lors, cette formulation très large laisse comprendre que n'importe quel citoyen peut être un initié en raison des informations qu'il pourrait obtenir.

**478. Notion d'initié depuis la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016.** L'article L. 465-1 du code monétaire et financier a été refondu mais reprend tout de même en substance ces trois catégories d'initiés. De plus, le texte reprend la structure de l'article 622-2 du règlement général de l'AMF et ajoute le cas d'une personne disposant d'une information privilégiée concernant un émetteur au sein duquel elle détient une participation.

**479. Le manquement d'initié.** Manquement de nature administratif, le manquement d'initié possède une définition quasiment similaire à l'infraction pénale de délit

---

<sup>956</sup> C. mon. et fin., art. L. 465-1.

<sup>957</sup> TGI Paris, 17 mars 1976, JCP CI 1980, II, n° 18496, note A. TUNC.

<sup>958</sup> Cass. crim., 18 février 1991, n° 90-82.288, Bull. crim. n° 81, *Rev. sociétés*, 1991, p. 78, note W. JEANDIDIER.

d'initié, ce qui a donné lieu à de grandes problématiques pénales relatives au respect du principe de *non bis in idem*.

Son domaine d'application a fait l'objet de nombreuses controverses<sup>959</sup>. A l'origine, seuls les marchés réglementés faisaient l'objet d'une répression administrative<sup>960</sup>, les marchés de produits dérivés étant hors du champ d'application. Le périmètre s'est étendu aux systèmes multilatéraux de négociation par un règlement de 2014<sup>961</sup>. Cette extension du champ de répression a été critiquée car elle aurait pour conséquence d'affaiblir la distinction entre les instruments financiers négociés sur ces deux marchés, obéissant à des règles plus souples<sup>962</sup>. Il semble néanmoins que cette extension de la répression pénale aux marchés de produits dérivés soit une initiative bénéfique en termes de transparence et de confiance et tend à rassurer les investisseurs et le public en général.

**480. Les initiés en droit administratif.** Le manquement d'initié fixe également strictement les qualités que doit requérir une personne pour être considérée comme initiée. C'est l'article 622-2 du règlement général de l'AMF qui établit les différentes catégories d'initiés. Les quatre catégories évoquées sont les mêmes que celles visées par la nouvelle mouture de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier. Dès lors, une synergie s'applique entre le texte répressif issu du code monétaire et financier et le texte répressif administratif. L'AMF fait peser également une présomption de connaissance de l'information privilégiée sur le dirigeant de l'émetteur, cela en raison de la fonction et du statut qu'il occupe dans la société<sup>963</sup>.

Aussi, le dirigeant personne physique ne peut se voir imputer le manquement d'initié commis pas un de ses préposés. Sa responsabilité personnelle ne peut être retenue dès

---

<sup>959</sup> H. de VAUPLANE et J.-J. DAIGRE, Note ss. Directive 2003/6/CE, du 28 janvier 2003 du Parlement et du Conseil européen sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), *Banque et droit*, 2003, n° 89, p. 36.

<sup>960</sup> Art. 9, Directive 2003/6/CE, du 28 janvier 2003 du Parlement et du Conseil européen.

<sup>961</sup> Règl. PE et Cons. UE, n° 596/2014, 16 avr. 2014, JOUE 12 juin 2014, N° L 173, art. 2.

<sup>962</sup> B. de SAINT-MARS, « Qui trop embrasse mal étreint ? », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 221 ; T. BONNEAU, « Les projets européens relatifs à la lutte contre les abus de marché », *Rev. Dr. bancaire et fin.*, 2011, n° 6, p. 13, étude 34.

<sup>963</sup> Déc. Comm. sanctions AMF, 23 oct. 2008, M. Marc Bonnemoy.

lors qu'aucun manquement à une de ses obligations de vigilance ne peut lui être reprochée<sup>964</sup>. Toutefois, la jurisprudence judiciaire ne semble pas adopter le même raisonnement. Son appréciation est plus sévère puisqu'elle présume le défaut de surveillance ou de précaution de l'employeur lors de la constatation de la commission d'une infraction dans l'entreprise<sup>965</sup>. Cette situation ne doit pas être ignorée de la fonction compliance. En effet, cet écart d'interprétation des obligations que doit respecter le dirigeant et des règles d'imputabilité peut avoir des conséquences importantes pour celui-ci. C'est à la fonction compliance d'éluder ce risque par des process spécifiques et des formations à l'égard des salariés.

**481. *Objet et caractère de l'information privilégiée.*** Pour rappel, la loi du 21 juin 2016 est venue réformer les abus de marché et a notamment modifié le régime de l'utilisation et de la communication d'information privilégiée. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'information privilégiée pouvait être de nature financière ou non financière lorsqu'elle portait sur les perspectives de la société ou encore les titres de la société émettrice.

Désormais, la nouvelle rédaction du texte laisse place à une interprétation extensive de la notion d'information privilégiée. Le texte administratif retient lui aussi une interprétation extensive à l'article 621-1 du règlement général de l'AMF.

Afin d'être prise en considération par le régulateur et par le magistrat, l'information doit posséder cinq caractéristiques particulières. En effet, afin d'être acceptée comme privilégiée, l'information doit être confidentielle, déterminante, précise, de nature à influencer sensiblement le cours et objectivement privilégiée. Une jurisprudence étoffée offre le détail de ce à quoi répond chaque caractéristique.

**482. *Les peines encourues.*** En matière pénale, l'article L. 465-1-I-A, du code monétaire et financier prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 100

---

<sup>964</sup> Déc. Comm. sanctions AMF, 18 janv. 2010, M. Julien Quistrebert, Mme Nathalie Pelras, M. A., Mme B., la société C., M. D., M. E. et la société F.

<sup>965</sup> Cass. crim. 27 sept. 1839, Bull. 313; Cass. crim. 15 janv. 1841, S 1849, I, 149; Cass. crim. 28 févr. 1956, JCP Cl 1956, II, n° 9304.

millions d'euros d'amende. Ce montant peut être porté au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, mais il ne peut être inférieur à cet avantage. L'utilisation de l'expression « *d'avantage retiré* » permet de prendre en considération le gain effectif, le gain potentiel et la perte évitée. L'ancienne formulation du texte n'offrait pas une portée aussi grande.

**483. Sanctions du manquement d'initié.** En raison de la nature administrative de l'AMF, le manquement d'initié est quant à lui puni de sanctions disciplinaires et administratives. La commission des sanctions de l'AMF peut prononcer les peines qui figurent à l'article L. 621-15-III-A du code monétaire et financier, à savoir une sanction pécuniaire plafonnée à 100 millions d'euros ou au décuple du montant des profits réalisés. Peuvent aussi être prononcés des avertissements, blâmes ou encore des interdictions d'exercer les services d'investissement à l'issue d'une procédure contradictoire.

Une aggravation notable des sanctions pénales encourues est constatée, cela fait suite à la volonté de l'Union Européenne de redonner aux sanctions pénales en la matière une certaine effectivité et un rôle pleinement dissuasif<sup>966</sup>. Aussi, des peines complémentaires sont appliquées à ce délit comme par exemple l'interdiction d'exercer une activité commerciale<sup>967</sup>, ou encore de diriger, gérer ou administrer une entreprise<sup>968</sup>.

**484. La recommandation et l'incitation à réaliser une opération sur le fondement d'une information privilégiée.** Innovation issue de la loi du 21 juin 2016 mais déjà mentionnée en substance à l'article 622-1 du règlement général de l'AMF, l'article L. 465-2 du code monétaire et financier régit cette infraction. Afin de réaliser cette infraction, la détention d'une information privilégiée par l'auteur de la recommandation est requise. Un tiers bénéficiera de cette information privilégiée par l'intermédiaire d'une recommandation ou d'une incitation. La preuve de la

---

<sup>966</sup> Dir. PE et Cons. 2014/57 UE, 16 avr. 2014, art. 7, 1°.

<sup>967</sup> C. pén., art. 131-27, al. 2.

<sup>968</sup> C. mon. et fin., art. L. 500-1.

connaissance de l'information privilégiée par l'auteur de la recommandation risque d'être difficile à rapporter. Il sera sans doute logique de constater que le juge judiciaire usera de la technique du faisceau d'indices, couramment utilisé par la commission des sanctions de l'AMF<sup>969</sup>. Les peines encourues par l'auteur de la recommandation ou de l'incitation et le bénéficiaire de celle-ci sont similaires aux peines encourues en matière de délit d'initié.

**485. La communication d'information privilégiée.** Infraction proche du délit d'initié, la communication d'information privilégiée est énoncée à l'article L. 465-3-I du code monétaire et financier. Cette infraction vise la situation par laquelle un initié va communiquer une information privilégiée à un tiers. Cette communication ne sera justifiée que s'il est prouvé qu'elle a été réalisée dans le cadre normal des fonctions ou de la profession de l'initié. La seule communication, par tous moyens, suffit à consommer l'infraction. En effet, pour que l'infraction soit réalisée, il importe peu que le destinataire de l'information privilégiée l'ait utilisée. L'auteur de l'infraction et le tiers qui bénéficie de l'information encourent les mêmes peines que celles prévues en matière de délit d'initié.

**486. La manipulation des cours du marché.** Infraction souvent pratiquée mais difficilement décelable du fait des progrès techniques<sup>970</sup>, le délit de manipulation des cours constitue le fait de spéculer de façon illicite sur le marché en diminuant le risque spéculatif par des manœuvres frauduleuses<sup>971</sup>. La réforme des abus de marché issue de la loi du 21 juin 2016 a refondu les textes applicables aux manipulations de marché en trois catégories distinctes, fixées aux articles L. 465-3-1 et suivants du code monétaire et financier. Tout d'abord, sont visées les manipulations de marché liées aux ordres et au comportement susceptibles de donner des indications trompeuses aux autres membres du marché. Ensuite, sont visées les manipulations de marché consécutives consécutives à la diffusion d'informations fausses ou trompeuses. Cette infraction est

---

<sup>969</sup> CE, 10 juillet 2015, n° 369454, *RTDF*, 2015, n° 3, p. 96, note E. DEZEUZE et N. RONTCHEVSKY.

<sup>970</sup> H. de VAUPLANE et O. SIMART, « La notion de manipulation de cours et ses fondements en France et aux USA », *Rev. dr. banc. et bourse*, 1996, p. 158.

<sup>971</sup> J.-F. ROUGE, « La spéculation : les règles du jeu », *LPA*, 1993, n° 94, p. 16.

en réalité un délit autonome de fausse information du marché. La porosité est forte en ces deux délits et un cumul idéal de qualification tend à s'établir. Par exemple, la propagation de rumeurs sur le marché est constitutive du délit de manipulation de cours et du délit de diffusion de fausses informations sur les marchés<sup>972</sup>. Sur ce point, la réforme des abus de marché n'a pas simplifié ou distingué véritablement ces deux infractions. Enfin, sont visées les manipulations concernant des indices de référence. Pour caractériser cette infraction, il est nécessaire de rapporter la preuve de manœuvres ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un ou de plusieurs instruments financiers qui induit autrui en erreur. Ce dernier caractère est apprécié sévèrement par la jurisprudence puisqu'elle ne réclame pas que la tromperie ait été effective mais qu'elle ait juste eu pour objectif d'entraver le fonctionnement normal du marché<sup>973</sup>. Ainsi la finalité de la tromperie est recherchée, pas ses conséquences.

**487. Sanctions encourues et gestion des risques par la cellule conformité.** En matière de sanction, déjà en proie à une harmonisation<sup>974</sup>, une véritable uniformisation des peines a été exercée par la loi du 21 juin 2016 puisque la répression des délits relatifs aux manipulations de cours sont sanctionnés de la même façon que le délit d'initié. La manipulation des taux interbancaires LIBOR et EUROLIBOR en 2011<sup>975</sup> est un exemple connu en matière de manipulation de cours. Également, le trading à haute fréquence, facilité par les innovations technologiques, peut devenir un outil de manipulation de cours facilitant la multiplication de faux ordres. Cela constitue un défi supplémentaire de gestion du risque de manipulation pour les cellules de conformité.

**488. Le manquement au bon établissement des cours.** Il s'agit d'un manquement administratif complémentaire au manquement d'initié. L'article 631-1 du règlement général de l'AMF porte une vision extensive du délit de manipulation de cours puisque ne sont pas fermement retenues les conditions de l'entrave au marché et d'induction

---

<sup>972</sup> T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3<sup>e</sup> éd. 2010, n° 503.

<sup>973</sup> CA Paris, 9<sup>e</sup> ch., sect. B, 2 févr. 2007, n° RG : 06/08079, Devaux et SA Fideuram Wargny, *Dr. sociétés*, 2007, comm. 123, obs. R. SALOMON.

<sup>974</sup> N. RONTCHEVSKY, « L'harmonisation des sanctions pénales. Vers un renforcement et une rationalisation de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, mars 2012, n° 3, p. 139.

<sup>975</sup> T. BONNEAU, « Manipulation de cours », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 6, nov. 2012, comm. 205.

en erreur exigées en matière pénale. La charge de la preuve du manquement est facilitée par la technique du faisceau d'indices<sup>976</sup>. Au même titre que le délit pénal, des exemptions sont admises mais limitées aux interventions de l'émetteur sur ses propres titres et à la stabilisation des cours. Les sanctions pécuniaires encourues sont similaires au manquement d'initiés et le régulateur peut prononcer, à titre de sanction complémentaire, un retrait d'agrément. Ce dernier est une forme de « *mort de l'émetteur* » puisque sans agrément, l'organisme financier ne peut exercer son activité en toute légalité.

**489. La fausse information du marché.** Les notions d'asymétrie d'information et de fausse information reposent toutes deux sur l'affaiblissement d'une autre notion : la confiance. Au croisement du délit d'initié et du délit de manipulation de cours<sup>977</sup>, le délit de fausse information du marché possède quelques particularités<sup>978</sup>. Afin que ce délit soit constitué, il est nécessaire de prouver la diffusion par tous moyens d'une information financière trompeuse. L'exemple jurisprudentiel le plus significatif concerne les informations relatives à la santé financière de l'entreprise. Aussi bien les juges du fond que les magistrats de la Cour de cassation ont eu à juger de cas de diffusions d'informations trompeuses sur les comptes<sup>979</sup> et les résultats<sup>980</sup> de l'entreprise voire même sur ses perspectives<sup>981</sup>. Comme déjà évoquées, les sanctions encourues par l'auteur du délit de fausse information du marché sont les mêmes que celles prévues en matière de délit d'initié, les spécificités concernant les personnes morales demeurant applicables.

---

<sup>976</sup> CE, 20 mars 2013, n° 356476, *Rev. dr. banc. et fin.*, Nov. 2013, n° 6, comm. 212, note A.-C. MULLER.

<sup>977</sup> R. SALOMON, « Le risque boursier : délits et manquements d'initié, de manipulation de cours et de fausse information, *JCP E*, 2006, *Cah. dr. entr.*, 2006, n° 1, p. 56.

<sup>978</sup> R. SALOMON, « Du caractère non intentionnel du manquement de communication de fausses informations », *Dr. sociétés juill.*, 2005, repères 7.

<sup>979</sup> Par exemple : CA Paris, 8 oct. 1999, *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 604, obs. RIFFAULT ; Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 03-82.777, *Bull. Joly Bourse*, 2005, p. 257, note N. RONTCHEVSKY.

<sup>980</sup> T. corr. Paris, 17 déc. 1997, *Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 485, note N. RONTCHEVSKY et RTD Com. 1998, p. 640, obs. N. RONTCHEVSKY ; CA Paris, 25 janv. 2000, *Bull. Joly sociétés*, 2000, p. 254, note N. RONTCHEVSKY.

<sup>981</sup> Cass. crim. 15 mai 1997, n° 96-80.399, *Rev. sociétés*, 1998, p. 135, note B. BOULOC, *Banque et droit*, 1997, n° 55, p. 34, obs. H. de VAUPLANE ; Cass. crim. 1<sup>er</sup> mars 2000, n° 99-86.299, *Bull. crim.* n° 98, p. 290, *Cah. D. aff.*, 2000, *AJ Pén.*, p. 229, note A. LIENHARD ; T. corr. Paris, 21 janv. 2011, affaire *Vivendi*, *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p. 210, note J.-F. BARBIERI.

**490. Poursuite des personnes morales pour les délits boursiers.** Les personnes morales peuvent être poursuivies pour l'ensemble des délits et manquements abordés à condition que l'acte ait bien été commis par un organe ou un représentant pour le compte de la personne morale. L'article L. 465-3-5 du code monétaire et financier prévoit que la responsabilité de la personne peut être engagée lorsque l'infraction a été commise en cas d'insuffisance de supervision ou de contrôle permettant la réalisation d'infraction, des failles dans le système de contrôle et de supervision en étant le fait générateur<sup>982</sup>. Sont directement visées par ce texte les défaillances de la cellule conformité dans son rôle de prévention et de détection de la commission des infractions.

## **B. Cumul des sanctions et cumul des risques pour les établissements financiers**

**491. Problématique du cumul de poursuites et cumul de sanctions.** Une directive du 28 janvier 2003 recommandait aux Etats membres de se doter d'un cumul répressif en matière d'abus de marchés<sup>983</sup>. Elle indiquait qu'une autorité administrative pouvait être nommée et prononcer des sanctions indépendamment d'une instance judiciaire. Cette pratique a été admise en France dès l'attribution à la commission des opérations de bourse (COB)<sup>984</sup> d'un pouvoir de sanction<sup>985</sup>, associé à son pouvoir réglementaire<sup>986</sup> prévoyant les règles relatives aux manquements boursiers. Cette qualité de « jurislatureur » perdue au profit de l'AMF, autorité publique indépendante née 2003, après la fusion opérée entre la Commission des opérations de bourse, le Conseil des marchés financiers et le Conseil de discipline de la gestion financière. Des particularités d'ordre procédural entourent cette nouvelle autorité suite aux différends

---

<sup>982</sup> P.-H. CONAC, « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juill. 2016, n° 07-08, p. 323.

<sup>983</sup> Dir. Parl. et Cons. CE 2003/6/CE, 28 janv. 2003 ; PE et Cons. UE, proposition de directive COM (2011) 654 final, 20 oct. 2011 relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, approuvée par le Parlement européen le 4 févr. 2013 après accord de trilogie du 20 déc. 2013.

<sup>984</sup> Créée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 sept. 1967.

<sup>985</sup> Loi n° 89-531 du 2 août 1989.

<sup>986</sup> Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985.



que la COB avait pu connaître en raison de la confusion des pouvoirs de création normative, d'enquête et de sanction, réunis en une seule main<sup>987</sup>. Désormais, l'AMF dispose d'une Collège et d'une commission des sanctions. Considérée comme un tribunal par les magistrats de la CEDH<sup>988</sup>, l'AMF se doit de faire respecter les prescriptions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme. Ainsi, l'AMF peut poursuivre les membres du marché ayant commis des manquements aux prescriptions du règlement général qu'elle a édités.

**492. Le cumul des poursuites.** Une problématique apparaît lorsqu'une personne commet une faute recevant à la fois une qualification pénale et une qualification administrative. Le principe de « *non bis in idem* », protecteur des prévenus, a été au cœur des problèmes de cumul des poursuites et des sanctions entre l'AMF et le juge judiciaire. Pourtant, avant de devenir une garantie individuelle, cette règle n'avait qu'un intérêt purement procédural<sup>989</sup>. Lorsque l'AMF est compétente pour poursuivre tout manquement à son règlement général, le ministère public demeure compétent pour poursuivre les délits boursiers commis par le même auteur sur le fondement des textes répressifs. Les poursuites de chaque entité sont donc indépendantes l'une de l'autre<sup>990</sup>. Ce cumul a été l'apanage de la jurisprudence et de la doctrine, tumultueuse et partagée, parfois contradictoire. La question est centralisée autour de la qualification de la sanction administrative, sur le point de savoir si elle relève de la sanction pénale ou non<sup>991</sup>. De cette acception découle l'application du principe de *non bis in idem*. Ce cumul a été approuvé par le Conseil constitutionnel en 1989, puis confirmé à plusieurs reprises au regard de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, de la charte des droits fondamentaux<sup>992</sup>. Mais la Cour Européenne des droits

---

<sup>987</sup> R. RAMETTE, « La réforme de la COB et le cumul de pouvoir normatif, de sanction et d'investigation », *Bull. Joly Bourse*, 1995, p. 483 ; R. SALOMON, « Le particularisme des infractions boursières », *Dr. pén.*, 2003, chron. 1, p. 4.

<sup>988</sup> CE, 4 févr. 2005, n° 269001, Sté GSD Gestion, *Dr. sociétés*, 2005, comm. 197, obs. Th. BONNEAU.

<sup>989</sup> F. DRUMMOND, « Le fabuleux destin de la règle *non bis in idem* », *Bull. Joly Bourse*, 2014, p. 605.

<sup>990</sup> Cass. crim., 1er mars 2000, n° 99-86.299, Bull. n° 324 ; Cass. crim. 31 oct. 2007, n° 06-82.392 ; Cass. crim., 2 avr. 2008, N° 07-85.179, *RTDF*, 2008, n° 2, p. 98, obs. E. DEZEUZE ; *Bull. Joly Bourse*, 2008, 301, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

<sup>991</sup> CEDH, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas, § 79 à 83.

<sup>992</sup> Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, FS-P+B+R+I, comm. P. PAILLER, « *Non bis in idem* », *Rev. dr. banc. et fin.* n° 2, Mars 2014, comm. 83 ; D. 2014, p. 600, note N. RONTCHEVSKY ; *Dr. sociétés*, 2014, comm. 56, note R. SALOMON.

de l'Homme avait émis des réserves quant à l'interprétation qui pouvait être faite de l'article 4 du protocole n° 7 additionnel à la CESDH. En effet, dans un arrêt du 10 février 2009, elle précisait l'interprétation de la notion même d'infraction<sup>993</sup>. Par l'arrêt « *Grande Stevens* » de la Cour européenne des droits de l'Homme du 4 mars 2014<sup>994</sup> et la décision du Conseil constitutionnel de 2015<sup>995</sup>, un frein a été posé au potentiel cumul des poursuites en se fondant sur l'article 4 du protocole n° 7 de la CESDH. Dans ces décisions, il est clairement établi que le cumul des poursuites pour manquement d'initié et pour délit d'initié est contraire au principe de *non bis in idem*.

**493. Le cumul des peines.** Non encore reconnu inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel, le cumul des peines administratives et pénales était accepté en droit interne. Ce n'est qu'à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité du 18 mars 2015<sup>996</sup> que le Conseil constitutionnel a décidé de l'inconstitutionnalité de ce cumul en se fondant sur le principe de nécessité des délits et des peines. Le conseil considère que les textes issus du code monétaire et financier définissant le délit d'initié et le texte issu du règlement général de l'AMF définissant le manquement d'initié étaient identiques et défendaient les mêmes intérêts sociaux. Ce raisonnement étonne puisque le Conseil constitutionnel en avait décidé autrement dans sa jurisprudence antérieure en constatant que le cumul était possible à la condition que le juge judiciaire et le régulateur se concertent pour ne pas dépasser le plafond fixé pour l'amende. Par ailleurs, ce raisonnement était fondé sur la nature de la sanction administrative, considérée comme de nature « *quasi-pénale* ». Par cette décision de 2015, le Conseil

---

<sup>993</sup> CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie* : *D.* 2009, p. 2014, note J. PRADEL ; *JCP G*, 2009, 143, n° 31, obs. F. SUDRE.

<sup>994</sup> CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/Italie*, *Rev. sociétés*, 2014, p. 675, note H. MATSOUPOULOU.

<sup>995</sup> Cons. Const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, *John L. et a.*, *Rev. sociétés*, 2015, p. 380, note H. MATSOUPOULOU.

<sup>996</sup> Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, n° 2015-005120 ; *Dr sociétés*, 2015, comm. 94, S. TORCK et comm. 99, R. SALOMON ; J.-H. ROBERT, « Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délits d'initié », *JCP G*, 2015, 369 ; J.-H. ROBERT, *Dr. pén.*, 2015, comm. 23 ; F. SUDRE, « Principe de *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe-l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2015, 368 ; J.-J. DAIGRE, « Le Conseil constitutionnel sanctionne le cumul des sanctions... », *Banque et droit*, n° 160, mars-avril 2015, p. 3. Le Conseil constitutionnel a ainsi condamné le cumul des sanctions administrative et judiciaire, en s'appuyant sur la règle *non bis in idem*. Pourtant, ce même Conseil a validé quelques temps plus tard un cumul (C.C., 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, *J.C.P. E*, 2016, act. 62 ; *Bull. Joly Bourse*, 2016, p. 90, note T. BONNEAU).

constitutionnel avait indiqué que le droit positif devait faire cesser cette inconstitutionnalité avant le 1<sup>er</sup> septembre 2016, ce qui a été fait par la loi du 21 juin 2016. Par deux décisions du 16 janvier 2016<sup>997</sup> et du 24 juin 2016<sup>998</sup>, le Conseil constitutionnel a réaffirmé son opposition au cumul des poursuites en se fondant encore sur le principe de nécessité des délits et des peines.

**494. Solutions proposées.** Plusieurs solutions ont été proposées par la doctrine<sup>999</sup> afin de créer un nouveau cadre juridique des abus de marché<sup>1000</sup>. Il a notamment été évoqué la création d'un tribunal des marchés financiers<sup>1001</sup>. D'ores et déjà, seul le Tribunal de Grande Instance de Paris avait compétence pour la poursuite, l'instruction et le jugement des délits relatifs aux abus de marchés. Désormais, seul le procureur de la République Financier peut mettre en mouvement l'action publique. Cette solution de création d'un tribunal des marchés financiers aurait été idéale si l'on avait su imaginer un système mêlant des aspects de la procédure administrative et des aspects de la procédure judiciaire. Ce tribunal aurait été intégré à l'ordre judiciaire et aurait été composé de membres de l'AMF et du ministère public. Le ministère public aurait veillé aux poursuites et les experts de l'AMF, qui auraient pu être les membres de la commission des sanctions choisis pour leur compétence spécifique, auraient réalisé la phase d'enquête. Par conséquent, une sanction pénale aurait été prononcée, édulant ainsi tout problème relatif au cumul des sanctions de même nature. Mais ce système, en apparence simple et efficace, n'a pas été retenu par le législateur qui a préféré conserver la dualité d'entité.

---

<sup>997</sup> Cons. const., 14 janv. 2016, déc. n° 2015-513/514/526 QPC.

<sup>998</sup> Cons. const., déc. n° 2016-545 QPC et 2016-546.

<sup>999</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA, S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe de *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2012, chr. p. 693.

<sup>1000</sup> P.-H. CONAC, « Le nouveau cadre européen de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, févr. 2016, n° 113d2, p. 71 ; S. TORCK, « Propos introductifs », *in* dossier La réforme des abus de marché, *Bull. Joly Bourse*, sept. 2015, n° 112s9, p. 379.

<sup>1001</sup> A.-V. LE FUR, D. SCHMIDT, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D.* 2014, p. 551. Adde, N. RONTCHEVSKY, « Pour en finir avec une acrobatie intellectuelle française : retour sur le cumul des procédures administratives et pénales en matière d'abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, déc. 2012, n° 12, p. 610 ; E. DEZEUZE, « Abus de marché : de la coexistence à la coordination des procédures administrative et pénale », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2013, dossier 18.

**495. Solutions retenues.** La loi du 21 juin 2016 avait pour principal objet de réformer la dualité de procédure remise en cause par la CEDH et le Conseil constitutionnel<sup>1002</sup>. C'est désormais l'article L. 465-3-6 du code monétaire et financier qui prévoit le nouveau mécanisme destiné à pallier le problème de dualisme des poursuites. Un mécanisme de concertation entre le procureur de la République Financier et le collège de l'AMF se réalise afin d'éviter tout cumul de poursuite. Ainsi, lorsque le procureur de la République Financier a mis en mouvement l'action publique à l'encontre d'une personne, l'AMF bénéficie d'un délai de deux mois afin de faire connaître au Parquet financier son intention de notifier les griefs à la même personne. En outre, le procureur de la République Financier ne peut mettre en mouvement l'action publique lorsque l'AMF a procédé à la notification des griefs à la même personne. En cas de désaccord, le procureur général près la cour d'appel de Paris prendra la décision d'autoriser ou de ne pas autoriser le procureur de la République à poursuivre. En cas de refus, l'AMF pourra notifier les griefs au délinquant et la procédure se déroulera devant la commission des sanctions de l'autorité de régulation. Le texte semble toutefois dénué de tout critère de répartition des poursuites, ce qui aurait pourtant facilité la mise en œuvre des processus de répression. En cela, il est regrettable que la réforme des abus de marché soit inachevée<sup>1003</sup>. Somme toute, les délais de prescription de l'action publique et de l'action de l'AMF sont suspendus lorsqu'une des deux procédures est ouverte.

**496. Problématiques à venir.** La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne délimite pas ses incidences aux seuls délits et manquements d'initié. En effet, si le principe de double répression administrative et pénale a été résolu, les faits recevant d'autres

---

<sup>1002</sup> T. BONNEAU, « La réforme du système de répression des abus de marché », *JCP E*, 2016, 1412 ; J. CHACORNAC, J.-J. DAIGRE et A.-C. ROUAUD, *Banque et droit*, 2016, n° 167, p. 26 ; J. CHACORNAC, « Les modifications du régime du rachat d'actions dans le nouveau dispositif Abus de marché : entre sécurité bienvenue et rigidité excessive », *Bull. Joly Bourse*, 2017, n° 04 ; E. DEZEUZE, « La refonte de la répression des abus de marché », *JCP G*, 2016, 846 ; A. BELLEZA, « La réforme inachevée du système de répression des abus de marché », *Rev.Dr. banc. fin.*, 2016, étude 23 ; P.-H. CONAC, « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, 2016, n° 07-08, p. 323 ; A. REYGROBELLET, B. FRANÇOIS, F. PERNAZZA, K. DECKERT et J. CHACORNAC, « La réforme du contentieux boursier : répression des abus de marché en France et solutions étrangères », *Bull. Joly Bourse*, 2016, n° 11, p. 468 ; P. PAILLER, « Réforme de la répression des abus de marché », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2016, comm. 217.

<sup>1003</sup> S. NEUVILLE, *Chron. Droit bancaire et financier* (1<sup>er</sup> avril 2016 - 31 juillet 2017), *R.L.B.*, 2017/2-3, p. 100.

qualifications d'abus de marché peuvent se voir opposer le principe de *non bis in idem*. Ce sera, par exemple, le cas des délits de manipulation de cours et de diffusion de fausse information sur le marché, en concurrence avec les manquements administratifs aux obligations d'information précédemment évoqués. Il sera intéressant d'observer la réponse apportée à des justiciables soulevant ce cumul de poursuites et le cumul de peines y afférant.

## **Paragraphe 2. Application des procédés mis en œuvre par la cellule conformité**

La cellule compliance dispose de moyens humains et technologiques complémentaires et efficaces afin d'éviter tout risque juridique lié à la réalisation d'abus de marchés. Cette complémentarité se retrouve notamment dans la création et la délimitation de « *murailles de Chine* » destinées à minimiser les risques de conflits d'intérêts et d'opérations d'initiés. L'identification des profils à risque puis sa systématisation par voie informatique forment de véritables mécanismes incitatifs (A). La gestion des conflits d'intérêts par leur anticipation consiste dans une démarche proactive ayant une portée systémique puisqu'elle apure les marchés financiers de toute utilisation d'information altérée (B).

### **A. Traitement des conflits d'intérêts et élaboration d'une « muraille de Chine »**

**497. Interdisciplinarité de la notion de conflit d'intérêts.** Que ce soit en droit financier<sup>1004</sup>, en droit des sociétés<sup>1005</sup>, en droit du travail, en droit pénal<sup>1006</sup>, en droit

---

<sup>1004</sup> V. MAGNIER (dir.), *Les conflits dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, coll. Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens, 2006.

<sup>1005</sup> D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly Editions, rééd. 2004.

<sup>1006</sup> La notion de conflit d'intérêts se retrouve notamment dans les incriminations de prise illégale d'intérêts, de corruption, d'abus de confiance, abus de biens sociaux, délit de favoritisme, etc.

public ou d'autres pans du droit, le conflit d'intérêts est présent. Par conséquent, une multitude de définitions existent et certains membres de la doctrine en ont fait une étude relativement exhaustive<sup>1007</sup>. L'essor des problématiques liées aux conflits d'intérêts trouve sa cause dans le phénomène de globalisation économique et dans la multiplication des interactions entre acteurs privés et publics, ces dernières créant une forme de société de défiance<sup>1008</sup>. La loi, subissant un mouvement de désacralisation au fil de l'inflation législative des dernières décennies, a perdu son autorité naturelle<sup>1009</sup>. Cela se retrouve notamment dans l'appétence du législateur à créer des lois dites de circonstances, la loi étant l'expression d'une majorité et non plus acte de souveraineté<sup>1010</sup>. La faiblesse du pouvoir législatif profite aux intérêts individuels et aux conflits en découlant.

**498. Définition de la notion de conflit d'intérêts.** Notion « *passé-partout* »<sup>1011</sup>, les intérêts sont, pour leur part, le plus souvent de nature économique, de nature familiale ou de nature financière. De manière générique, « *constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction* »<sup>1012</sup>.

Le principe de loyauté est une solution plausible dans le but de limiter les conflits d'intérêts. Il n'est pas seulement un principe d'ordre moral, transcendant la sphère publique et la sphère privée, et représente le lien de confiance nécessaire à toute société<sup>1013</sup>. D'autres ressources juridiques sont utilisées, notamment en droit financier

---

<sup>1007</sup> C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, Thèse, Saint-Etienne, 2008 ; B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, 1686 ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, 2005, 1 ; J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, 1100 ; M. MEKKI, « Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir », *JCP G*, 2011, Act. 669.

<sup>1008</sup> M. MEKKI, « Introduction à la notion de conflit d'intérêts », *Dalloz*, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 5.

<sup>1009</sup> M. MEKKI, « L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », préf. J. GHESTIN, *L.G.D.J.*, 2004, spéc. n° 122 et s., p. 94 et s.

<sup>1010</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *L.G.D.J.*, 1955, réimpr. 1994, n° 35 ; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2<sup>e</sup> éd., *L.G.D.J.*, 1948, p. 33.

<sup>1011</sup> J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », in C. PRELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99, spéc. p.103.

<sup>1012</sup> Lexique des termes juridiques, *Dalloz*, 2014, p. 232.

<sup>1013</sup> M. MEKKI, « Introduction à la notion de conflit d'intérêts », *op. cit.*, p. 17.

ou dans les professions du chiffre et du droit, telles que les règles déontologiques et les incompatibilités.

**499. Rôle prégnant de la cellule conformité.** La cellule conformité des établissements financiers a un rôle essentiel en matière de prévention en matière d'abus de marchés. Outre la création de listes d'initiés actualisées périodiquement, la fonction conformité réalise des veilles juridiques à destination de l'ensemble des salariés de l'organisme financier. La formation des opérationnels est fondamentale dans l'objectif de lutte contre les comportements déviants sur les marchés financiers. Cette veille juridique prend en considération les contentieux de l'AMF mais également des tribunaux répressifs. Ce travail de prévention est essentiel afin d'anticiper les comportements déviants qui pourraient, à terme, engager la sécurité juridique de l'établissement financier. Ce travail de prévention du risque par la formation et l'information représente, selon la *ratio legis* des textes fixant le droit de la conformité, l'essence même de la cellule conformité.

Un effort de calibration doit être réalisé par les *compliance officers* en charge de la réalisation des veilles juridiques et de la formation afin de rendre le contenu appréhendable par les différents destinataires ayant des fonctions différentes au sein de l'organisme. De plus, certains salariés possèdent des pouvoirs plus importants pour agir sur les marchés financiers, comme c'est le cas par exemple des traders. Au quotidien au contact des marchés financiers, formés dans une sphère d'appât du gain et confortés par une dérégularisation des marchés financiers, les traders sont les personnels devant faire preuve de la plus grande vigilance avec les risques d'abus de marché. Ce public doit être la priorité des actions de formation et de contrôle des *compliance officers*.

**500. Mise en œuvre d'une culture du conflit d'intérêts.** Sous-jacent de la culture de conformité, la culture de gestion du risque de conflit d'intérêts tend à trouver sa place dans les établissements financiers. Les membres de l'établissement financier doivent être en mesure d'identifier les situations de conflit et d'en comprendre les enjeux. Dès

lors, les *compliance officers* ont en charge la construction d'une « *nouvelle culture de déontologie* »<sup>1014</sup>.

**501. Des sanctions disciplinaires et personnelles.** En outre, des règles déontologiques appropriées donnant lieu à des sanctions disciplinaires doivent être en vigueur dans l'établissement financier.

## **B. Minimisation des conflits d'intérêts : de la transparence à la préservation des marchés financiers**

**502. Les conflits d'intérêts dans les établissements financiers.** Le règlement général de l'AMF fixe les règles relatives en matière de lutte contre les conflits d'intérêts. Les articles 313-18 et suivants du RGAMF encadrent la gestion des conflits d'intérêts par les sociétés de gestion de portefeuille. Ces derniers doivent prendre toute mesure raisonnable leur permettant de détecter et de prévenir les situations de conflits d'intérêts susceptibles de se poser lors de la réalisation d'une prestation de service d'investissement, de services connexes ou de la gestion d'OPCVM. L'article 313-19 du RGAMF évoque plusieurs situations dans lesquelles des conflits d'intérêts peuvent apparaître. Par exemple, est visée la situation dans laquelle « *est incitée, pour des raisons financières ou autres, à privilégier les intérêts d'un autre client ou d'un groupe de clients par rapport aux intérêts du client auquel le service est fourni* » ou encore lorsque le prestataire « *reçoit ou recevra d'une personne autre que le client un avantage en relation avec le service fourni au client, sous quelque forme que ce soit, autre que la commission ou les frais normalement facturés pour ce service* »<sup>1015</sup>.

Dans ces situations, la société de gestion de portefeuille doit établir des politiques efficaces de gestion des conflits d'intérêts et les maintenir opérationnelles. Cette politique est définie et calibrée en fonction de sa taille, de son organisation et de la nature et la complexité des opérations qu'elle entreprend. Le texte précise aussi que

---

<sup>1014</sup> J.-M. SAUVE, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique. A propos du rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », *JCP G*, 2011, 4, suppl. au n° 52.

<sup>1015</sup> RG AMF, art. 313-19.



cette politique doit être adaptée au groupe auquel appartient la société de gestion de portefeuille.

**503. Moyens de mise en œuvre de la politique de gestion des conflits d'intérêts.** La lutte contre les conflits d'intérêts au sein de l'organisme financier découle avant toute chose d'une identification efficace des situations qui sont susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêts ou qui comporte un risque d'atteinte envers un ou plusieurs clients. Les procédures à suivre ont pour finalité d'assurer un niveau d'indépendance suffisant entre les personnes susceptibles de rentrer en conflit d'intérêts en raison de leur activité. L'article 313-21 II du RGAMF mentionne par exemple, à propos des sociétés de gestion de portefeuille, des procédures efficaces visant à interdire les échanges d'informations entre les personnes concernées. D'autres mesures peuvent être mises en œuvre afin de limiter les liens potentiels étant à l'origine de conflit d'intérêts et ce sera à la cellule conformité de les réaliser et de les rendre efficaces. Elle doit notamment tenir un registre actualisé des conflits d'intérêts comprenant notamment « *les types de services d'investissement ou de services connexes qu'elle exerce ou qui sont exercés pour son compte pour lesquels un conflit d'intérêts comportant un risque sensible d'atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs clients s'est produit ou est susceptible de se produire* »<sup>1016</sup>. Un inventaire des situations de conflits d'intérêts est actualisé par les *compliance officers*, ce travail permettant alors la réalisation d'une cartographie des risques spécifiquement dédiée à la gestion des conflits d'intérêts.

**504. Rôle de la fonction compliance.** Peu importe la nature du comportement délictueux ou la nature de sa sanction, tout acte passé par un organisme financier et visant à fausser le marché lui fait encourir un risque juridique fort. Il relève donc de la fonction conformité de limiter ce risque en adoptant des process particuliers. Des listes d'initiés sont générées et mises à jour, des « *murailles de Chine* » sont créées afin d'éviter tout conflit d'intérêts et toute circulation d'information néfaste. En pratique, les lignes de métiers sont strictement séparées, la circulation de l'information

---

<sup>1016</sup> RG AMF, art. 313-22.

est cloisonnée et un schéma pyramidal est mis en place afin de faire remonter les risques avec célérité.

Le règlement général de l'AMF rend d'ailleurs obligatoire l'établissement d'une liste de personnes travaillant au sein de l'établissement financier et ayant accès aux informations privilégiées<sup>1017</sup>. La cellule *compliance* a pour mission le contrôle de la conformité des actes et des transactions effectuées par les salariés de l'entreprise pouvant passer des opérations sur les marchés financiers aux règles légales et aux règles issues du droit mou. En effet, outre les règles relatives au code monétaire et financier et celles figurant au sein du règlement général de l'AMF, les abus de marchés peuvent être limités en ajoutant un supplément de règle en interne. Ces règles trouvent leur fondement dans la volonté de limiter la commission d'abus de marché et ont pour objet d'intervenir de manière *ex ante*. Par ces règles, dont les actionnaires et les parties prenantes à la société ont connaissance, les chargés de conformité peuvent effectuer des contrôles *a priori*, c'est-à-dire des contrôles avant une potentielle réalisation de l'infraction.

---

<sup>1017</sup> RG AMF, art. 621-18-4.,

## **Conclusion du chapitre 2**

---

Le traitement préventif des infractions d'abus de marché, de fraude fiscale et d'atteinte à la probité est désormais calqué sur celui du blanchiment de capitaux. Les organismes financiers s'efforcent désormais d'appliquer une approche par les risques, généralisée à plusieurs infractions tenant du droit pénal des affaires. La connaissance des clients et le suivi des relations clients deviennent des éléments indispensables à la lutte contre les infractions d'affaires pouvant survenir. Par souci d'optimisation, des outils de détection peuvent être utilisés de façon transversale dans le but d'éviter la commission de plusieurs infractions ayant des modes opératoires semblables. Il est ainsi des listes d'initiés qui peuvent être réutilisées à toutes fins utiles pour la lutte contre la corruption et la gestion des conflits d'intérêts. La cellule de conformité étend donc son périmètre de vigilance à de nouvelles infractions. Dès lors, cela correspond à une expansion de son rôle au sein de l'entreprise, sa capacité à gérer l'ensemble de ces risques pouvant, à terme, réduire le risque de réputation voire le risque systémique.

## CONCLUSION DU TITRE 1

---

La cellule de conformité des établissements financiers tend à étendre son champ de compétences au gré des réformes législatives internes et internationales. L'approche par les risques prônée par le GAFI en tant que moyen efficace de traiter de façon préventive le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, s'étend à d'autres infractions liées, voire connexes. C'est ainsi que la culture de conformité s'étend utilement au traitement des infractions de corruption, de trafic d'influence, de fraude fiscale et d'abus de marchés. Une systématisation de la méthode d'approche par les risques emporte également une systématisation des obligations de vigilance complétées par des cartographies des risques de blanchiment et de corruption calibrées en fonction de différents profils clients. Un contrôle permanent et des contrôles périodiques de la cellule de conformité assurent le bon fonctionnement du traitement préventif globalisé et l'actualisation des process à respecter.

La protection d'intérêts divers permet également de protéger les intérêts des marchés financiers. En effet, la circulation d'une information transparente et dénuée de toute altération profite à l'équilibre et à la stabilité des marchés financiers. Dès lors, outre l'anticipation du risque de réputation de l'établissement financier pour lequel ils travaillent, les *compliance officers* limitent également tout risque systémique qui pourrait être causé par une défaillance du contrôle interne d'un établissement financier de grande ampleur sur les marchés financiers.

La gestion des risques de poursuites pénales accentue la préservation de la réputation de l'établissement financier. Néanmoins, le risque zéro n'existe pas et des opérations douteuses peuvent échapper aux contrôles de la cellule conformité. Dans ces situations, l'organisme financier est impacté directement par le risque pénal et le risque de réputation, en raison des pratiques de ses membres ou d'une défaillance du contrôle de conformité. Il s'agira alors d'éviter le risque de procès pénal en négociant la peine et en se conformant aux exigences des régulateurs.

## TITRE 2. Des défaillances et de l'extension du champ d'application de la conformité

---

Malgré tous les investissements réalisés par les établissements financiers en vue d'obtenir une cellule de conformité, et plus largement un contrôle interne de qualité, des failles peuvent surgir. Plusieurs situations peuvent affecter l'efficacité de la compliance. Tout d'abord, une absence quasi-totale de processus de contrôle interne permettant un reporting complet des risques encourus par l'établissement et une parfaite identification des clients. Dans ces cas, les sanctions seront lourdes et le régulateur fera en sorte que l'auteur de telles négligences se plie à la discipline collective. Ensuite, il y a la situation dans laquelle un établissement financier a déjà mis en place une cellule de conformité mais que celle-ci fait l'objet de plusieurs négligences. Bien que la cellule compliance ne puisse matériellement effectuer des contrôles exhaustifs à plein temps, un certain standard est attendu par les institutions internationales et les régulateurs. Ces derniers ont créé des règles contraignantes visant à imposer ces standards. La jurisprudence des organes sanctionneurs des régulateurs fournit des informations essentielles quant aux exigences attendues par les régulateurs. L'autorégulation des établissements financiers, matérialisée par la compliance, fait l'objet d'un contrôle externe à la fois *ex post* et *ex ante*. Dès lors, une liberté est laissée aux établissements financiers en ce qui concerne l'organisation et la forme que doit prendre la compliance, le régulateur imposant les exigences de fond et d'efficacité. Si des défaillances sont détectées à la suite d'un contrôle du régulateur, ou alors de manière fortuite, le droit de la régulation intervient *a posteriori* et inflige des sanctions aux organismes bancaires défaillants (Chapitre 1).

Afin de pallier les défaillances du contrôle de conformité, d'autres acteurs internes à l'entreprise, mais extérieurs au corps des *compliance officers*, émettent des alertes aux dirigeants et à des tiers à l'entreprise. Ces alertes sont effectuées en raison de la découverte d'un manquement aux règles légales ou réglementaires de

l'entreprise. Les lanceurs d'alerte constituent donc un nouveau moyen d'autorégulation de l'établissement financier. Le lanceur d'alerte souffrant pendant longtemps d'absence de reconnaissance, était *a fortiori* peu protégé. Désormais, ces acteurs bénéficient d'un statut social plus protecteur et un mécanisme d'alerte interne permet de dénoncer des infractions, en principe, de façon anonyme. Ces lanceurs d'alerte, au même titre que les mécanismes de compliance, devraient s'étendre dans les années à venir à d'autres horizons que ceux de la finance pure. En effet, des marchés économiques tels que celui du sport se développent de façon exponentielle sans qu'une véritable forme de régulation effective n'encadre ce développement. C'est ainsi que les acteurs du sport sont devenus des acteurs majeurs au plan financier. Les enjeux sportifs et extra-sportifs suscités engendrent une circulation massive d'argent sale. Des montages sociétaires et financiers utilisés par certaines structures sportives ont pour finalité unique une dissipation de cet argent sale. Ces flux financiers illicites circulent par les établissements financiers qui prennent partie de manière volontaire ou involontaire au montage. Un transfert de méthode et d'acteurs s'effectue entre le monde des affaires au sens classique et le monde du sport. Dès lors, un transfert de méthode de traitement préventif de la commission d'infractions astucieuses devrait également s'effectuer (Chapitre 2).

## Chapitre 1. La répression des défaillances du système de contrôle de conformité

---

Malgré toutes les mesures mises en œuvre par le législateur et le régulateur, les cellules de conformité ne peuvent assurer une prévention totale du risque juridique. En d'autres termes, les process créés ne peuvent parfois suffire à éluder tout risque de déviance, que la cause soit humaine ou technologique. Parfois, ce sont les process et l'absence de réelle volonté de mise en œuvre de politiques internes visant à lutter efficacement contre la commission d'infractions astucieuses qui sont mis en cause. Le régulateur et le juge judiciaire sanctionnent alors les établissements financiers ne respectant pas les règles du droit de la conformité. Les autorités externes, entendues comme étant les autorités de régulation, de supervision et l'agence française visant à lutter contre la corruption, bénéficiant toutes d'une commission des sanctions, définissent par leur jurisprudence ce qui est attendu par les cellules de compliance et régulent le mécanisme d'autorégulation des établissements financiers (Section 1). L'application d'un double niveau de régulation se fonde sur un principe de réalité : les règles pénales et quasi-répressives applicables au risque pénal, bien que demeurant au sommet de la hiérarchie des risques, sont abordées sous l'angle de la conformité par les entreprises, au même titre que les règles administratives ou civiles<sup>1018</sup>.

Lorsque les contrôles effectués tendent à caractériser des dysfonctionnements importants, des sanctions sont alors prononcées. La défaillance de la cellule compliance et, plus globalement, de l'établissement financier dans l'application des règles de conformité fait l'objet de sanctions pécuniaires incitatives et de mesures complémentaires de mise en conformité. La responsabilité de la banque défaillante peut être engagée au plan pénal et civil, le tout portant fortement atteinte au risque réputationnel de l'entité poursuivie (Section 2).

---

<sup>1018</sup> M.-E. BOURSIER, « Commerce international, droit pénal et compétitivité des entreprises », *JCP G*, 15 févr. 2016, doct. 207.

## ***Section 1. Régulation administrative des cellules de conformité***

---

La cellule conformité doit respecter les règles imposées par le superviseur et le régulateur des marchés financiers. C'est en cela que le travail des *compliance officers* concernant la réalisation de veilles juridiques des textes réglementaires est importante. En outre, une analyse précise de la jurisprudence issue des commissions des sanctions de l'ACPR et de l'AMF s'impose afin d'anticiper les risques de sanction réglementaire et d'optimiser ses process de conformité. Bien que cela participe au mécanisme d'autorégulation, un contrôle externe est nécessaire au bon fonctionnement du système. Dès lors, la fonction conformité des établissements financiers est étroitement contrôlée par l'ACPR et l'AMF (Paragraphe 1) mais également par la nouvelle agence française anti-corruption (AFA) (Paragraphe 2). Bien que ce ne soit pas une autorité de régulation par sa forme juridique, elle exerce certaines missions qui tendent à considérer son rôle comme analogue à celui des autorités de régulation et de supervision.

### **Paragraphe 1. Le contrôle de la fonction conformité réalisé par les autorités de régulation et de supervision**

Bien que l'AMF ait un rôle de régulateur et l'ACPR un rôle de superviseur, ces deux autorités bénéficient d'une commission des sanctions. Cette dernière permet de réguler les acteurs de marchés et de préciser l'interprétation qu'il faut avoir de certains textes qui pourraient paraître imprécis. Le contrôle de la fonction conformité des établissements financiers (A) a fréquemment pour conséquence l'application de sanctions pécuniaires et d'ordre disciplinaire en cas de défaillance avérée (B).



**A. Le contrôle de la fonction conformité réalisé par l'ACPR et l'AMF**

**505. Défaillance judiciaire et conformité.** Les établissements financiers sont dûment contrôlés par les autorités de régulation en ce qui concerne le fonctionnement du contrôle interne et du dispositif anti-blanchiment. L'autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution assurent, en quelque sorte, le contrôle externe du contrôle interne. Leurs jurisprudences sont indispensables pour déterminer le niveau d'exigence requis afin d'obtenir une fonction de conformité performante. La jurisprudence en la matière est foisonnante et les motifs de sanction sont variés.

**506. Les motifs de non-conformité contrôlés par les autorités de supervision régulation.** Plusieurs motifs peuvent justifier le prononcé de sanctions de la part des autorités de régulation. L'ACPR et l'AMF ont des jurisprudences distinctes puisque ces deux autorités ne contrôlent pas les mêmes éléments, n'ont pas les mêmes exigences et ne se fondent pas sur les mêmes textes.

L'ACPR se fonde sur les règles issues du règlement 97-02 et de l'arrêté du 3 novembre 2014. Outre les règles générales relatives au fonctionnement du contrôle interne, ces deux textes encadrent les règles relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Notamment, les principaux griefs sont fondés sur le dispositif de suivi et d'analyse des relations d'affaires comprenant notamment la cartographie des risques établie en raison de la qualité du client mais également le traitement des alertes par la cellule de conformité. Sont aussi visés le non-respect des procédures internes, l'insuffisance des contrôles permanents et temporaires, l'accès à l'information des déclarants et correspondants TRACFIN, l'insuffisance des moyens humains affectés à l'analyse des anomalies du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux, l'obligation de connaissance de la clientèle et sur le respect des obligations déclaratives.

L'AMF se fonde sur les textes relevant du contrôle interne, de la déontologie, de la lutte contre le blanchiment de capitaux et les abus de marchés et figurant dans le règlement général de l'AMF.

**507. Défaut de conformité dans le suivi des relations d'affaires qui comprend le manque de connaissance du client.** Afin d'évaluer le niveau de connaissance des clients qu'un établissement financier détient, l'ACPR procède au contrôle aléatoire d'un échantillon de plusieurs dizaines de dossiers. Si plusieurs d'entre eux ne répondent pas aux exigences légales de KYC, l'établissement échoue alors au test et sera sanctionné sur ce point. Par exemple, la commission des sanctions de l'ACPR a relevé, dans une décision du 26 janvier 2015, que 182 dossiers de personnes physiques avaient été contrôlés et que l'établissement n'avait pu en fournir que 159, 23 étaient donc considérés comme étant défaillants. Une cartographie des risques doit être élaborée par les établissements de crédit, que ce soit pour les activités de banque de détail ou pour les activités financières, comprenant les opérations de placement en assurance-vie<sup>1019</sup>. Si le paramétrage des outils permettant de vérifier si les versements effectués sont plausibles au regard du patrimoine du déposant est défaillant, la cartographie des risques est alors considérée comme étant imprécise<sup>1020</sup>. Également, concernant les personnes morales, l'établissement doit disposer d'un extrait de K-bis de moins de trois mois, notamment lorsqu'elle engage une relation d'affaire avec elle.

Les opérations et les opérateurs nouvellement régulés font également partie du périmètre d'application des règles de KYC. Sont visés ici les opérateurs gestionnaires de plateformes de financement participatif. Ils se doivent d'obtenir des informations précises sur les clients, de surveiller les opérations qui s'effectuent sur ses plateformes, de veiller à la vigilance des utilisateurs-payeurs, même s'ils sont considérés comme étant des clients occasionnels<sup>1021</sup>. En outre, il est nécessaire pour la cellule conformité de paramétrer les éléments de connaissance du client tels que son patrimoine et ses revenus<sup>1022</sup>.

---

<sup>1019</sup> C. Ass., art. A 310-8.

<sup>1020</sup> A propos du contrôle des versements atypiques : ACPR, Comm. sanct. 8 déc. 2016, AXA FRANCE VIE, déc. n° 2015-08.

<sup>1021</sup> ACPR, Comm. sanct. 30 mars 2017, LEMON WAY.

<sup>1022</sup> M.-E. BOURSIER, « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, 30 mai 2019, 1278.

Il est important de constater que la cartographie des risques ne s'établit pas seulement en fonction du client mais également en fonction des opérations passées par l'établissement ainsi que par les produits proposés à sa clientèle<sup>1023</sup>. La cartographie des risques est donc un concept au périmètre relativement vaste.

**508. Déficit de connaissance des personnes politiquement exposées.** Les personnes ayant un statut spécifique en raison d'un mandat électif, notamment à l'étranger, doivent faire l'objet de mesures de vigilance renforcée. Un décret du 18 avril 2018<sup>1024</sup>, apportant des précisions complémentaires à l'ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016<sup>1025</sup>, étend la définition des personnes politiquement nationales exposées à celles qui exercent ou ont cessé d'exercer depuis moins d'un an l'une des fonctions visées par le texte<sup>1026</sup>. La qualification de « *personne politiquement exposée* » s'apprécie au jour de l'entrée en relation mais doit également s'actualiser régulièrement. Le changement de statut doit être connu et mentionné afin de modifier la classification du client. Par exemple, la banque SKANDIA LIFE SA a fait l'objet d'une sanction de la part de la commission des sanctions de l'ACPR le 29 juillet 2016. Un des points relevés par l'autorité était relatif au changement de statut d'un client entre le jour de l'ouverture à son nom d'un compte d'assurance-vie.

Aussi, la cartographie des risques instituant les différentes catégories de clients doit définir et établir les conditions de qualification des clients<sup>1027</sup>, certains seuils devant être précisément définis<sup>1028</sup>. L'ACPR énonce par exemple que, s'agissant des personnes politiquement exposées, la qualification relevant de cette catégorie ne peut être soumise à un seuil particulier. Par exemple, l'autorité de régulation prudentielle avait relevé, dans une décision de 2017, que « *les procédures internes de Lemon Way*

---

<sup>1023</sup> ACPR, déc. n° 2015-08, AXA France VIE, 8 déc. 2016.

<sup>1024</sup> Décr. n° 2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, JO 20 avril 2018.

<sup>1025</sup> M.-E. BOURSIER, « Les apports du décret LCB/FT du 18 avril 2018 : un meilleur accompagnement des assujettis », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juill. 2017, n° 4, p. 207.

<sup>1026</sup> C. mon. fin., art. R. 561-18.

<sup>1027</sup> ACPR, Comm. sanct., 2 juill. 2019, TRANSACTION SERVICES INTERNATIONAL, déc. n° 2018-03.

<sup>1028</sup> ACPR, Comm. sanct., 10 janv. 2019, WESTERN UNION PAYMENT SERVICES IRELAND LIMITED, déc. n° 2017-10.

*ne prévoient la détection des PPE que si le montant des opérations dépasse un montant cumulé sur 12 mois de 10 000 euros pour les clients placés en vigilance renforcée en raison de la nature de l'activité sous-jacente à l'opération de paiement (bitcoin) et de 100 000 euros pour les autres clients »<sup>1029</sup>. Dès lors, seules les personnes qui se déclarent d'elles-mêmes comme étant des personnes politiquement exposées seront classées comme telles, les autres ne le seront pas dès le commencement de la relation d'affaires. La commission des sanctions relève ici qu'il est nécessaire que l'établissement dispose d'un système automatisé de détections des personnes politiquement exposées. Aucun texte ne mentionne cette obligation mais s'il n'existe pas, il faudra que l'établissement prouve qu'il est en capacité de détecter ce type de personnes<sup>1030</sup>. Ces process internes contreviennent aux règles de bonne connaissance des clients dès l'entrée en relation d'affaires imposée par la loi.*

**509. Défaut de respect des mesures de vigilance.** L'ACPR pointe dans cette catégorie les manquements, les défauts de paramétrage des outils de lutte contre le blanchiment de capitaux. En effet, les logiciels informatiques dont les banques disposent sont paramétrés en fonction du type de client avec lequel l'établissement établit une relation d'affaires,

De même, le traitement des alertes fait parfois défaut en raison du manque de clarté concernant le suivi des dossiers. Les absences d'analyses de fond des dossiers contrôlés par l'ACPR démontrent l'incapacité de l'établissement à détecter un fonctionnement atypique nécessitant un examen renforcé des opérations et des clients<sup>1031</sup>. De même, les griefs font souvent référence au manque de diligence concernant la recherche du ou des bénéficiaires effectifs<sup>1032</sup>. En outre, une personne morale est contrôlée à raison d'un critère alternatif.

---

<sup>1029</sup> ACPR, Comm. sanct. 30 mars 2017, LEMON WAY.

<sup>1030</sup> M.-E. BOURSIER, « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, n° 17 du 27 avr. 2017, chr. 1239.

<sup>1031</sup> ACPR, Comm. sanct., 30 juin 2017, CAISSE RÉGIONALE DE CRÉDIT AGRICOLE MUTUEL ATLANTIQUE VENDÉE.

<sup>1032</sup> ACPR, Comm. sanct., 30 mai 2017, DIRHAM EXPRESS LIMITED France ; ACPR, Comm. sanct. 8 déc. 2016, AXA FRANCE VIE ; ACPR, Comm. sanct. 29 juill. 2016, SKANDIA LIFE S.A.

**510. L'opération inhabituelle du client occasionnel.** Les assujettis doivent réaliser des typologies en raison des catégories de clientèle et des types d'activités effectués. Lorsqu'un client occasionnel réalise une opération inhabituelle relativement à la catégorie dans laquelle il est catégorisé, il devra faire l'objet d'une déclaration de soupçon ou pour le moins un examen renforcé de la part de l'établissement financier.

**511. Défaut d'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.** Il est souvent relevé, par l'ACPR, des lacunes importantes concernant la gestion des risques de blanchiment. Notamment, dans une décision du 26 janvier 2015, l'ACPR relève que « *d'importantes lacunes, toutes les activités susceptibles d'exposer l'établissement à des risques dans le domaine de la LCB-FT n'étant pas couvertes ; que les niveaux de risque des différents services offerts, des modalités ou des conditions particulières des opérations effectuées, des canaux de distribution utilisés ainsi que les caractéristiques de la clientèle ciblée ne sont pas prises en compte* »<sup>1033</sup>. Aussi, la banque postale a été lourdement sanctionnée d'une amende de 50 millions d'euros ainsi que d'un blâme pour défaut de conformité du dispositif de détection des opérations effectuées par un pu par des personnes faisant l'objet d'une mesure de gel des avoirs<sup>1034</sup>. Les contrôles de l'ACPR avaient laissé apparaître une insuffisance des dispositifs relatifs au gel des avoirs en matière de mandats cash nationaux, des reports successifs et une mise en œuvre tardive de mesures correctrices, une transmission de données inexactes aux termes du rapport annuel intitulé « *Tableaux BLANCHMT* » et enfin la délivrance d'informations trop générales au comité des risques identifiés en matière de LCB-FT, ce qui équivaut à une absence d'informations selon les règles fixées par l'ACPR<sup>1035</sup>.

**512. Insuffisance des moyens dédiés au contrôle permanent.** Outre l'absence de moyens humains suffisants pour remplir les missions de contrôle de conformité<sup>1036</sup>, les moyens dédiés au traitement des alertes peuvent également se révéler insuffisants. La

---

<sup>1033</sup> ACPR, Comm. sanct., 26 janv. 2015, BANK OF AFRICA FRANCE, déc. n° 2013-06.

<sup>1034</sup> ACPR, Comm. sanct., 21 déc. 2018, LA BANQUE POSTALE, déc. n° 2018-01.

<sup>1035</sup> C. RUBAL-HOYER, « Un Noël couteux pour La Banque Postale », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Févr. 2019, n°1, p. 30.

<sup>1036</sup> ACPR, Comm. sanct., 26 janv. 2015, BANK OF AFRICA FRANCE, déc. n° 2013-06.

commission des sanctions relève par exemple que « *ce contrôle ne peut pas être exercé efficacement sur le traitement des alertes car celles-ci sont traitées quotidiennement par l'un des responsables LCB-FT de l'établissement, puis leur état de traitement est répertorié dans un état mensuel récapitulatif qui est transmis et validé par le directeur de l'établissement, sans que ni l'opération qui a déclenché l'alerte, ni les recherches auxquelles celle-ci a pu donner lieu, ni le motif de sa clôture éventuelle ne soient saisis dans l'état mensuel récapitulatif qui est contrôlé par le directeur de l'établissement* »<sup>1037</sup>. Également, le contrôle permanent peut être réalisé à partir de l'extraction a posteriori des fichiers des opérations réalisées. La fréquence et le périmètre est fixé librement par le *compliance officer* mais celui-ci doit s'assurer qu'une fois l'extraction réalisée, les données y figurant ne puissent plus faire l'objet de modifications<sup>1038</sup>. Parfois des erreurs du système informatiques sont soulevées afin de justifier d'un manque de vigilance à l'égard de certains clients<sup>1039</sup>.

Aussi, les absences répétées du responsable de la cellule conformité entraîne l'irrespect de l'obligation de contrôle permanent d'un « *responsable chargé de veiller à la cohérence et à l'efficacité du contrôle de ce risque* »<sup>1040</sup>, notamment lorsqu'aucun intérim n'est organisé pour pallier son absence. Les autorités de régulation contrôlent, en sus des moyens techniques, les moyens humains dont dispose la cellule conformité de l'organisme financier. L'analyse est réalisée à l'issue d'une comparaison entre le nombre de personnes internes et externes à l'entreprise formant la cellule conformité et les dossiers pouvant faire l'objet d'une déclaration de soupçon<sup>1041</sup>.

**513. Défaut d'examen renforcé et de déclaration de soupçon.** La commission des sanctions de l'ACPR, en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, analyse les processus de vigilance et de déclaration de soupçons. Les

---

<sup>1037</sup> ACPR, Comm. sanct. 29 avr. 2016, ISBANK Paris, déc. n° 2015-06.

<sup>1038</sup> ACPR, Comm. sanct., 8 nov. 2017, DIRHAM EXPRESS LIMITED FRANCE, déc. n° 2016-10,

<sup>1039</sup> ACPR, Comm. sanct., 10 janv. 2019, WESTERN UNION PAYMENT SERVICES IRELAND LIMITED, déc. n° 2017-10.

<sup>1040</sup> ACPR, Comm. sanct. 11 févr. 2015, STATE BANK OF INDIA, déc. n° 2013-07.

<sup>1041</sup> ACPR, Comm. sanct., 30 mai 2017, BNP PARIBAS ; ACPR, Comm. sanct., 30 mai 2017, DIRHAM EXPRESS LIMITED France, déc. n° 2016-10 ; ACPR, Comm. sanct., 17 avril 2018, CAISSE FÉDÉRALE DU CRÉDIT MUTUEL NORD EUROPE, déc. n° 2017-05.

problématiques d'imprécision de *scoring*, directement liées aux fiches de KYC, sont les principaux reproches mentionnés par l'autorité de supervision<sup>1042</sup>. En d'autres termes, certains clients sont classés dans la catégorie « *risque standard* » alors qu'ils devraient figurer dans la catégorie « *risques élevés* ». Le *scoring* relevant de l'outil informatique, les établissements financiers arguent d'un bug ou d'un défaut de programmation afin de diminuer leur responsabilité. Les déclarations de soupçons initiales et complémentaires peuvent faire défaut, notamment lorsque l'établissement enregistre de nombreuses opérations douteuses au regard du montant des sommes impliquées et des activités qui y sont liées. La BNP Paribas a fait l'objet d'enquêtes concernant un certain nombre de défaillances concernant sa cellule conformité et des défauts de déclaration de soupçon qui y sont liés. Les enquêteurs ont pu observer que « *les flux enregistrés sur le compte personnel du client, directeur d'une maison de retraite selon les informations à la disposition de l'établissement, étaient depuis début 2012 très supérieurs au salaire de ce client et résultaient de l'encaissement de chèques émis par son employeur et signés par lui* »<sup>1043</sup> et que la fonction conformité n'avait fait état d'aucune anomalie concernant cette situation et qu'une déclaration de soupçon ne fût réalisée que tardivement, le 7 janvier 2016. Cela a engendré le prononcé d'un blâme et d'une amende record de 10 millions d'euros à l'encontre de la BNPP. La plupart des sanctions prononcées par l'ACPR condamnent les organismes financiers sur ce motif<sup>1044</sup>.

**514. Défaut de formation et d'information du personnel.** Les principales défaillances de l'information du personnel consistent dans le manque d'accessibilité à l'information ainsi que dans le manque de données mises à disposition des salariés. La formation, quant à elle, se fait en présentielle ou à distance. Des documents de *e-learning* sont à la disposition des salariés afin qu'ils se développent eux-mêmes leurs compétences, des formations sont dispensées par les *compliance officers*. Les reproches faits à ces formations sont souvent l'utilisation de logiciels qui ne sont pas mis à jour des

---

<sup>1042</sup> ACPR, Comm. sanct. 29 avr. 2016, ISBANK Paris, déc. n° 2015-06.

<sup>1043</sup> ACPR, Comm. sanct., 30 mai 2017, BNP PARIBAS, déc. n° 2016-06.

<sup>1044</sup> ACPR, Comm. sanct., 30 juin 2017, CAISSE RÉGIONALE DE CRÉDIT AGRICOLE MUTUEL ATLANTIQUE VENDÉE, déc. n° 2013-09.

dernières réformes ou encore l'absence de formalisme des formations des agents de conformité<sup>1045</sup>.

**515. *Risque de financement du terrorisme par l'octroi de crédit à la consommation.***

Les enquêtes consécutives aux attentats de Paris de novembre 2015 ont démontré que l'octroi de crédit à la consommation sans contrôle précis de l'utilisation de fonds prêtés constituait un risque majeur. Cette dernière peut se retrouver en inadéquation avec la raison invoquée lors de la souscription. Par exemple, le crédit a été accordé pour l'achat d'une voiture et l'utilisation réelle des fonds consiste dans l'achat d'armes. Aussi, des micro-crédits sont désormais utilisés pour financer le terrorisme et ce sont des établissements spécialisés dans l'octroi rapide de fonds dans la limite de quelques milliers, qui sont les principaux acteurs concernés. Par conséquent, il faut que les établissements fournissant des crédits à la consommation prévoient dans leurs outils de suivi automatisé, des hypothèses où l'argent prêté est retiré en liquide. La commission des sanctions de l'ACPR a déjà eu à se prononcer sur ce point<sup>1046</sup>. Des scénarios de nouveaux modes de financement du terrorisme doivent par conséquent être créés et mis à jour de façon régulière.

**B. Sanctions appliquées aux défaillances de la fonction compliance**

**516. *Sanctions appliquées.*** Etant des autorités administratives par nature, l'ACPR et l'AMF ne peuvent prononcer de sanctions pénales. Dès lors, des sanctions financières et disciplinaires sont régulièrement prononcées et sont proportionnées et appliquées de façon distributive en fonction des assujettis et de la gravité des manquements commis. Par exemple, pour l'ACPR, le retrait d'agrément peut être total, partiel ou inexistant en fonction des acteurs et de leurs activités<sup>1047</sup>. La commission des sanctions de l'ACPR peut assortir ses sanctions d'une astreinte, dans la limite de 15 000€ par

---

<sup>1045</sup> ACPR Comm. sanct., 22 mars 2018, établissement de crédit B, déc. n° 2017-08.

<sup>1046</sup> ACPR Comm. sanct., 22 mars 2018, ETABLISSEMENT DE CREDIT B, déc. n° 2017-08.

<sup>1047</sup> A.-D. MERVILLE, *Droit financier*, 3<sup>e</sup> éd., Gualino-lextenso, 2017, p. 92, spéc. 144.



jour. Aussi, la commission des sanctions de l'ACPR prononce souvent des blâmes et des avertissements.

Dans l'ensemble des décisions prises par l'autorité prudentielle, les sanctions sont prises en considération des efforts faits par l'établissement financier pour améliorer sa situation. En effet, depuis 2015, l'ACPR prend en compte les mesures correctives prises et permettant d'améliorer la fonction conformité<sup>1048</sup>. La peine prononcée est donc proportionnelle aux efforts déployés par l'organisme financier pour exécuter des mesures correctrices. Ces mesures correspondent par exemple au renforcement des moyens humains de la cellule conformité afin d'atteindre un quart de la masse salariale de l'entreprise<sup>1049</sup>. L'amélioration des procédures existantes, de la formation et de l'information, de la connaissance des clients, donnent des indices de bonne volonté des assujettis pour mettre leur dispositif à jour des exigences requises<sup>1050</sup>. Un cabinet d'audit externe peut approuver ces actualisations afin de leur donner une valeur plus importante aux yeux des régulateurs<sup>1051</sup>.

**517. La jurisprudence des autorités de régulation : source de conformité.** Dès lors que les sanctions prononcées par les autorités de régulation et de supervision permettent de donner un cadre au contrôle de conformité ainsi qu'aux exigences requises, une veille juridique doit être réalisée. La jurisprudence, qu'elle émane d'une autorité judiciaire ou administrative, est une source importante de droit pour les établissements financiers. En effet, un dispositif de conformité défaillant dans un établissement sanctionné peut également l'être dans d'autres établissements. Dès lors, des sanctions pécuniaires et organisationnelles importantes peuvent être prononcées. Cela crée une forme d'insécurité juridique que la fonction conformité doit pallier rapidement. C'est en cela que les *compliance officers* font preuve d'adaptabilité. Par l'analyse des décisions des autorités de régulation et de supervision, ils sont en mesure

---

<sup>1048</sup> ACPR, Comm. sanct., 19 juin 2015, MUTUELLE d'IVRY-LA-FRATERNELLE, déc. n° 2014-08 ; ACPR, Comm. sanct., 24 juill. 2015, GENERALI VIE, déc. n° 2014-07 ; ACPR, Comm. sanct., 16 oct. 2015, TICKET SURF INTERNATIONAL, déc. n° 2014-10.

<sup>1049</sup> ACPR, déc. n° 2016-05, LEMON WAY, 30 mars 2017.

<sup>1050</sup> ACPR, déc. n° 2015-10, SKANDIA LIFE SA, 20 juill. 2016.

<sup>1051</sup> ACPR, déc. n° 2016-01, SAXO BANQUE FRANCE, 28 déc. 2016.

de déterminer précisément quels process de conformité font défaut et de quelle façon ils doivent les modifier afin de les rendre conformes aux attentes des autorités. C'est en ce sens que la jurisprudence est un facteur d'amélioration de la conformité, les apports des décisions sont sources de sécurité juridique.

**518. La régulation externe comme facteur d'amélioration de l'autorégulation.** Par les lignes directrices, les recommandations et les avis qu'elles proposent, les autorités de régulation du secteur bancaire et financier créent des textes de fond qui déterminent avec précision les attentes des autorités publiques en matière de contrôle interne. Les jurisprudences des commissions des sanctions de ces deux entités abondent les données juridiques que les cellules de conformité doivent traiter. Sur la base d'un travail périodique de veilles juridiques, les *compliance officers* connaissent parfaitement les attentes et les exigences des autorités financières, cela leur permet donc d'améliorer leur propre mécanisme de régulation. La régulation externe se conçoit donc comme un outil nécessaire au bon développement et à l'adaptabilité de l'autorégulation. De ce fait, il paraît logique de ne pas diminuer les pouvoirs de régulations des autorités de régulation en raison de l'érection du phénomène d'autorégulation. Ces deux concepts sont complémentaires plutôt qu'antagonistes. Favoriser l'autorégulation sur la régulation externe, par un phénomène de dérégulation, pourrait cependant conduire à une autonomisation et une marginalisation des entreprises. Dans le secteur bancaire et financier, cela se traduirait inéluctablement par un risque systémique important. L'autorégulation est donc le fruit d'une régulation externe qui vient délimiter les potentialités d'autonomisation internes des entreprises.

## **Paragraphe 2. Le contrôle du programme de conformité anti-corruption par l'agence française anti-corruption**

Le législateur, soucieux d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la corruption, a décidé d'agir à deux niveaux. Le premier niveau concerne la création d'une agence destinée à assurer avec effectivité la lutte contre la corruption et les autres infractions

protégeant les valeurs de probité (A). Le second niveau concerne la création d'une peine spécifique tant par son champ d'application que par son applicabilité : la peine de mise en conformité prévue à l'article 131-39-2 du code pénal. Son application donnera lieu à un rapprochement entre les cellules de conformité et l'AFA (B).

### **A. Présentation de l'agence française anti-corruption**

**519. Création de l'agence française anti-corruption.** L'AFA, agence française anti-corruption, est une création législative issue de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016. C'est une autorité placée sous la tutelle conjointe du ministre de la justice et du ministre des finances. Elle se veut être indépendante mais ne bénéficie tout de même pas de la nature d'autorité administrative indépendante ou même celle d'autorité publique indépendante. Elle remplace le Service central de la corruption (SCPC), organe interministériel en charge de la lutte contre la corruption depuis une loi du 29 janvier 1993<sup>1052</sup>. Son principal rôle est de développer la conformité et le monitoring anti-corruption dans les entreprises faisant partie de son champ de compétence<sup>1053</sup>. Pour ce faire, elle diffuse les informations permettant de lutter contre la corruption, le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêts et le favoritisme. Afin de favoriser la prévention de ces infractions, elle émet des recommandations auprès des personnes morales de droit public et de droit privé. Enfin, elle contrôle la réalité et l'efficacité des procédures internes d'entreprises publiques, des collectivités territoriales, des sociétés d'économie mixtes notamment. Les entreprises privées entrent également dans le champ d'application de ce texte, bien que le texte ne soit pas clair quant à la délimitation du périmètre. Des documents numériques fournis par l'AFA donnent des précisions sur cette délimitation<sup>1054</sup>. En cas d'obstacle aux contrôles, l'entreprise encoure une amende de 30 000 €.

---

<sup>1052</sup> M. BARREAU, « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *AJ Pénal*, 2006, p. 202.

<sup>1053</sup> A. MIGNON-COLOMBET et S. HANNEDOUCHE-LERIC, « Le nouveau dispositif anti-corruption de la loi Sapin 2 : quelles avancées et quelles zones d'ombre ? », *JCP G*, n°5, 30 janv. 2017, 128, p. 234.

<sup>1054</sup> [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/afa/Decembre\\_2017\\_-\\_Fiche\\_Perimetre\\_article\\_17.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Decembre_2017_-_Fiche_Perimetre_article_17.pdf)

**520. Une agence manquant d'indépendance.** En outre, la nature juridique hybride de l'AFA, organe de régulation de la lutte anti-corruption sous la tutelle de deux ministères mais n'ayant pas la qualité d'autorité administrative indépendante, semble poser problème. En effet, il paraît peu aisé d'assurer une indépendance des agents à l'égard des justiciables si la structure n'est pas elle-même pourvue d'une certaine forme d'indépendance. Certes, un décret du 14 mars 2017<sup>1055</sup> vient fixer plusieurs règles destinées à éviter les conflits d'intérêts, des règles déontologiques seront édictées afin de prévenir tout risque de conflit atteignant un agent de l'AFA. Cette charte déontologique, rédigée sur le modèle de règles déontologiques encadrant les agents de l'AMF et de l'ACPR, feront certainement prévaloir une obligation de loyauté. Néanmoins, des membres de la doctrine estiment que cette nature hybride peut être une chance car elle pourra mieux s'adapter à la complexité de la lutte anti-corruption<sup>1056</sup>.

**521. Missions de l'AFA.** Outre la coordination administrative et technique de la lutte contre les délits atteignant la probité, l'émission de recommandations destinées aux personnes morales intégrées au champ d'application de la loi Sapin II, le contrôle des procédures internes mises en œuvre dans les entreprises privées et publiques, l'agence veille à l'exécution des peines de conformité prononcées par le juge répressif à l'égard d'une entreprise.

Au regard des peines relatives à la conformité, l'agence peut être amenée à faire respecter la loi dite « *de blocage* »<sup>1057</sup>. Le terme de « blocage » fait référence à l'exécution des décisions étrangères imposant aux sociétés condamnées de se soumettre à une procédure de mise en conformité par un renforcement des procédures internes relatives à la détection et à la prévention de la corruption. Concrètement, cela consiste, sur demande du Premier ministre, à ne pas transmettre à une autorité

---

<sup>1055</sup> Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, JORF n°0063 du 15 mars 2017.

<sup>1056</sup> E. DAOUD et S. SFOGGIA, « Que doit-on attendre de la nouvelle agence anti-corruption ? », *RLDA*, 1<sup>er</sup> avril 2017, n° 125.

<sup>1057</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

étrangère des documents pouvant être utilisés à titre de preuves matérielles. En cas de transmission de documents, une sanction pénale sera appliquée. En outre, l'AFA a également pour mission de contrôler la bonne réalisation de la peine de mise en œuvre d'un programme de conformité, sanction prévue à l'article 131-39-2 du Code pénal. Par ailleurs, l'agence a publié le 4 février 2019 un premier guide destiné à assister les dirigeants d'entreprise dans la réalisation d'une fonction conformité efficace et intégrée<sup>1058</sup>. Cinq autres guides sont en préparation et soulignent le caractère transverse et l'enjeu stratégique de la compliance. Ces derniers sont réalisés sur la base de l'expérience des *compliance officers* ainsi que celle des activités d'appui et de contrôle.

## **B. Liens entre l'agence française anti-corruption et la cellule de conformité**

**522. Relations entre l'AFA et la cellule conformité de l'établissement financier.** Au même titre qu'avec l'autorité britannique, le *Serious Fraud Office* (SFO) ou encore l'autorité américaine *Securities Exchanges Commission* (SEC), l'établissement financier devra échanger avec l'autorité française de lutte contre la corruption. Les contrôles de l'AFA permettent, au même titre que les contrôles effectués par les autorités administratives indépendantes, la découverte de non-conformité de l'établissement financier ainsi que la constitution de preuves à l'encontre de l'entité contrôlée<sup>1059</sup>. Les *compliance officers* doivent se préparer à communiquer à un agent de l'AFA un ensemble de documents professionnels et toutes informations utiles afin que l'AFA puisse réaliser son contrôle. L'agent va ensuite vérifier l'exactitude des informations qui lui ont été fournies. Également, les *compliance officers* devront assurer une stratégie de défense de l'établissement financier en cas de défaillance caractérisée par l'AFA. Pour ce faire, la logique serait de se baser sur les mécanismes déjà utilisés lors des contrôles effectués par les autorités administratives

---

<sup>1058</sup> [www.economie.gouv.fr/afa](http://www.economie.gouv.fr/afa)

<sup>1059</sup> E. DAOUD et S. SFOGGIA, « La gestion de la preuve à l'ère de la conformité (loi Sapin II, RGPD, loi Vigilance) : réflexions sur une révolution interne », *AJ Pénal*, févr. 2017.

indépendantes<sup>1060</sup>. Cependant, l'absence de nature d'autorité administrative indépendante ou même d'administration publique indépendante de l'agence française anti-corruption peut laisser penser que le contentieux sur les contrôles qu'elle effectue seront nombreux.

**523. La commission des sanctions de l'AFA.** Cette nouvelle autorité dispose d'une commission des sanctions, indépendante des fonctions de contrôle et de diffusion d'informations ainsi que de la phase d'enquête. Cela permet d'éviter de respecter les règles du procès équitable, fixées par l'article 6§4 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Le rôle de sanction dévolu à l'AFA se concrétise donc par l'institution d'une commission des sanctions. La problématique principale sera de définir les soupçons qui relèvent de la saisine de la commission des sanctions et de la saisine du Parquet. La saisine de la commission des sanctions se fera par le directeur de l'agence française anti-corruption, qui a la qualité de magistrat.

La commission des sanctions dispose de plusieurs pouvoirs de contrainte assez denses. Outre la capacité d'enjoindre la société fautive à engager la mise en œuvre d'un dispositif de conformité, la commission des sanctions peut prononcer des sanctions pécuniaires élevées à l'encontre de ces sociétés. L'amende prononcée ne pourra être supérieure à 200 000 € pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales et sera versée au Trésor Public.

**524. Ajustement des sanctions en cas de non-conformité aux règles prudentielles.** Lorsqu'une peine est prononcée par l'agence, elle intègre la notion d'efforts réalisés par l'entreprise afin d'optimiser son programme anti-corruption et d'améliorer sa situation au regard des exigences prudentielles<sup>1061</sup>. A l'instar de l'AMF et de l'ACPR, l'AFA prend en considération le caractère résilient et volontaire de la société fautive dans la modification du programme de conformité.

---

<sup>1060</sup> E. DAOUD et M. PUGLIESE, « Existe-t-il une stratégie des droits de la défense devant les autorités administratives indépendantes ? », *AJ Pénal*, 2015, p. 126.

<sup>1061</sup> M.-E. BOURSIER, « Se conformer : l'obligation de prévention et de détection des risques de corruption imposée aux entreprises par la loi du 9 décembre 2016 », in *Le risque de corruption*, ss. dir. J.-M. BRIGAND, coll. Thèmes et commentaires, *Dalloz*, 2018, p. 41.

Une nouvelle forme d'expansion des méthodes anglo-saxonnes d'appréciation de la peine semble s'imposer au régulateur en matière de lutte contre la corruption. Ainsi, aux Etats-Unis, ce sont des agences indépendantes telles que la *US Federal Sentencing Guidelines* qui fixent des méthodes d'appréciation de la sanction applicable en fonction d'un calcul de points et qui aboutissent à l'application de peines plus ou moins lourdes<sup>1062</sup>. Il s'agit donc d'une méthode de rationalisation de la peine, celle-ci trouvant son équilibre dans le résultat d'une somme algébrique prenant en compte plusieurs critères.

**525. Critiques.** La nature juridique de l'agence française anticorruption offre plusieurs axes critiques. Cette agence est un service placé sous la tutelle du ministère de la Justice et du ministère chargé du budget. Le directeur est nommé par décret du Président de la République<sup>1063</sup>. Le directeur est guidé et aidé dans ses tâches par un conseil stratégique, composé de huit membres désignés notamment par les ministres du Budget, de la Justice, des Affaires étrangères et de l'Intérieur. Cela démontre un manque d'indépendance de cette agence vis-à-vis du pouvoir exécutif. Une solution intermédiaire et plus porteuse de garanties, aurait été de créer une autorité administrative indépendante, comme cela avait été proposé en commission des lois au Sénat<sup>1064</sup>.

En outre, l'application de méthode d'appréciation des peines fondées sur des calculs rationnels de points s'ajoutant ou se retranchant démontre encore la prégnance du droit-anglo-saxon et de ses méthodes issues des mouvements de l'analyse économique du droit, et notamment de la rationalisation de la peine. Une telle forme de rationalisation de l'appréciation de la peine en fonction du comportement plus ou moins résilient de la société auteur du manquement semble aller à l'encontre du caractère afflictif de la peine.

---

<sup>1062</sup> W. FEUGERE, « La sanction adéquate en droit pénal des affaires », *Cah. dr. entr.*, 2017, n° 1, dossier 4.

<sup>1063</sup> Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 2.

<sup>1064</sup> Mme Marie-Christine Blandin, Compte rendu des travaux parlementaires, séance du 4 juillet 2016, disponible à cette adresse : [http://www.senat.fr/seances/s201607/s20160704/s20160704\\_mono.html#Niv1\\_SOM10](http://www.senat.fr/seances/s201607/s20160704/s20160704_mono.html#Niv1_SOM10).

## **Section 2. Régulation judiciaire des cellules de conformité**

---

Lorsque la défaillance de la cellule conformité est caractérisée, elle peut emporter des conséquences dépassant le cadre des sanctions prononcées par le régulateur. En effet, outre l'irrespect des règles fixées par le régulateur, les manquements peuvent entraîner la commission d'infractions pénales. Par exemple, le manquement dans la mise en œuvre de process assurant une vigilance effective des flux douteux transitant par la banque est susceptible d'être sanctionné par le régulateur mais peut également occasionner des poursuites pour complicité de blanchiment de capitaux s'il est établi une omission volontaire dans la mise en œuvre des process.

Outre la responsabilité pénale de l'établissement financier, sa responsabilité civile est également engagée lorsque son contrôle interne a été défaillant. Un exemple marquant de défaillance de contrôle ayant pour conséquences pratique une responsabilité civile partagée entre l'auteur des faits et la victime, est l'affaire Kerviel contre la Société Générale. Dans ce litige au retentissement fortement médiatique, la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence majeur en reconnaissant que la faute de la banque, due à des défaillances du contrôle interne, a participé à la commission du dommage. Dès lors, elle a retenu qu'un partage de responsabilité était applicable (Paragraphe 1).

Le droit anglo-saxon, outre son influence majeure dans la création et le développement d'une culture de conformité, c'est-à-dire dans le traitement préventif (*ex ante*) des infractions, exerce son influence sur le traitement palliatif des infractions (*ex post*). Pour ce faire, le législateur français a créé une nouvelle forme de transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public (Paragraphe 2).



## **Paragraphe 1. Application d'un régime de responsabilité civile partagée**

Une défaillance du contrôle interne, et *a fortiori* de la cellule conformité, créé un fort risque juridique et réputationnel au détriment de l'établissement financier. Le risque réputationnel est d'autant plus fort lorsque les médias font de la commission d'infraction leur titre principal. En ce qui concerne le risque juridique, il découle des manquements ayant engendré la commission d'une faute. Lorsqu'une faute est commise et qu'elle engendre un dommage, qu'un lien de causalité est établi, l'auteur de la faute la répare, au plan civil, en versant des dommages et intérêts à la victime. Toutefois, lorsque la victime est à l'origine de la faute en raison d'un manquement particulier, la responsabilité du dommage peut se trouver être partagée entre l'auteur et la victime (A). Cela démontre souvent une absence d'efficacité notable de certaines procédures de contrôle interne, relançant alors la question d'une compliance à deux vitesses, l'une réellement efficace et l'autre plutôt cosmétique (B).

### **A. Défaillance du contrôle interne et partage de responsabilité civile**

**526. L'affaire Kerviel : révélateur de l'inefficacité partielle des procédures de conformité.** Jérôme Kerviel, trader pour la banque Société Générale, fut au cœur de l'actualité pendant de nombreux mois à la suite de ses activités contestables de trading sur les marchés financiers en pleine période de crise, en 2008. En outrepassant les seuils fixés par les procédures de contrôle interne en matière de prise de position sur les marchés financiers, après avertissement oral de ses supérieurs, il réitéra ses dépassements et engendra des pertes s'élevant à plusieurs milliards d'euros sur les marchés. Monsieur Kerviel a commis un ensemble de fautes qui a entraîné un préjudice chiffré à 4 915 610 154 d'euros pour la Société Générale. Les griefs de sa condamnation pénale furent les infractions d'abus de confiance<sup>1065</sup>, d'introduction

---

<sup>1065</sup> C. pén., art. 314-1.

frauduleuse des données dans un système de traitement automatisé<sup>1066</sup> et de faux et usage de faux<sup>1067</sup>.

En première instance, le tribunal correctionnel de Paris<sup>1068</sup> le juge coupable et lui inflige, outre cinq ans d'emprisonnement dont deux avec sursis, le versement de dommages et intérêts au profit de la Société Générale s'élevant à 4 915 610 154 d'euros.

**527. Confirmation en appel des peines pénales.** La cour d'appel de Paris confirma l'ensemble de ces sanctions par un arrêt du 24 octobre 2012<sup>1069</sup>. Kerviel forma un pourvoi en cassation, contestant à la fois les sanctions pénales et les sanctions civiles prononcées à son encontre. Par un arrêt du 19 mars 2014, la Chambre criminelle de la Cour de cassation censura l'arrêt d'appel sur les seules dispositions relatives à l'action civile<sup>1070</sup>. L'action publique ne faisant pas partie des griefs de cassation, la juridiction de renvoi n'a eu à traiter que du régime de responsabilité civile. La Chambre criminelle cassa l'arrêt d'appel, visant l'article 1382 du code civil et l'article 2 du code de procédure pénale, énonçant que « *lorsque plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, la responsabilité de leurs auteurs se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond* »<sup>1071</sup>, le partage de responsabilité justifiant alors une réduction du montant des dommages et intérêts. Par ce revirement de jurisprudence, la Cour de cassation met fin à une jurisprudence plus technique en la matière. En effet, en matière d'infraction intentionnelle contre les biens, la négligence fautive de la victime ne permet pas de réduire son droit à indemnisation. Il s'agissait d'une jurisprudence bien installée et se fondant sur l'article 1382 du code civil<sup>1072</sup>, alors que certains la considéraient comme

---

<sup>1066</sup> C. pén., art. 323-3.

<sup>1067</sup> C. pén., art. 441-1.

<sup>1068</sup> T. corr. Paris, 5 oct. 2010, RSC 2012. 126, obs. F. STASIAK.

<sup>1069</sup> CA Paris, 24 oct. 2012, n° 11/00404, *JCP G*, 2012. 1371, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Rev. sc. crim.*, 2013, 381 obs. F. STASIAK.

<sup>1070</sup> Crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416, *Rev. sc. crim.*, 2015. 379, obs. F. STASIAK ; *D.*, 2014, 1564, obs. C. MASCALA.

<sup>1071</sup> Crim. 19 mars 2014, FP-P+B+R+I, n° 12-87.416.

<sup>1072</sup> Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.900, *D.* 2007. 973, obs. J. PRADEL ; *RTD Com.*, 2007. 250, obs. B. BOULOC ; *Rev. sc. crim.*, 2007. 114, obs. A. GIUDICELLI ; *AJ Pénal*, 2006. 447, obs. G. ROYER.

erratique<sup>1073</sup>. Ce revirement aussi médiatique qu'audacieux<sup>1074</sup>, est certainement destiné à avoir un rayonnement plus large que le cas d'espèce.

**528. Partage de responsabilité au regard de la doctrine.** Les écrits furent nombreux en ce qui concerne la redéfinition du partage de responsabilité. En effet, la doctrine était partagée sur l'appréciation à donner au pourcentage de responsabilité de chacun des protagonistes. Lorsque certains auteurs estiment que la banque n'a qu'une responsabilité relativement minime<sup>1075</sup>, d'autres considèrent qu'au plus, la banque est pleinement responsable en raison des fautes révélées par l'insuffisance du contrôle interne<sup>1076</sup> ou qu'au moins, les deux protagonistes doivent partager la responsabilité de façon égale<sup>1077</sup>. Cette solution a été confirmée par la suite, cela lui conférant alors une valeur dépassant le cadre de la simple affaire médiatique « *Kerviel* »<sup>1078</sup>. Pour établir ce revirement, la chambre criminelle fonde son raisonnement sur un arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 28 janvier 1972<sup>1079</sup>. Toutefois, cet arrêt admettait un partage de responsabilité entre l'auteur et la victime de l'infraction aux seuls cas d'infraction commise à l'encontre des personnes et non à l'encontre des biens<sup>1080</sup>.

**529. Raisonnement de la juridiction de renvoi.** La cour d'appel de Versailles<sup>1081</sup>, saisie par renvoi, rend une solution qui va dans le sens du revirement de jurisprudence de la

---

<sup>1073</sup> Crim., 19 mars 2014, *D. actu.*, 2014, obs. T. COUSTET.

<sup>1074</sup> Crim., 19 mars 2014, *D. actu.*, 27 mars 2014, obs. L. PRIOU-ALIBERT.

<sup>1075</sup> Crim. 19 mars 2014, *JCP E*, n° 18, mai 2014, 1234, note R. MORTIER.

<sup>1076</sup> V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale pour dommages boursiers : troublante affaire Kerviel, in colloque Responsabilité civile et responsabilité pénale. Regards croisés », *RCA*, 2013. Étude 32.

<sup>1077</sup> Crim. 19 mars 2014, RLDA 10/2014, n° 97, note F. STASIAK.

<sup>1078</sup> Crim. 25 juin 2014, n° 13-84.450, Bull. crim. n° 163 ; *D. actu.*, 7 juill. 2014, obs. T. COUSTET, *D.* 2014. 2332, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *AJ Pénal*, 2015. 92, obs. C. RENAUD-DUPARC.

<sup>1079</sup> Cass., ch. mixte, 28 janv. 1972, *RTD Civ.*, 1972. 406, obs. G. DURRY. La Cour énonçait notamment que « dès lors que plusieurs fautes ont concouru à la production d'un dommage résultant d'une infraction, la responsabilité de leurs auteurs se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond ».

<sup>1080</sup> Crim. 7 nov. 2001, n° 01-80.592 ; *RTD Civ.*, 2002. 314, obs. P. JOURDAIN ; Crim., 1er mars 2000, n° 99-80.094 ; Crim. 27 mars 1995, n° 94-81.650, *Dalloz jurisprudence*.

<sup>1081</sup> CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *D.* 2016. 1927, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP G*, 2016. 47, p. 2139, obs. J.-H. ROBERT ; *JCP G*, 2016. 41, p. 1087, obs. E. DEZEUZE ; *Dr. et patr.*, 2017. 113, obs. A. PRUM ; *Rev. sc. crim.*, 2017, p. 530, obs. F. STASIAK.

Cour de cassation. La négligence fautive de la Société Générale fait l'objet de l'argumentaire des magistrats du fond<sup>1082</sup>. Par l'instauration de ce nouveau raisonnement consistant à retenir une responsabilité partagée entre l'auteur de l'infraction contre les biens et la victime lorsque cette dernière joue un rôle déterminant dans la cause du dommage, la jurisprudence ouvre une nouvelle opportunité de contentieux. Cette place nouvelle de la responsabilité de la victime pour faute dans la chaîne causale du dommage tend à mettre en mouvement la responsabilisation des acteurs économiques<sup>1083</sup>.

Cependant, la caractérisation d'une faute de la victime limitant son droit à dédommagement peut amener à un autre de réflexion puisqu'au plan de la responsabilité civile, les magistrats affirment qu'un lien de causalité est caractérisé entre les fautes répétées de la Société Générale et le dommage dont elle est victime.

**530. Partage de responsabilité « rationnel ».** Outre le partage de responsabilité à déterminer, les juges du fond se doivent de déterminer dans quelles proportions les dommages et intérêts peuvent être versés à la victime partiellement fautive. Si l'adage « *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* »<sup>1084</sup> s'applique strictement, la victime ayant contribué à la commission du dommage qu'elle subit ne pourrait percevoir aucun dédommagement. Par ailleurs, ce raisonnement est tenu par les juges civils lorsqu'une faute de provocation ou d'incitation de l'auteur a été commise par la victime. Dans de telles situations, même lorsque l'auteur a commis une faute, la victime ne peut prétendre à une quelconque indemnisation du préjudice<sup>1085</sup>.

Sans appliquer cette solution, les magistrats du fond ont évalué que les dédommagements versés par l'auteur s'élevaient à 0,02034 % du préjudice subi par la

---

<sup>1082</sup> Ils énoncent que « la Société Générale a laissé se développer un système déficient qui a permis la conception et la réalisation des infractions commises par Jérôme Kerviel. Les multiples fautes commises par la banque ont eu un rôle majeur et déterminant dans le processus causal à l'origine de la constitution du très important préjudice qui en a résulté pour elle ».

<sup>1083</sup> CA Versailles, 23 septembre 2016, n° 14/01570, ; *RTD Com.*, 2016. 873, obs. L. SAENKO.

<sup>1084</sup> « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

<sup>1085</sup> Civ. 2e, 24 juin 1992, n° 90-11.079, *RTD Civ.*, 1993. 140, obs. P. JOURDAIN.

banque, sanction par ailleurs difficilement compréhensible<sup>1086</sup>. En tout état de cause, cette solution semble plus être justifiée par le pragmatisme que par le raisonnement purement juridique. Bien que la banque soit en partie responsable, il semble difficile de concevoir qu'elle le soit à hauteur de plus de 98 %, notamment au regard de la condamnation pénale dont a fait l'objet Monsieur Kerviel. Aussi, il était difficilement envisageable de faire peser l'intégralité du dédommagement du préjudice sur l'auteur. La somme réduite à plus de 4 millions d'euros semblait être elle aussi incommensurable. Finalement, les magistrats de la cour d'appel de Versailles l'ont réduite à 1 million d'euros. Le choix a donc été fait de prononcer une sanction empreinte de pragmatisme au regard du patrimoine de l'auteur au détriment d'une sanction ayant une valeur plus afflictive. En définitive, la Société Générale a payé un lourd tribut du fait de la défaillance caractérisée de son système de compliance. Celui-ci a fait l'objet de manœuvres comptables aux fins de défiscalisation.

## **B. Sanctions de l'absence d'efficacité des procédures de contrôle interne**

**531. Défaillance totale du contrôle interne.** Dès le jugement de première instance, les magistrats devaient faire face à la technicité du droit financier et de l'organisation de la gestion des risques de la Société Générale afin de pouvoir se prononcer. Le rôle tenu par le contrôle interne de la Société Générale est évoqué. Un dispositif de maîtrise des risques avait été établi, celui comprenant la gestion des risques de contrepartie et la gestion des risques de marché, l'ensemble étant sous la responsabilité de la direction des risques (*RISQ*). D'autres mécanismes de gestion des risques étaient intégrés aux process de la banque, notamment une cellule de compliance, l'ensemble respectant les exigences de l'arrêté du 3 novembre 2014.

Le tribunal correctionnel mentionne expressément que Monsieur Kerviel a «*incontestablement porté une atteinte à l'ordre public économique international dont*

---

<sup>1086</sup> CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570.

*l'impact financier a pu être finalement circonscrit par la réactivité de la banque »<sup>1087</sup>.* Cela justifie le prononcé de la peine principale précédemment évoquée ainsi que les peines complémentaires consistant dans l'interdiction définitive d'exercer les activités d'opérateur de marché et toute activité relative aux marchés financiers afin de prévenir toute réitération.

**532. Application pratique du risque de procès.** Dans la situation de l'affaire Kerviel, la faute n'est pas portée directement sur la fonction compliance de l'établissement financier mais sur l'ensemble du contrôle interne. Cette défaillance du contrôle interne justifie, selon les magistrats, le partage de responsabilité de la Société générale ainsi qu'une diminution des dommages et intérêts. L'absence de respect des règles de conformité et de contrôle interne peut causer la réalisation d'infraction et la banque se positionnerait comme victime. Seulement, si cette jurisprudence se confirme dans le temps, les banques ayant un mécanisme de contrôle interne défaillant se verraient perdre la quasi-totalité des dommages et intérêts auxquels elle pourrait prétendre.

Ainsi, les risques d'un contrôle de conformité qui serait inopérant ou, à tout le moins, inefficace, pourrait entraîner des pertes sèches pour la société qui se constitue partie civile. L'absence de cellule de contrôle de conformité efficace représente un fait générateur de responsabilité de la banque. Au plan répressif, cela se caractérise par un possible alourdissement de la sanction en raison des défaillances constatées par le juge. Au plan de l'action civile, cela se caractérise par une réduction des dommages et intérêts que la banque peut espérer percevoir. Par conséquent, restera à sa charge le solde du préjudice qu'elle aura subi et que la personne condamnée n'aura pas à lui verser. Cela consacre le risque de procès et de résultante d'un contentieux en cas de contrôle interne défaillant.

**533. Contrôle indirect de la cellule de conformité par le juge judiciaire.** L'efficacité du contrôle de conformité et plus largement du contrôle interne, en cas de contentieux, est étudié précisément par les juges du fond. Cela leur permet d'évaluer le degré de responsabilité de la banque dans le processus infractionnel. Il en est de même dans le

---

<sup>1087</sup> T. corr. Paris, 5 oct. 2010.

calcul du préjudice que la banque devra garder à charge lorsqu'elle se constitue partie civile. Pour ce faire, les magistrats se doivent d'utiliser les méthodes pragmatiques que le mouvement d'analyse économique du droit leur offre. Dès lors, il sera intéressant d'observer les méthodes de calcul permettant l'évaluation du degré de responsabilité des banques. De manière indirecte, l'autorité judiciaire contrôle et évalue les procédures de conformité de la banque et plus largement l'efficacité du contrôle de conformité. Ce rôle étant normalement dévolu aux autorités de régulation et de supervision, le juge judiciaire s'arroge le pouvoir de les contrôler lui aussi et d'en tirer les conséquences afin d'établir un ratio de proportionnalité.

## Paragraphe 2. Application de peines négociées

Le droit pénal est en proie, avec l'influence du droit anglo-saxon, à un mouvement de contractualisation majeur<sup>1088</sup>. La résolution de certains contentieux spécialisés fait l'objet de négociations entre le ministère public et la personne poursuivie, à l'instar de ce qui se pratique aux Etats-Unis avec la procédure du « *deferred prosecution agreements* ». La transaction pénale se développe favorablement en France grâce à ce phénomène de contractualisation de la réponse pénale<sup>1089</sup>, aidé en cela par des mécanismes déjà prévus par le code de procédure pénale (A). La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est une mesure de transaction judiciaire initiée par la loi Sapin II et réservée à quelques infractions particulières et n'entraîne pour conséquence ni déclaration de culpabilité ni inscription au casier judiciaire. Basé sur un mécanisme incitatif privilégiant le relais de l'amende et du risque réputationnel, outil de performance de l'entreprise, le déroulement de la CJIP est encadré par des règles strictes (B).

---

<sup>1088</sup> J.-C. MARIN, « Droit pénal et compliance », in Régulation, supervision, compliance, (dir.) M.-A. FRISON-ROCHE, *Dalloz*, 2017, p. 69.

<sup>1089</sup> F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 2012, p. 714.

**A. Avènement de la transaction pénale de droit commun et acculturation au modèle anglo-saxon.**

**534. La transaction pénale : modèle en question.** Le droit pénal est par nature un droit sanctionnateur. La logique et l'organisation judiciaire française veulent que ce soit le parquet qui opte pour la poursuite des délits et des crimes, les magistrats du siège prononçant une sanction proportionnée, en vertu de leur pouvoir souverain d'interprétation, à la fin du procès pénal. La négociation ne fait donc pas partie de l'essence même du droit pénal et c'est en ce sens que les rédacteurs de la Constitution de 1958 en ont poursuivi le cheminement philosophique. Par exception, des formes de transaction sont envisagées pour certaines infractions de droit pénal spécial.

Par la réforme du code pénal de 1994, le Gouvernement a tenté de proposer une extension du champ d'application de la transaction pénale à toutes les infractions faisant encourir moins de trois ans d'emprisonnement. Bien que discutée avec intérêt par les Parlementaires<sup>1090</sup>, la transaction pénale s'est muée en injonction pénale limitée à quelques infractions déterminées<sup>1091</sup>. Cependant les sages du Conseil constitutionnel souhaitaient conserver la philosophie sanctionnatrice du droit pénal et ont décidé que cette loi était inconstitutionnelle<sup>1092</sup>. Le Conseil se fonde sur l'impossibilité pour le ministère public de transiger avec l'auteur de l'infraction, rôle dévolu aux magistrats du siège.

En droit spécial, plusieurs matières permettent d'opter pour la transaction afin de réprimer les atteintes au patrimoine de l'Etat. Les agents des douanes bénéficient du pouvoir de transaction dans certaines limites. En matière de contentieux social, la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) a la faculté légale de transiger pour certaines contraventions et délits prévus par le Code du travail et dont la sanction ne dépasse

---

<sup>1090</sup> P. FAUCHON, Rapp. Sénat n° 30, 13 oct. 1994 ; Rapp. Sénat n° 116, 7 déc. 1994.

<sup>1091</sup> Loi n° 95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative 8 févr. 1995, p. 2175.

<sup>1092</sup> Cons. const., 2 févr. 1995, n° 95-360 DC.



pas un an d'emprisonnement<sup>1093</sup>. Dans de telles situations, l'initiative de la transaction est laissée à l'Administration lorsqu'aucune action publique n'a été déclenchée, l'avis du Procureur étant toujours requis.

**535. Opportunité des poursuites : des alternatives comme embryon de procédure transactionnelle.** La procédure pénale française encadre le principe de l'opportunité des poursuites offert au ministère public. Le procureur de la République est libre de choisir de poursuivre ou de ne pas poursuivre l'auteur de l'infraction, c'est-à-dire qu'il dispose de la faculté de mettre en mouvement l'action publique. S'il décide de ne pas poursuivre, il peut envisager un classement sans suite qui devra faire l'objet d'une motivation. Il pourra également opter pour le mécanisme des alternatives aux poursuites. Ce dernier consiste dans la réalisation d'une transaction pénale par un officier de Police judiciaire, qui est restreint dans son périmètre d'application mais peut s'avérer efficace en matière de « petite » délinquance. La composition pénale, créée en 1999 mais précisée par la loi Perben II du 9 mars 2004, implique le respect de conditions strictes<sup>1094</sup>. Entre autres, il est nécessaire que la composition pénale intervienne avant la mise en mouvement de l'action publique et suppose la reconnaissance des faits par l'auteur. La liste des infractions pouvant faire l'objet d'une composition pénale n'est pas exhaustive et la procédure nécessite une proposition du parquet, un accord de l'auteur des faits et une validation du Président du tribunal de grande instance pour valider la procédure.

En matière économique et financière, il n'est pas rare que le parquet procède à des réquisitions aux fins de composition pénale contraventionnelle ou délictuelle. Cela se retrouve notamment dans les infractions de travail dissimulé par dissimulation de salarié. L'absence de déclaration préalable à l'embauche et la reconnaissance des faits par l'employeur offrent l'opportunité d'engager ce type de procédure qui ont pour avantage un coût faible et une célérité certaine.

---

<sup>1093</sup> Ord. n° 2016-413, 7 avril 2016, art. 4, JO 8 avr. 2016, texte n° 20 ; C. trav., art. L. 8114-4.

<sup>1094</sup> C. pr. pén., art. 41-2, 41-3.

**536. CRPC : une procédure d'origine anglo-saxonne.** La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est fortement inspirée du droit américain du « plaider coupable » et a fait son apparition en droit français avec la loi Perben II, très novatrice pour l'époque. Sauf délits faisant encourir une peine d'emprisonnement supérieur à cinq ans et plusieurs délits spécifiques tels que les délits de presse, tous les délits peuvent bénéficier du régime de la CRPC<sup>1095</sup>. Le parquet est à l'initiative et propose à l'auteur du délit qui a reconnu les faits l'exécution d'une ou de plusieurs peines encourues. L'avocat de l'auteur est présent et participe à cette négociation.

Dès lors, la transaction n'est pas une réponse pénale nouvelle en droit français, plusieurs procédures déjà existantes offrent la possibilité de négocier les peines avec le parquet, avec la participation des avocats et du juge judiciaire<sup>1096</sup>.

**537. L'acculturation de la transaction pénale en matière de corruption.** Inspirée par la procédure américaine du « *deferred prosecution agreement* »<sup>1097</sup>, la CJIP figure parmi les mesures importantes de la loi Sapin II. Son objectif premier est de concurrencer les lois et procédures britanniques et américaines à forte portée extraterritoriale. En effet, comme déjà évoqué précédemment, le FCPA et UKBA ont une applicabilité tellement extensive que bon nombre d'entreprises françaises ayant des activités transnationales, *a fortiori* les groupes bancaires, se retrouvent dans leurs périmètres. De ce fait, ces entreprises font face à un risque juridique supplémentaire et dont le système français ne les protège pas ou, pour le moins, ne les isole pas. La raison du développement de ce risque à la fois juridique et financier serait un manque d'équilibre entre les législations. Les systèmes répressifs américains et français ne sont pas similaires, que ce soit au plan du périmètre d'application des textes répressifs que des poursuites entreprises et des sanctions prononcées. Jusqu'à la loi Sapin II, la transaction pénale en matière de corruption n'était pas pratiquée en France en matière d'infractions portant atteinte aux valeurs de probité, alors que les américains

---

<sup>1095</sup> C. pr. pén., art. 495-7 et s.

<sup>1096</sup> J.-M. HAYAT, « Le « plaider-coupable », une révolution culturelle ? », *D.*, 2015, 672.

<sup>1097</sup> A. MIGNONT-COLOMBET et F. BUTHIAU, « Le *deferred prosecution agreement* américain : une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP E*, 2013, n° 359.

pratiquaient le « *deferred prosecution agreement* » et le « *non-prosecution agreement* » depuis plusieurs décennies. Au total, les entreprises françaises ont été condamnées à hauteur de 10,6 milliards de dollars par le « *Department of Justice* » américain depuis quelques années<sup>1098</sup>. Sanctionnées sur le fondement du FCPA, les entreprises françaises se sont engagées à prendre des mesures de conformité nécessaires dans le but d'éviter toute réitération de l'infraction. L'abandon des poursuites constitue la contrepartie de cette mise en conformité<sup>1099</sup>.

Ce déséquilibre peut s'expliquer par la différence de philosophie pénale et de conception de la justice qui existe outre-Atlantique. La justice est moins considérée comme une simple institution que comme une forme de prolongement de la démocratie<sup>1100</sup>. En matière de délinquance d'affaires, les américains privilégient une approche fondée sur l'efficacité économique. Les procès étant longs, coûteux et à l'issue incertaine, ils considèrent la justice traditionnelle comme étant inadaptée aux infractions économiques transnationales. Les procédures de transaction américaine ont une conception purement économique de la corruption et relativement dénuée de conception morale. Leur rôle fondateur dans le processus de mondialisation économique leur permet d'exporter plus aisément leur conception de la justice économique<sup>1101</sup>.

La loi Sapin II s'est profondément inspirée des règles de transaction existant en matière de droit américain. Ce mimétisme ne s'est pas traduit par l'avènement d'un véritable modèle français de lutte contre la corruption. Le principal écueil de la loi Sapin II se situe dans sa volonté de concurrencer le système répressif américain et non pas de concentrer les moyens visant à lutter contre le fléau que représente la corruption en France. Ces raisonnements se fondent sur le postulat que le droit participe à la

---

<sup>1098</sup> BNP Paribas (2014) 9 milliards de USD, Alstom (2014), 772 millions USD ; Total SA (2013), 398 millions USD ; Technip (et associés au sein de joint-ventures) 2010), 338 millions USD ; Alcatel-Lucent (2010), 92 millions USD.

<sup>1099</sup> A. GALLOIS, « La convention judiciaire d'intérêt public », in *Le risque de corruption*, (dir.) J.-M. BRIGAND, *Dalloz*, 2018, p. 119.

<sup>1100</sup> S. ALBERTIN, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pénal*, 2015, n° 354.

<sup>1101</sup> S. ALBERTIN, *op. cit.*, p. 355.

performance de l'entreprise<sup>1102</sup> et cela se traduit par la mise en œuvre de la gestion du risque de fraude.

## **B. Mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public**

**538. La CJIP : nouveau mode de transaction pénale.** La convention judiciaire d'intérêt public est le nom donné au mode de transaction pénale en matière de lutte contre les délits atteignant la probité ainsi que le blanchiment de fraude fiscale. Avant d'aborder les conditions régissant la conclusion des CJIP, il est intéressant d'observer les principales conséquences de la conclusion d'une CJIP. En vertu de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, la CJIP représente une forme de condamnation sans déclaration de culpabilité. Également, la conclusion de cette transaction ne laisse aucune trace écrite dans le premier bulletin du casier judiciaire. Seul un communiqué de presse du procureur de la République sera requis. En d'autres termes, la peine sera dénuée de caractère afflictif que par le montant de la sanction pécuniaire et la diffusion médiatique dont elle fera l'objet. Le caractère infamant de l'inscription d'une peine au bulletin numéro 1 du casier judiciaire est évincé, ainsi que les conséquences qui suivent une inscription au casier judiciaire. Dès lors, et cela est un des objectifs de cette transaction pénale, l'entreprise qui a transigé avec le procureur de la République disposera toujours de la faculté de concourir sur les marchés publics en raison de l'absence d'inscription au casier judiciaire de la peine négociée<sup>1103</sup>. Cela constitue un des principaux intérêts de ce mode de transaction. La procédure pénale a alors pour fonction de garantir de la compétitivité des entreprises<sup>1104</sup>.

Se pose alors la question de la transparence de l'information au marché, un simple communiqué de presse ne pouvant compenser l'inscription au premier bulletin du casier judiciaire. Aussi bien au plan moral qu'au plan économique, cette réforme ne

---

<sup>1102</sup> C. COLLARD et C. ROCQUILLY, *La performance juridique : pour une vision moderne du droit de l'entreprise*, L.G.D.J., 2010.

<sup>1103</sup> C. GHRENASSIA et K. EL GOHARI, « La convention judiciaire d'intérêt public : en attendant la transaction pénale », *RLDA*, 2017/125, n° 6191.

<sup>1104</sup> A. GALLOIS, *op. cit.*, p. 121.

peut donner pleinement satisfaction. Le droit pénal n'a pas pour nature de préserver les intérêts des délinquants mais bien de protéger les intérêts de la société, l'effet dissuasif du mécanisme semble limité, notamment en raison de sa confidentialité<sup>1105</sup>. Or, la faculté de concourir à des marchés publics est préservée alors qu'un acte délictueux a été commis et que le prononcé d'une peine aurait entraîné pour l'entreprise une impossibilité de concourir à ce marché en amont de la réforme. Outre une forme de laxisme du législateur, une atteinte relativement importante est portée au déroulement des marchés publics.

**539. Périmètre d'application de la CJIP.** La première mouture de la CJIP, dénommée alors la convention de compensation d'intérêt public, avait fait l'objet d'un avis défavorable du Conseil d'Etat en raison d'une perte de valeur d'exemplarité de la justice en raison de l'absence de débat public et de contradiction<sup>1106</sup>. La convention judiciaire d'intérêt public est une forme de transaction spécifique en ce qu'elle ne limite son champ d'application qu'à trois infractions particulières : la corruption, le trafic d'influence et le blanchiment de fraude fiscale. Cette dernière infraction ne faisant pas partie de la catégorie des infractions portant atteinte à la probité, son ajout a été réalisé par un amendement adopté en seconde lecture devant l'Assemblée. De plus, l'article 41-1-2 du code de procédure pénale vise les « infractions connexes » tout en excluant l'infraction de fraude fiscale. La notion de connexité est ici assez peu intelligible. Quelles sont les infractions visées par le texte ? A quoi se rapporte précisément la notion de connexité et comment la caractériser ? La rédaction de ce texte fera certainement l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité en raison de son manque d'intelligibilité et de précision, qualités pourtant requises pour la rédaction de textes en matière pénale.

**540. Limitation du champ d'application de la transaction pénale.** Cette limitation du champ de la transaction aux faits de blanchiment de fraude fiscale sans l'étendre au délit de fraude fiscale trouve certainement sa cause dans le régime spécial dont bénéficie ce délit. En effet, le ministère public n'a qu'un faible pouvoir en matière de

---

<sup>1105</sup> C. MASCALA, « Droit pénal des affaires, juillet 2017-juillet 2018 », *D.*, 2018, 1723.

<sup>1106</sup> CE, avis, 24 mars 2016, n° 391262, § 13.

poursuite pour fraude fiscale en raison du « *verrou de Bercy* », bien que les réformes intervenues en septembre 2018 aient modifié quelque peu sa portée. Néanmoins, la loi du 23 octobre 2018<sup>1107</sup> a étendu l'application des mécanismes de transaction que sont la CJIP et le CRPC aux faits de fraude fiscale.

Toutefois, il est difficilement compréhensible de limiter le champ d'application de la CJIP aux seules infractions de blanchiment de fraude fiscale et non aux infractions de blanchiment consécutives à une quelconque primaire. La réponse se situe certainement dans le nombre de poursuites pour blanchiment de fraude fiscale. Les auteurs de cette infraction étant fréquemment poursuivis pour des montants élevés, l'opportunité de récupérer avec assurance une partie du produit de l'infraction prend le pas sur l'hypothétique condamnation d'un magistrat du siège, intervenue à l'issue d'enquêtes longues, coûteuses et ne pouvant révéler et chiffrer avec certitude les montants détournés et le produit de l'infraction. La rentabilité semble prendre le pas sur les valeurs du droit pénal, notamment en ce qui concerne son rôle de protection des intérêts de l'Etat et son rôle dissuasif.

**541. Les acteurs de la CJIP.** L'article 41-1-2 du code de procédure pénale limite la conclusion de CJIP au profit des personnes morales, les personnes physiques ne peuvent en bénéficier. Le changement de paradigme dans la façon de concevoir la justice pénale<sup>1108</sup> ne concerne donc que les personnes morales. Le juge n'est pas tenu par la convention et peut la refuser en vertu de son pouvoir d'appréciation souverain. Il ressort des débats sur la question du rôle du juge à l'Assemblée Nationale que ce dernier devait « *être présent aux moments les plus importants, en particulier au moment de la conclusion des discussions, afin de dire en toute indépendance s'il considère que le dispositif est équilibré* »<sup>1109</sup>. En pratique, un simple contrôle formel a

---

<sup>1107</sup> Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, J.O. 24 oct. 2018, Art. 24 et 25.

<sup>1108</sup> O. CLAUDE, « Réflexions sur la première CJIP », *AJ Pénal*, 2018, p. 30.

<sup>1109</sup> AN, XVe Législature, session ordinaire de 2015-2016. Compte-rendu intégral, deuxième séance, mardi 7 juin 2016, p. 25 à 48.

été réalisé par le juge sur plusieurs CJIP qui lui ont été soumises, se contentant de vérifier la réalité du consentement de la personne morale<sup>1110</sup>.

**542. Déroulement de la CJIP.** La première exigence fixée par l'article 41-1-2 du code de procédure pénale consiste dans l'absence de mise en mouvement de l'action publique. Cela correspond donc à la situation dans laquelle l'entreprise est seulement visée dans le cadre d'une enquête préliminaire. Lorsqu'une information judiciaire a été ouverte à l'encontre de la personne morale qui reconnaît les faits pour lesquels elle est mise en examen, le juge d'instruction peut, avec l'accord ou à la demande du procureur de la République, transmettre une ordonnance de soit-communiqué au ministère public aux fins de mise en œuvre de la transaction. Un projet de convention sera ensuite proposé à la personne morale. Si elle accepte le projet, le procureur de la République saisit alors le Président du TGI aux fins de validation. Le président prend alors la décision de valider ou non la convention avant de décider de sa mise à exécution.

**543. Sanctions prononcées à l'issue de la CJIP.** La peine est innovante en ce qu'elle aura fait l'objet de négociations et qu'elle se concrétisera dans la convention. L'objet de ces négociations porte sur la fixation d'une amende d'intérêt public et de la soumission à la mise en œuvre d'un programme de conformité. Cette dénomination « *d'amende d'intérêt public* » semble peu adaptée car, par nature, une peine d'amende prononcée par l'autorité judiciaire est d'intérêt public puisqu'elle vise à réprimer un comportement qui a porté préjudice à l'ordre public.

En outre, le montant de l'amende négociée est plafonné à hauteur de 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires connus à la date du constat des manquements.

**544. La sanction de mise en œuvre d'un programme de conformité.** Outre une peine d'amende, l'auteur des faits, malgré l'absence de déclaration de culpabilité, peut être

---

<sup>1110</sup> R. SCOTT et R. BEST, « Le contrôle du juge sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Juin 2019, n°3, p. 19.

contraint par la voie de la négociation à mettre en œuvre un programme de conformité. La durée de ce programme ne peut excéder trois ans et fait l'objet d'un contrôle de l'agence française anti-corruption. L'objectif de cette sanction consiste à installer de façon durable une culture de conformité au sein des entreprises fautives en les obligeant à respecter les standards internationaux de compliance réunis à l'article 131-39-2 du code pénal. Au plan économique, les frais inhérents à l'implémentation du programme de conformité sont à la charge de l'entreprise partie à la convention.

Après analyse, la peine d'application d'un programme de conformité relève davantage de la nature de mesure de sûreté que d'une peine en raison de la coloration morale qui y est apportée. De plus, il est incontestable que le législateur a choisi d'imposer une culture de conformité aux entreprises en usant de moyens coercitifs, à savoir une peine pénale. Bien qu'applicable de façon distributive, la mise en œuvre d'un programme de compliance est ici le fruit d'une contrainte judiciaire, corrélative à la volonté du législateur.

**545. CJIP et remise en cause de la fonction dissuasive de la peine pénale.** Des procédures transactionnelles et des mesures alternatives aux poursuites sont inhérentes au système pénal français. Dès lors, la CJIP, bien qu'inspirée d'une procédure transactionnelle américaine, s'intègre parfaitement en droit pénal interne. Dans sa mise en œuvre telle que prévue par le législateur, elle respecte les principes fondamentaux de procédure pénale et notamment le principe d'indisponibilité de l'action publique<sup>1111</sup> et serait un cas empirique d'opportunité des poursuites.

Cependant, l'application de la CJIP en droit français tend à remettre en question la portée du caractère afflictif de la peine pénale. En effet, l'effectivité de la peine prononcée à l'issue de négociations consiste dans le prononcé d'une peine d'amende à l'égard de la personne morale, excluant toute peine d'emprisonnement. Aucune poursuite pénale n'est engagée à l'encontre des personnes physiques dirigeant la personne morale condamnée, aucune inscription au bulletin numéro 1 du casier

---

<sup>1111</sup> J.-C. MARIN, « Droit pénal et compliance », in *Régulation, supervision, compliance*, (dir.) M.-A. FRISON-opc. cit., p. 71.



judiciaire n'est prévue par les textes répressifs. L'effet dissuasif recherché réside dans l'atteinte réputationnelle donnée par la publication de la décision sur le site de l'agence française anti-corruption mais aussi dans le communiqué de presse du Procureur. La CJIP tend donc à être utilisée en tant que mécanisme incitatif en ce que son impact est fondé sur le risque réputationnel plus que sur l'impact afflictif de la peine prononcée. La circulation rapide sur les réseaux sociaux favorise ce mode de fonctionnement incitatif de limitation du risque de corruption au sein des entreprises.

## Conclusion du chapitre 1

---

Le rôle du régulateur est fondamental afin d'encadrer strictement ce à quoi doit correspondre la compliance. La prévention de la commission d'infractions pénales nécessite, pour les établissements financiers, de disposer d'une cellule de conformité performante. En d'autres termes, les banques doivent être en mesure de prévenir toute infraction qui pourrait être commise par un salarié ou un actionnaire. Manipulant au quotidien les titres financiers, les traders sont particulièrement regardés pour leur activité. Un système financier sain nécessite une prise en charge du risque systémique à tous les niveaux. Le législateur et les régulateurs créent des règles contraignantes destinées à imposer aux établissements financiers une culture de compliance efficace. Les régulateurs s'assurent ensuite de la bonne application des règles fixées et sanctionnent les établissements financiers restant en marge du système. L'autre rôle qui leur est désormais dévolu, et notamment en matière de corruption, est de contrôler le processus de mise en conformité de l'entreprise défaillante. Dès lors, la culture de conformité s'établit par la contrainte, la finalité étant à terme d'assurer une gestion optimale du risque systémique.

La culture anglo-saxonne s'impose au-delà du simple concept de compliance et du traitement préventif à toute commission d'infraction, puisqu'elle trouve désormais une application dans le traitement *a posteriori*, c'est-à-dire une fois l'infraction commise. Le législateur français a repris l'idée de négociation des peines en matière économique et financière et a suivi le chemin de la contractualisation de la résolution des litiges. Bien que les acteurs du procès pénal conservent un rôle dans la négociation contractuelle de la peine prononcée, aucune déclaration de culpabilité ni inscription au casier judiciaire ne sont effectuées. De nouveaux acteurs émergent afin de donner à la compliance une portée plus large que celle retenue par les textes.

## Chapitre 2. Evolution *ratione personae* et *ratione materiae* de la conformité

---

**546. Le lanceur d'alerte comme complément du compliance officer.** Les procédures de contrôle interne ne pouvant matériellement être exhaustives, des erreurs humaines émanant des *compliance officers* ou des erreurs technologiques peuvent survenir. C'est pourquoi de nouveaux acteurs se sont développés : les lanceurs d'alerte. Mal perçus par le public, ces acteurs de l'ombre, salariés de l'entreprise, dénoncent les faits répréhensibles que commettent l'entreprise ou certains de ses membres. Ce mode de fonctionnement quelque peu archaïque a été encadré au gré de multiples législations en droit du travail et en droit pénal. Un véritable statut est désormais reconnu au lanceur d'alerte et des mécanismes de protection doivent désormais être mis en œuvre dans les grandes entreprises, dont font partie les établissements financiers. Des pratiques pénalement répréhensibles commises par des banques à envergure internationale telle que UBS ou HSBC ont été découvertes grâce à des lanceurs d'alerte. Plus largement, le mécanisme d'alerte éthique prend de l'ampleur et tend à s'imposer comme un moyen de contrôle de conformité supplémentaire (Section 1).

**547. Transfert du droit pénal des affaires au domaine sportif.** Le passage à un droit pénal des affaires spécifique au sport s'est réalisé suite à l'intrusion du milieu des affaires dans le monde sportif. Cette intrusion s'est effectuée grâce au transfert des acteurs d'un *business model* estampillés de l'habitus d'élite criminogène particulier. Avec le sport, la ploutocratie trouve un terrain d'expression supplémentaire. Cette prédominance est évidemment préjudiciable en ce sens que des connivences vont apparaître entre les milieux politiques et financiers, afin de rendre plus fluides et moins traçables les flux d'argent sale. La ploutocratie est une forme de consécration pratique des dérives liées à l'habitus criminogène de classe et du rapprochement des élites intellectuelles et criminelles. L'habitus est « un ensemble de dispositions durables, acquises, qui consiste en catégories d'appréciation et de jugement et engendre des

pratiques sociales ajustées aux positions sociales. L'habitus de classe<sup>1112</sup> permet l'étude de comportements criminogènes particuliers liés aux classes sociales dites « *d'élite* » ou « *dominantes* », la ploutocratie leur faisant intégrer un système de valeur déviant. Ce dernier consiste à privilégier la forme au fond, l'économie de réseau à la méritocratie. Aussi, ces élites ont souvent tendance à renoncer à leur responsabilité individuelle qui résulte d'une forme de socialisation de l'immoralité<sup>1113</sup>. Un traitement de faveur peut leur être réservé de la part des institutions, la déviance serait alors systémique<sup>1114</sup>. Cependant, ce ne sont que des traits communs issus d'études sociologiques, aucun profilage ne peut être réalisé avec certitude.

**548. La multiplication et l'extension des domaines de la conformité.** Ainsi, avec des postes à responsabilité et des apparences de respectabilité, les agents composant cette classe sociale seraient plus enclins à commettre des infractions dites « *en col blanc* »<sup>1115</sup>. Il s'agit d'infractions « *d'affaires* », astucieuses et dissimulées<sup>1116</sup>. Cette typologie de criminalité se retrouve en droit pénal des affaires, matière spécifique aux infractions commises dans un contexte de marché économique ou par des acteurs du marché économique. Il s'agit, entre autres, d'infractions qui mettent en œuvre des compétences et des savoir-faire particuliers en matière comptable, fiscale, financière et juridique notamment. Les infractions de corruption, de blanchiment de capitaux, d'abus de marché et de fraude fiscale sont facilitées par ces compétences spécifiques et se développent dans le domaine sportif. Un rôle-clef est joué par les établissements financiers qui font transiter les sommes importantes liées au marché du sport, pris dans son ensemble, voire participent aux placements financiers des structures sportives et des sportifs dans des pays *off-shore*. Les grands investisseurs s'intéressent, depuis quelques décennies, au sport. Marché au potentiel élevé, le transfert des acteurs de la

---

<sup>1112</sup> P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, éd. Les éditions de Minuit, 1984, p. 75.

<sup>1113</sup> F. COMPIN, Approche sociologique de la criminalité financière, Thèse, 2013 Evry Val d'Essonne, p. 137 ; P. LASCOUMES et C. NAGELS, Sociologie des élites délinquantes, De la criminalité en col blanc à la corruption politique, Armand Colin, coll. U : sociologie, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 157.

<sup>1114</sup> Explication des causes criminologiques des infractions d'affaires par la théorie systémique développée notamment par R. GASSIN, *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, P.U.A.M., coll. Institut de sciences pénales et de criminologie, 2009, p. 86.

<sup>1115</sup> E. H. SUTHERLAND, "The Problem of White Collar Crime", *White Collar Crime. The Uncut Version*, préface de Gilbert Geis et Colin Goff, New Haven & London, Yale University Press, 1985 [1983], p. 3-10.

<sup>1116</sup> F. COMPIN, Approche sociologique de la criminalité financière, *op. cit.*

gouvernance du monde des affaires à la gouvernance des entreprises sportives, a pour corollaire un transfert des pratiques criminogènes. L'organisation de grands évènements sportifs tels une coupe du monde de football ou les jeux olympiques d'été et d'hiver portent des enjeux financiers importants, il en est de même des négociations des droits télévisuels y afférant<sup>1117</sup>. Une certaine forme d'opacité est à l'origine de divers scandales liant à la fois des faits de corruption, de favoritisme et de lourds conflits d'intérêts<sup>1118</sup>. Au-delà de ces nouveaux acteurs et de son intérêt pour le domaine sportif, la conformité s'ouvre nettement à des domaines à enjeux sociétaux. Le droit du travail et la qualité des conditions de travail ainsi que l'environnement constituent des « *buts monumentaux* » nouveaux que la conformité tend à prendre de plus en plus en considération. Les avocats trouvent aussi dans la conformité la possibilité d'exprimer un savoir-faire novateur et particulier. Malgré ces extensions souvent bienvenues, la conformité fait face à un défi majeur : la persistance des risques liés à la finance de l'ombre. Des flux financiers souvent illicites transitant par des organismes financiers, non régulés ou régulés mais échappant pour partie à des contrôles du régulateur, sont vecteurs de blanchiment et de noircissement de capitaux. L'appropriation de cette problématique par le mécanisme de conformité sera la clef de la lutte contre la délinquance financière dans les décennies à venir (Section 2).

---

<sup>1117</sup> G. SAMPER, J.-C. BREILLAT, « Gouvernance sportive : démocratie et éthique du dirigeant », *Jurisport*, 2018, n° 184, p. 24.

<sup>1118</sup> Les milieux criminels ont notamment « rapidement identifié et exploité ce nouveau gisement de gains potentiels considérables que pouvaient représenter les manipulations de compétitions sportives », rapport 2015 du Service central de prévention de la corruption (SCP), « La prévention de la corruption en France », La Documentation française, p. 191.

## ***Section 1. Emergence d'un nouvel acteur de la conformité : le lanceur d'alerte***

---

L'alerte éthique est un concept en vogue dans le monde des affaires. Cela correspond à l'idée du devoir citoyen de signaler les infractions aux lois et règlements qui peuvent se produire dans une entreprise. Le lanceur d'alerte possède un rôle ambigu en ce sens qu'il a la mission de signaler une menace grave pour l'intérêt général et qu'il vient donc porter concurrence au ministère public qui a pour mission d'assurer la protection effective de l'ordre public, de sorte que cela pourrait être assimilé à une forme de reconnaissance d'impuissance des magistrats du parquet<sup>1119</sup>. En tout état de cause, la vigilance des salariés est un moyen de traitement préventif efficace de la délinquance astucieuse (Paragraphe 1).

Le lanceur d'alerte, tout comme le mécanisme de compliance, seraient d'excellents moyens de traitement *ex ante* de la commission d'infractions en col blanc dans le domaine du sport. Bien que le droit d'alerte soit mieux encadré, que le statut du lanceur d'alerte ait obtenu une reconnaissance légale, les règles concernant la protection des lanceurs d'alerte demeurent encore insuffisantes (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Un rôle de contrôle issu de la pratique : la vigilance des salariés**

Le lanceur d'alerte est empreint d'histoire et s'est rendu populaire par la forte médiatisation de certains lanceurs d'alerte du domaine financier ou technologique. Le concept de lanceur d'alerte a des origines multiples et anciennes mais connaît une

---

<sup>1119</sup> M.-C. SORDINO, « Le signalement des infractions de corruption par les lanceurs d'alerte », in *Le risque de corruption*, (dir.) J.-M. BRIGAND, Dalloz, 2018, p. 67.

définition précise (A). La reconnaissance progressive du statut de lanceur d'alerte par le législateur a également permis la délimitation de son rôle et de ses pouvoirs et plus largement de ses caractéristiques (B).

### **A. Origine et définition du lanceur d'alerte**

**549. Origines du mouvement de whistleblowing.** Le *whistleblowing*, qui signifie « donner un coup de sifflet », est un procédé qui date de plusieurs siècles. Dans son acception française, le terme d'alerte a été préféré alors qu'au Québec, l'expression de sonneur de cloches a été préférée.

Historiquement, les premiers émoluments d'un système de dénonciation remontent au temps d'Athènes, où coexistaient deux types d'action : l'action privée et l'action publique. Lorsqu'un citoyen engageait une action publique, il pouvait percevoir un pourcentage de l'amende prononcée. Parfois, pour s'anonymiser et par crainte des représailles, le salarié passait par l'intermédiaire de délateurs professionnels pour faire parvenir leurs dénonciations aux autorités<sup>1120</sup>. Dans l'Empire Romain, un système similaire existait et les « *delatores* » œuvraient en tant que délateurs en contrepartie d'une rémunération. Ces personnes, animées par le lucre et non par une véritable protection de l'intérêt général, étaient qualifiées de « chiens du peuple » par Démosthène<sup>1121</sup>.

Initialement, les premières bribes des lanceurs d'alerte émanent du XIII<sup>e</sup> siècle en Angleterre. Une procédure spécifique avait été créée afin de permettre aux citoyens d'ester devant les cours royales alors que les intérêts de la couronne étaient seuls pris en considération. Aux Etats-Unis, l'institution de lanceur d'alerte date de 1778<sup>1122</sup>.

---

<sup>1120</sup> E. SEASSAUD, « Le lanceur d'alerte en droit anglais : un acteur responsable, par-delà les archétypes du traître et du héros », *Cah. dr. entr.*, n° 1, janv. 2018, dossier 7.

<sup>1121</sup> Cité par S. REINACH, *Revue des Etudes Grecques*, t. 19, fasc. 86, 1906, p. 336, note 3.

<sup>1122</sup> N. LENOIR, « Les lanceurs d'alerte, une idée neuve en Europe » in *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p.105.

En France, la culture de l'alerte émanant de salariés rencontre des difficultés à s'imposer. Cela trouve probablement son origine dans les réminiscences de la seconde guerre mondiale et notamment du régime de Vichy. Néanmoins, les entreprises transnationales françaises subissant les forts effets de l'extranéité des lois américaines, elles se sont acculturées au phénomène de *whistleblowing*. Etant confrontées à la croissance de ce phénomène dans leurs filiales américaines ou britanniques notamment, elles ont du faire preuve d'adaptabilité en mettant à jour leurs procédures internes afin de prendre en considération les alertes éthiques. La loi Sapin II n'est en réalité pas venue consacrer le principe du lanceur d'alerte puisqu'il existait déjà, mais il en a donné une définition générale. Cette loi a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>1123</sup>. La dénonciation par les salariés fait l'objet de nombreuses études<sup>1124</sup> et plusieurs thématiques ont été consacrées par le législateur.

**550. Encadrement de l'alerte.** La Cour Européenne des Droits de l'Homme a dégagé les critères principaux de l'alerte en se fondant sur l'article 10 de la Convention. En outre, ces critères permettent d'articuler les dénonciations au regard de la liberté d'expression et du devoir de loyauté, de discrétion et de réserve dues à l'employeur<sup>1125</sup>.

**551. Le lanceur d'alerte : outil de contrôle interne ou constat de défaillance de la fonction de conformité.** L'émanation du statut de lanceur d'alerte et la multiplication des textes internationaux qui y sont liés favorisent la réflexion sur l'efficacité du modèle de contrôle interne. Ce dernier ne semble pas en capacité, malgré une cartographie des risques étendue, de déceler les fraudes réalisées au sein de l'entreprise, voire parfois même en son nom et pour son compte. De ce fait, des acteurs

---

<sup>1123</sup> Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC.

<sup>1124</sup> P. ADAM, « Sur la liberté pour le salarié de dénoncer des faits répréhensibles », *RJS*, 3/10, p. 187 et « Le retour des sycophantes. À propos du whistleblowing », *Dr. ouvrier*, 2006. 281 ; O. LECLERC, « La protection du salarié lanceur d'alerte », in E. Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, sous-coll. Actes, 2007, p. 298 ; J.-D. ERRARD, « Les nouveaux lanceurs d'alerte : le civisme de la dénonciation », *Dr. et pat.*, mai 2014, n° 236, p. 16 ; I. DESBARATS, « Le salarié lanceur d'alerte : aiguillon d'une prévention des risques sanitaires et environnementaux dans l'entreprise », *suppl. JCP E Rev. intern. de la compliance et de l'éthique des affaires*, E, n° 51-52, 19 déc. 2013, p. 28-31.

<sup>1125</sup> V., not., CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, *Guja c/ Moldavie*, spéc. § 73 à 78 ; JCP G 2008, I, 167, spéc. n° 18, note F. Sudre. – CEDH, 19 févr. 2009, n° 4063/04, *Marchenko c/ Ukraine*, spéc. § 44 à 53. – CEDH, 26 févr. 2009, n° 29492/05, *Koudechkina c/ Russie*, spéc. § 79 à 101. – CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, *Bucur et Toma c/Roumanie*, spéc. § 95 à 120.



de l'entreprise, qu'ils soient collaborateurs ou salariés, endossent le rôle de dénonciateurs de pratiques frauduleuses que le contrôle de conformité n'aurait pas détectées et révèlent ainsi l'insuffisance de ce mécanisme anglo-saxon<sup>1126</sup>.

**552. Le lanceur d'alerte en droit comparé.** A l'étranger, le lanceur d'alerte est un concept connu mais diversement encadré. En Allemagne, le droit commun n'impose aucune obligation aux entreprises de mettre en place un système de recueil d'alertes ou d'obligation juridique tenant aux lanceurs d'alerte. Dans le secteur bancaire et financier, l'article 4d de la loi sur les surveillances des services financiers ne prévoit pas de mécanisme de lanceur d'alerte en interne mais un système d'alerte externe<sup>1127</sup>. Le lanceur d'alerte peut donc dénoncer les faits de l'entreprise pour laquelle il travaille et qui violent la législation, directement auprès de l'autorité de contrôle bancaire allemande<sup>1128</sup>.

**553. Une culture de l'alerte en pleine mutation.** Si aux Etats-Unis, l'alerte correspond à l'expression du devoir de citoyen, elle est demeurée pendant longtemps un acte de délation en France. Néanmoins, les incitations financières fortes installées aux Etats-Unis tendent à transformer un devoir citoyen en recherche du lucre par le citoyen.

En France, une telle rémunération n'a pas été envisagée par le législateur. Bien que prévue dans le règlement européen MAR de 2014<sup>1129</sup> pour les lanceurs d'alerte fournissant des informations pertinentes sur les violations du règlement, la rémunération des lanceurs ne constitue qu'une simple possibilité pour les Etats. La France s'est donc positionnée sur une absence de rémunération des lanceurs d'alerte. L'article 6 de la loi Sapin II consacre par ailleurs le désintéressement financier des

---

<sup>1126</sup> F. BARRIERE, « Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée ? », *JCP E*, 2011, 1527.

<sup>1127</sup> C. JUX et C. SABY, « Whistleblowing : l'approche allemande », *Cah. dr. entr.*, n° 1, janv. 2018, dossier 4.

<sup>1128</sup> Bundesanstalt für Finanzdienstleistung.

<sup>1129</sup> Art. 12-1, Regl. MAR n° 596/2014/UE.

lanceurs d'alerte. Une exception subsiste cependant concernant les dénonciations émises auprès de l'administration fiscale<sup>1130</sup>.

**554. Le lanceur d'alerte en droit français.** Les lanceurs d'alerte sont des personnes de bonne foi qui, ayant connaissance dans le cadre de leur profession ou fonction de faits constitutifs de crime ou de délit, les révèlent à leur employeur, aux autorités administratives ou judiciaires<sup>1131</sup>. En France, dans le secteur privé, une loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007<sup>1132</sup> prévoyait une protection en faveur du salarié qui relatait les faits délictueux.

Historiquement, en France, le mécanisme de dénonciation existait en amont de cette procédure d'alerte. En effet, plusieurs textes figurant dans le code pénal évoquent en substance l'idée de dénonciation. De plus, par principe, l'alerte est facultative. Aucun salarié n'a d'obligation, sinon morale, d'effectuer un signalement lorsqu'il constate une violation de l'entreprise ou d'un de ses membres.

Par exception, plusieurs incriminations pénales imposent un certain nombre de dénonciations. Plus précisément, les signalements ne devraient pas se faire en interne mais en externe. De prime abord, l'article 40-2 du code de procédure pénale fixe l'obligation qui pèse sur les agents et les autorités constituées afin de dénoncer un crime ou un délit au Parquet.

L'article 434-1 prévoit que « *le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ». Ensuite, l'article 434-3 du code pénal évoque lui la connaissance de faits d'agressions ou de mauvais traitements commis par une personne sur une autre qui doivent être dénoncés. Également, l'article

---

<sup>1130</sup> E. ALT, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte », à propos de la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, *JCP G*, n° 4, 24 janv. 2017, doc. 90, p. 151.

<sup>1131</sup> C. MASCALA, « Droit pénal des affaires, mai 2013-mai 2014 », *D.*, 2014, 1564.

<sup>1132</sup> Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF* n°264 du 14 novembre 2007, p. 18648 et s.

223-6 de ce même code évoque la situation où « *quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Dans toutes ces situations, le membre de l'entreprise qui en a connaissance a pour obligation de le dénoncer au Parquet territorialement compétent. Dès lors, l'alerte interne est annihilée par ce devoir de dénonciation externe.

Toujours au plan pénal, l'article L. 561-1 du code monétaire et financier évoque l'obligation pour les personnes non assujetties aux normes anti-blanchiment mais qui, dans le cadre de leur profession, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux de déclarer au procureur de la République les informations dont elles considèrent que les opérations susvisées font transiter des capitaux produits d'une infraction. Compléments de l'article 40 du code de procédure pénale, les dénonciations en matière financière sont réalisées directement auprès du parquet du tribunal judiciaire du lieu de résidence de l'auteur de la dénonciation, ou transitent par le filtre de TRACFIN. Également, lorsque les personnes assujetties aux normes anti-blanchiment<sup>1133</sup> suspectent des mouvements de capitaux de la part de leur client, ils doivent déclarer ce soupçon à TRACFIN. Dans ce dernier cas, la dénonciation auprès de TRACFIN s'effectuera directement par le responsable de la cellule conformité. Si l'information émane d'un salarié qui n'est pas un *compliance officer*, ce salarié devra émettre une alerte qui sera traitée par le service conformité et qui pourra ensuite faire l'objet d'une déclaration de soupçon. Ainsi, le mécanisme de l'alerte, sur des thématiques comme la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, n'a de sens que lorsque l'entreprise elle-même réalise des mouvements de capitaux douteux. Dans tous les cas les assujettis ne peuvent faire l'objet de poursuites pour dénonciation calomnieuses<sup>1134</sup> et, lorsqu'ils s'abstiennent de dénoncer

---

<sup>1133</sup> C. mon. et fin. art. L. 561-2.

<sup>1134</sup> C. mon. et fin., art. L. 561-22.

à TRACFIN les comportements qu'ils jugent suspects, encourent des sanctions spécifiques<sup>1135</sup>.

Le lanceur d'alerte est reconnu comme étant un auxiliaire des pouvoirs publics dans la défense de l'Etat de droit et le législateur lui reconnaît une mission de protection de l'intérêt général<sup>1136</sup>. L'Etat français lui a donc consacré un statut empreint des valeurs de protection de l'ordre public et des intérêts de l'Etat.

**555. Définition légale du lanceur d'alerte.** L'article 6 de la loi Sapin II donne une définition précise du lanceur d'alerte en énonçant que le « *lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, 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* »<sup>1137</sup>.

Les salariés bénéficiaient, avant même l'adoption de la loi Sapin II, d'un droit de signalement de faits enfreignant la loi, cela se justifiait par le principe de liberté d'expression des salariés. Dès lors, ils pouvaient dénoncer des faits de corruption<sup>1138</sup>, de harcèlement moral<sup>1139</sup> et sexuel<sup>1140</sup> et de discrimination<sup>1141</sup>. Le journal « *Le Monde* » a lancé en octobre 2019 une plateforme numérique destinée à faciliter les remontées d'informations provenant des lanceurs d'alerte<sup>1142</sup>.

---

<sup>1135</sup> Dans les conditions prévues par l'article L. 561-36 du code monétaire et financier.

<sup>1136</sup> F. VERDUN, « Loi Sapin II : statut du lanceur d'alerte et programme anti-corruption au regard du droit social », *JCP S*, n° 2, 17 janv. 2017, Etude pratique sociale, 1011.

<sup>1137</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6.

<sup>1138</sup> C. trav., art. L. 1161-1.

<sup>1139</sup> C. trav., art. L. 1152-2 et C. trav., art. L. 1152-3.

<sup>1140</sup> C. trav., art. L. 1153-3, C. trav., art. L. 1153-4,

<sup>1141</sup> C. trav., art. L. 1132-3, C. trav., art. L. 1132-4,

<sup>1142</sup> Le nom de cette plateforme est « SURE ».

## **B. Reconnaissance de l'alerte et caractéristiques du lanceur d'alerte**

**556. Une absence de rémunération du lanceur d'alerte.** Le caractère désintéressé du lanceur d'alerte est affirmé par la loi Sapin II bien qu'à l'origine une rémunération était envisagée par le projet de loi. En effet, le Conseil constitutionnel a censuré la partie du texte évoquant un secours ou une aide financière au profit du lanceur d'alerte dans une décision du 8 décembre 2016<sup>1143</sup>.

**557. La procédure de recueil des alertes imposée par la loi Sapin II.** La loi Sapin II a été conçue sur un antagonisme particulier. En effet, l'objectif est de marier une forme de souplesse afin de favoriser la divulgation d'informations, en toute transparence mais en évitant le filtre hiérarchique, tout en voulant éluder les dénonciations abusives<sup>1144</sup>. Dès lors, les utilisateurs du droit d'alerte doivent connaître précisément l'identité du responsable du dispositif et du ou des destinataires de l'alerte, les règles relatives à la transmission et au traitement des alertes. De plus, « *l'entreprise est tenue d'indiquer clairement que l'utilisation abusive du dispositif expose son auteur à des sanctions disciplinaires ainsi qu'à des poursuites judiciaires* »<sup>1145</sup>. Ces règles disciplinaires devront figurer dans le règlement intérieur afin qu'elles puissent être opposables aux salariés. Trois étapes sont indispensables pour la mise en œuvre du dispositif d'alerte professionnelle au sein de l'entreprise<sup>1146</sup>.

**558. Alerte éthique et protection des données personnelles.** La protection des données personnelles est une préoccupation inhérente à toute mise en œuvre de procédure d'alerte éthique au sein d'une entreprise<sup>1147</sup>. La CNIL<sup>1148</sup> a longtemps refusé le fonctionnement du dispositif d'alerte mais est désormais compétente pour approuver

---

<sup>1143</sup> C. const., décision n° 2016-74 DC, 8 décembre 2016.

<sup>1144</sup> E. ALT, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 151.

<sup>1145</sup> M.-E. BOURSIER, *op. cit.*

<sup>1146</sup> C. trav., art. 2312-59 à 2312-71.

<sup>1147</sup> N. LENOIR, A. DILL, H. BERION, « Alerte professionnelle et protections des données personnelles », *JCP G*, 2018, doct. 553.

<sup>1148</sup> Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

toute mise en place d'un recueil d'alerte au sein des entreprises<sup>1149</sup>. Seulement, elle n'acceptait le fonctionnement de l'alerte professionnelle que s'il ne servait à recueillir des signalements de faits de corruption ou de délits comptables et financiers. La CNIL refusait d'autoriser le mécanisme de l'alerte éthique anonyme, nouvelle acception plus policée du terme de « *dénonciation* »<sup>1150</sup>, afin d'éviter toute prolifération de dénonciations calomnieuses. La chambre sociale de la Cour de cassation a tenu le même raisonnement en refusant l'élargissement de l'alerte professionnelle aux domaines précédemment évoqués<sup>1151</sup>.

**559. Anonymat et risques de sécurité des plateformes de récupération des alertes.** Le recueil prévu par le dispositif d'alerte doit être en mesure d'assurer l'anonymat du lanceur d'alerte. Des hotlines, un référent ou encore une boîte mail dédiée sont des instruments devant permettre au lanceur d'alerte de révéler des faits justifiant un signalement<sup>1152</sup>. Cependant, le recueillement sécurisé des données n'est, au plan informatique, pas assuré. Outre les piratages informatiques en constante augmentation, le système de récupération des données peut être atteint d'erreurs d'utilisation ou de programmation<sup>1153</sup>. La création d'une blockchain fermée au sein du groupe bancaire serait une possible solution dans le but d'accroître la protection des données y figurant. Néanmoins, comme évoquée précédemment, la blockchain n'est pas un gage de sécurité informatique. Les données sont dès lors à la merci des cyber-délinquants et cela peut remettre en question l'anonymat des lanceurs d'alerte.

**560. Le choix du destinataire pour les lanceurs d'alerte.** Avant l'entrée en vigueur des ordonnances Macron, la quatrième loi Auroux n° 82-1097 du 23 décembre 1982

---

<sup>1149</sup> CNIL, délib. n° 2005-305, 8 déc. 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte personnelle.

<sup>1150</sup> N. LENOIR, "Les lanceurs d'alerte : une innovation française venue d'Outre-Atlantique", *JCP E*, 2015, 1492.

<sup>1151</sup> Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17, Bull. civ. 2009, V, n° 276.

<sup>1152</sup> P. LAGESSE et V. ARMILLEI, « Le statut du lanceur d'alerte, état des lieux et proposition de directive européenne », R. SCOTT et R. BEST, « Le contrôle du juge sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Avr. 2019, n°2, p. 17.

<sup>1153</sup> R. FAIL, « Sécurité des plateformes de récupération des alertes. Réflexion sur les objectifs et les méthodes pour s'assurer de la sécurité des systèmes sensibles », *Cah. dr. entr.*, n° 1, janv. 2018, dossier 2.

prévoyait le mécanisme de l'alerte au salarié<sup>1154</sup>. Le lanceur d'alerte peut préférer s'adresser aux délégués syndicaux ou aux membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)<sup>1155</sup> et aux délégués du personnel<sup>1156</sup>, devenus le comité social et économique (CSE)<sup>1157</sup> pour dénoncer les violations légales dont il a eu connaissance ou qu'il a constatées ou subies. Cette faculté est inhérente aux missions de ces deux représentants qui se doivent d'assurer le respect des règles applicables au sein de l'entreprise, qu'elles soient issues de règles de droit dur ou de droit mou. Depuis les ordonnances « Macron », le droit d'alerte est devenu inexistant dans les entreprises de moins de 50 salariés en raison de la fusion des institutions et d'une volonté politique assumée. En effet, le délégué du personnel s'est mué en comité social et économique spécifique aux entreprises de moins de 50 salariés. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, le dispositif d'alerte est obligatoire mais le lanceur d'alerte peut préférer se tourner vers le CSE afin de réaliser une alerte d'ordre social ou économique.

Dès lors, le salarié peut alerter le CSE ou bien directement utiliser le dispositif d'alerte et bénéficier de l'anonymat s'il le désire. Cette liberté de choix crée une forme de concurrence des moyens d'alerte<sup>1158</sup> et cela peut entraver quelques peu la gouvernance de l'entreprise.

En pratique, dans les grandes entreprises, la personne qui reçoit l'alerte est dans la quasi-majorité des cas le responsable *compliance* de l'entreprise (47,83 %), un responsable éthique ou déontologue (24,35 %) ou le comité d'éthique (21,74 %). C'est parfois le responsable hiérarchique du lanceur d'alerte (13,04 %), plus rarement un prestataire externe (12,17 %)<sup>1159</sup>.

---

<sup>1154</sup> C. trav., art. L. 4131-2.

<sup>1155</sup> C. trav., art. L. 2131-1.

<sup>1156</sup> C. trav., art. L. 2313-2.

<sup>1157</sup> Depuis les ordonnances Macron de 2017.

<sup>1158</sup> N. LENOIR, *op. cit.*

<sup>1159</sup> W. FEUGERE, « Compliance et anticorruption. Où en sont vraiment les entreprises en France », in *Exercer et entreprendre*, éd. Dalloz, coll. Dalloz avocats 2020, p.151.

## **Paragraphe 2. Une protection légale améliorée mais inaboutie du lanceur d'alerte en droit interne**

**561. Les protections longtemps insuffisantes des lanceurs d'alerte.** Antérieurement à la loi Sapin II qui a créé un statut général du lanceur d'alerte, la loi et la jurisprudence offraient des garanties aux lanceurs d'alerte<sup>1160</sup>. La Cour de cassation a reconnu une immunité disciplinaire des salariés relativement aux propos qu'il tient, que ce soit ou non dans le cadre de l'alerte<sup>1161</sup>. Cette solution se fonde sur le principe de la liberté d'expression qui est un droit fondamental dont jouit le salarié. La seule limite portée à ce principe concerne le cas des propos abusifs qui ne peuvent être tolérés<sup>1162</sup>.

**562. Les sanctions pénales issues de la loi Sapin II.** Lorsqu'il est fait obstacle à la transmission de l'alerte, une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende est encourue par l'auteur de cet acte. Une difficulté naît dans l'appréhension de cette infraction. La rédaction du texte d'incrimination laisse peser une difficulté sur ce que revêt le terme « *d'obstacle* ».

Aussi vient s'ajouter une seconde difficulté tenant à la preuve des éléments de l'infraction.

**563. Un renforcement des protections issues du droit du travail.** Le premier texte international a mentionné des protections concernant le lanceur d'alerte est une

---

<sup>1160</sup> F. VERDUN, *op. cit.*

<sup>1161</sup> Soc. 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *D.*, 2000. 40 ; *Dr. soc.*, 2000. 163, concl. J. DUPLAT ; *RTD Civ.*, 2000. 801, obs. J. HAUSER, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression. Or la liberté d'expression est, selon le Conseil constitutionnel, une liberté fondamentale, v. 11 oct. 1984, décis. 84-181 DC.

<sup>1162</sup> Soc. 14 déc. 1999, préc. ; « Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate », *Dr. soc.*, 2016. 4, obs. L. GRATTON.



convention de l'organisation internationale du travail n° 158 du 22 juin 1982<sup>1163</sup>. Ce texte évoque notamment l'absence de motif de licenciement si un salarié exerce un recours ou porte plainte contre l'employeur qui a commis des violations à la législation.

La loi Sapin II reconnaît des éléments de sécurité importants du point de vue de la protection de l'emploi et des conditions de travail du salarié dénonciateur. Toutefois, la loi du n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 apportait déjà des précisions à propos de l'alerte professionnelle. Cette loi œuvrait pour une plus grande protection des salariés lanceurs d'alerte<sup>1164</sup>, sans toutefois établir un cadre strict à ce propos. Cela démontre cependant que l'alerte est un phénomène qui n'est que récemment pris en considération par le législateur français. L'article 1132-3-3 du code du travail rend nulles de plein droit les sanctions individuelles prises sur le fondement d'une alerte émise par un salarié, sous réserve que celle-ci respecte le cadre du droit d'alerte.

**564. La création d'une cause d'irresponsabilité pénale.** Une cause d'irresponsabilité pénale a été prévue par le législateur afin de protéger le lanceur d'alerte, les magistrats du fond n'étant que peu sensibles au statut de lanceur d'alerte en tant qu'atténuation de responsabilité pénale<sup>1165</sup>. Le nouvel article 122-9 du code pénal<sup>1166</sup> reconnaît ce principe d'irresponsabilité pénale, protégeant ainsi le lanceur d'alerte de poursuites pour violation du secret professionnel à condition de remplir les conditions strictement définies par le texte. La charge de la preuve reposant sur le prévenu, l'application de cette cause d'irresponsabilité semble difficilement applicable.

**565. Le lanceur d'alerte en matière économique et financière.** Les infractions du droit pénal des affaires sont bien souvent liées entre elles. Le pacte corrompateur sera lié au

---

<sup>1163</sup> Conv. OIT, n° 158, 22 juin 1982, relative à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.

<sup>1164</sup> H. ROBERT « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – À propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP G*, 2014, 182, n° 6.

<sup>1165</sup> V. CA Chambéry, 16 nov. 2016, inédit ; Une inspectrice des impôts avait été condamnée pénalement, à la suite d'une alerte, pour recel et violation du secret professionnel.

<sup>1166</sup> C. pén., art. 122-9 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».

blanchiment, tout comme les abus de marché ou encore la fraude fiscale. Le blanchiment de capitaux est souvent lié, au même titre que le noircissement de capitaux, au financement du terrorisme<sup>1167</sup>. L'infraction primaire, issue du droit pénal des affaires, se complète avec une infraction secondaire, issue elle aussi du droit pénal des affaires. En effet, commettre un acte de corruption ou de fraude n'a que peu d'intérêt pour l'auteur s'il ne peut user du produit de l'infraction<sup>1168</sup>. Le lanceur d'alerte peut potentiellement jouer un rôle important en matière de détection des infractions d'affaires qui sont, pour la plupart, occultes ou dissimulées<sup>1169</sup>. Le facteur humain permet donc de révéler l'opacité rendue possible par le facteur technologique.

**566. Premiers émoluments du lanceur d'alerte dans la lutte contre les abus de marché.** Avant que la loi Sapin II ne définisse et n'encadre le lanceur d'alerte, l'Union Européenne avait déjà fixé un cadre par le biais du règlement européen des abus de marché (MAR) afin de permettre aux salariés d'entreprises agissant sur les marchés de lancer des alertes relativement à des abus de marché qu'ils auraient constatés<sup>1170</sup>. Désormais, le lanceur d'alerte connaît un cadre de protection beaucoup plus étoffé, aussi bien au plan européen qu'au plan interne<sup>1171</sup>.

**567. Les alertes lancées à destination des régulateurs.** D'autres innovations sont venues compléter le dispositif de l'alerte en matière économique et financière. L'ACPR et l'AMF reçoivent des alertes concernant la violation des règles européennes et françaises figurant dans le code monétaire et financier ainsi qu'au sein du RGAMF<sup>1172</sup>. L'article L. 634-3 du code monétaire et financier reprend en substance les règles de protection des salariés lanceurs d'alerte de droit commun. En d'autres termes, aucune spécificité n'existe dans le secteur financier puisque les lanceurs d'alerte ne

---

<sup>1167</sup> M.-E. BOURSIER, « L'irrésistible ascension du whistleblowing en droit financier s'étend aux abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, n°9, 1<sup>er</sup> sept. 2016, p. 32.

<sup>1168</sup> M.-E. BOURSIER, *Droit pénal des affaires internationales*, préf. DALLES B., avant-prop. Delmas-Marty M., 1<sup>re</sup> éd., 2016, Lextenso, Précis Joly.

<sup>1169</sup> M.-C. SORDINO, « Le signalement des infractions de corruption par les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 73.

<sup>1170</sup> R. VABRES, « Protection des lanceurs d'alerte », *Dr. sociétés 2016*, comm. 84.

<sup>1171</sup> P. PAILLER, « Le nouveau statut du lanceur d'alerte », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 1, janv. 2017, comm. 41 ; C. MATHIEU et F. TERRY, « Le statut du lanceur d'alerte en quête de cohérence », *Rev. dr. trav.*, mars 2016, n° 3, p. 159.

<sup>1172</sup>C. mon. et fin., art. L. 634-1,.

peuvent faire l'objet de licenciement ou de mesures discriminatoires directes ou indirectes ou encore de sanction, entendue au sens large. Il en est de même pour la personne physique faisant l'objet d'un signalement. Afin d'encadrer les procédures internes qui régiront les remontées d'alerte aux autorités de contrôle, un titre V du livre Ier du code monétaire et financier spécifique à la « *Mise en place des procédures permettant le signalement des manquements mentionnés à l'article L. 634-1 du Code monétaire et financier* » a été créé, tout comme les articles 145-1 à 145-4 nouveaux du règlement général de l'AMF. L'article L. 634-4 du code monétaire et financier rappelle les protections de droit commun en évoquant la nullité des mesures défavorables prises à l'encontre du lanceur d'alerte.

En définitive, le statut général du lanceur d'alerte reprend un grand nombre de protections existant déjà en droit du travail et en droit des marchés financiers. Dès lors, il ne semble constituer qu'une forme de consécration légale de diverses protections sans amener pour autant de profondes innovations.

**568. Lien étroit entre lanceur d'alerte et conformité.** La cellule conformité, en pratique, est en charge de la gestion des alertes. Les autorités américaines considèrent que l'une des caractéristiques d'un programme de conformité efficace consiste dans la mise en œuvre d'une politique de dénonciation effective<sup>1173</sup> bien qu'aucune obligation légale de mettre en œuvre une politique de lancement d'alerte n'existe outre-Atlantique<sup>1174</sup>. Le mécanisme de *whistleblowing* constitue une forme de contrôle interne de l'entreprise mais également un outil de contrôle de l'activité des salariés. Néanmoins, l'Europe tente d'imiter les Etats-Unis par l'instauration d'une culture d'entreprise fondée sur la dénonciation. L'inculcation des valeurs éthiques aux travailleurs fait prospérer une politique de dénonciation fructueuse. Notamment, ce sont des lanceurs d'alerte, salariés qui ont dénoncé les scandales d'Enron et de WorldCom, les escroqueries en montage pyramidal de Bernard Madoff aux Etats-Unis, ou encore les pratiques douteuses de certaines banques en ce qui concerne le

---

<sup>1173</sup> Directives américaines sur les organisations de détermination de la peine, sect. 2.1 (5), c.

<sup>1174</sup> E. SEASSAUD, *op. cit.*

démarchage de clients aisés<sup>1175</sup>. Dans ces situations, le lanceur d’alerte a paré à la défaillance de la *compliance* en dénonçant les fraudes réalisées<sup>1176</sup>.

---

<sup>1175</sup> Il s’agissait de Stéphanie Gibaud, ancienne responsable des relations publiques d’UBS France. Une de ses missions consistait dans l’organisation d’évènements sportifs et culturels à visée prospective et à destination de personnes aisées. En juin 2008, sa supérieure hiérarchique exige qu’elle efface de son disque dur tous les fichiers contenant les noms des clients ainsi que ceux de leur conseiller bancaire. S’y refusant, elle se détecte alors une vaste organisation d’évasion fiscale de riches clients Français vers les comptes suisses d’UBS. Elle révéla alors à la presse et aux autorités judiciaires, qui se servirent des informations fournies pour engager des poursuites.

<sup>1176</sup> F. BARRIERE, « Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée ? », *JCP E*, 2011, 1527.

## ***Section 2. Les perspectives d'évolution de la conformité : d'un élargissement substantiel de son périmètre aux limites structurelles de ses facultés d'action***

---

**569. Nouvelles perspectives et nouveaux risques de la conformité.** Alors que la conformité se nourrit de multiples valeurs et intérêts protégés, sa mise en œuvre se trouve de plus en plus sous le joug de la coercition. La norme légale, qu'elle soit régionale ou nationale, supra-législative ou infra-législative, impose de repousser continuellement le périmètre de ce concept encore récent. L'accroissement des considérations environnementales et sociales, l'exigence de transparence et de traçabilité en matière de fiscalité, le développement de nouveaux marchés économiques tel que le sport, donnent vie au caractère malléable de la conformité. Au croisement du droit mou et du droit dur, la compliance devient véritablement un outil de modernisation et de mutation du système économique capitaliste. Etroitement liée aux nouvelles aspirations sociétales, notamment en ce qui concerne l'écologie et les conditions de travail décentes au sein des entreprises transnationales, la conformité voit son rôle s'accroître au gré des législations. Elle concerne également la maîtrise des risques fiscaux de l'entreprise puisque la compliance fiscale représente désormais un outil à la charge du directeur fiscal dans les entreprises<sup>1177</sup>. L'expertise dans le domaine de la conformité s'étend des chargés de conformité aux experts-comptables et surtout aux avocats. La conformité relevant par nature de l'anticipation des risques juridiques et financiers, son action ne vise pas, en principe, la répression. Dès lors, seuls les avocats conseils accaparent la conformité dans le cadre de leur activité. La compliance apparaît alors comme un nouveau marché pour les avocats, à la fois porteur et concurrentiel. La multiplication d'acteurs agissant dans le domaine de la conformité, l'expertise requise en ce qui concerne plusieurs thématiques en font plus que jamais

---

<sup>1177</sup> D. GUTMANN, « La responsabilité sociale des entreprises : un nouvel enjeu fiscal », *Droit fiscal*, n° 6, 9 févr. 2012, p. 131.

un outil de compétitivité<sup>1178</sup>. Les organismes financiers et, de façon plus générale les grandes entreprises, ne sont plus imperméables aux aspirations sociales et environnementales des prospects. La 6<sup>e</sup> directive européenne anti-blanchiment définit d'ailleurs une liste de vingt-deux infractions, liées au blanchiment, et devant figurer dans les législations pénales des Etats membres<sup>1179</sup>. Les infractions environnementales sont parties intégrante de cette liste. Ainsi, la mutation de leurs politiques financières transparait sur leur organisation interne ainsi que sur le développement d'une culture éthique. Par la prise en considération de thématiques environnementales, sociales, voire parfois sportive au sein des organismes financiers, une extension du périmètre de la conformité est observable (Paragraphe 1).

Toutefois, cette extension des domaines de compétence de la conformité ne fait pas disparaître un fléau majeur vampirisant les organismes financiers : la finance de l'ombre. Également dénommée « *shadow banking* » par la pratique, cette forme de finance non régulée constitue un outil de transfert de flux financiers souvent illicites au travers d'établissements financiers. La conformité tente de tenir son rôle de contrôleur de ce type d'opérations mais leur opacité rend son action bien souvent inefficace. Ainsi, la persistance des risques liés à la finance de l'ombre est la conséquence de l'inaction partielle des établissements financiers en matière de contrôle et l'absence de moyens des cellules de conformité en la matière (Paragraphe 2).

---

<sup>1178</sup> B. CAZENEUVE, « Les enjeux de la compliance », in *Exercer et entreprendre*, coll. Dalloz avocats, Dalloz, 2020, p.144.

<sup>1179</sup> Dir.Parl.et Cons. UE 2018/1673 du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal

## **Paragraphe 1. Extension des matières intégrant le périmètre de la conformité**

**570. Effervescence des domaines de conformité.** Les nouvelles aspirations sociétales, déjà revendiquées avant la crise de la Covid-19, mais démultipliées depuis cette dernière, ont deux thématiques principales : l'écologie et les conditions de travail. Il est à noter que, bien que certains auteurs estiment qu'une véritable compliance environnementale tend à émerger, les cellules de conformité étaient actives sur le thème de l'environnement et des conditions sociales des salariés et des entreprises partenaires depuis de nombreuses années. En effet, la RSE constitue d'ores et déjà un outil utilisé par les chargés de conformité afin de pérenniser les politiques environnementales et sociales des organismes financiers. En matière sociale, une réforme importante des institutions représentatives du personnel est intervenue en 2017. Le CSE est devenu, dans les groupes financiers, l'unique instance de représentation des salariés. L'avènement d'une compliance sociale pourrait être un instrument de compensation de l'affaiblissement des institutions représentatives du personnel. En matière environnementale, la conformité a une résonance particulière, notamment dans son acception stricte. Les textes de loi en la matière énoncent des normes le plus souvent exprimées en volume, en température, en composition chimique ou physico-chimique, en poids ou en pourcentage. En réalité, la technicité de ces règles semble aller de paire avec le caractère parfois rigoriste de la conformité dans cette matière. En ce sens, la conformité se rapprocherait alors plus d'un outil de régulation moins souple que le mécanisme d'autorégulation. Complémentaire aux politiques de RSE et à la formation d'une culture éthique de l'entreprise, l'avènement d'une conformité environnementale aurait également un pouvoir d'influence sur les politiques financières des organismes financiers. En effet, un mouvement de transfert de capitaux investis dans des activités carbonnées vers des activités dites "vertes" commence à être observé depuis 2015 (A).

Egalement, l'observation d'un transfert de criminalité du monde des affaires au domaine sportif fait craindre le développement des flux financiers illicites et de dérives

financières. Les organismes financiers sont rattachés à ces flux illicites lorsqu'ils transitent par leurs filiales *on-shore et off-shore*, notamment celles situées dans les paradis fiscaux. Ils peuvent également être mis à contribution dans une activité de conseil, afin de dissimuler ces fonds ou de les réintégrer à l'économie légale. La présence d'une cellule de conformité semble s'imposer dans les institutions sportives à envergure internationale (B).

Enfin, la conformité peut également s'analyser en termes d'opportunité. En effet, l'extension du périmètre d'application d'une culture de conformité a pour corollaire un accroissement de la technicité selon les domaines. Cette technicité offerte à l'avocat une opportunité intéressante de développer ses savoir-faire dans un domaine encore incomplètement exploré. Ce "marché" peut donc se révéler porteur pour les avocats-conseils (C).

#### **A. Avènement d'une conformité sociale et environnementale**

Bien que les comportements déviants des normes environnementales fassent l'objet d'une répression accrue dans le domaine judiciaire, les mécanismes de prévention de ces comportements tendent également à trouver une place privilégiée. Les liens entre RSE et conformité environnementale et sociale sont ténus. En effet, la mise en œuvre de politiques de RSE au sein de l'entreprise constitue la pierre angulaire de l'avènement d'une conformité environnementale et sociale. Des auteurs se sont émus du manque de dissuasion attachée aux peines applicables en matière environnementale, prenant en exemple le procès de l'Erika où la société TOTAL fût condamnée à une peine d'amende s'élevant à 375.000 euros<sup>1180</sup>. Dans ce même procès, l'absence de respect de règles déontologiques par la société TOTAL avait notamment permis au juge judiciaire d'asseoir la motivation de son jugement de condamnation. Alors que la

---

<sup>1180</sup> J.-B. PERRIER, cité par L. LANGLOIS ; Rapp. C. cass., mai 2019., "Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement", *Lamyline*, 24 octobre 2019.



répression des comportements délictueux en matière environnementale pose des questions quant à l'opportunité économique d'engager des poursuites, des solutions internes aux entreprises transnationales voient le jour depuis bon nombre d'années afin d'éviter tout risque de réalisation de ces comportements incriminés. L'obligation de vigilance des salariés travaillant dans des filiales ou pour des sous-traitants s'est intensifiée depuis 2017. Celle-ci, cumulée aux politiques de RSE mises en place dans les entreprises ainsi que d'une mutation de la représentativité salariale, permettent d'assurer le développement d'une conformité sociale (1) ainsi que l'affirmation d'une conformité environnementale (2).

### 1. Développement d'une conformité sociale

**571. Importance de la qualité de l'information sociale.** En matière sociale, c'est-à-dire dans le domaine du droit du travail et de la sécurité sociale, les conditions de travail sont dans le périmètre de la conformité depuis une loi dite « Grenelle II » du 12 juillet 2010<sup>1181</sup>, dont le décret d'application est venu renforcer son insertion dans le système normatif français en imposant cette conformité sociale aux sociétés non cotées d'une certaine taille<sup>1182</sup>. Le mécanisme de compliance sociale prévu dans ces textes revêt le caractère d'une attestation de sécurité réalisée par un organisme tiers indépendant. Ce même décret précise également que les informations visées sont notamment celles concernant la sécurité au travail (fréquence et gravité des accidents de travail et des maladies professionnelles) ainsi que les règles relatives à l'égalité de traitement et aux luttes contre la discrimination. Le contenu de l'information non-financière s'est étoffé l'occasion de deux lois et ordonnances datant de 2017, consacrant alors l'avènement d'une compliance environnementale<sup>1183</sup>. De plus, les entreprises ont pour mission d'être vigilantes quant aux activités qu'elles sous-traitent puisqu'elles doivent s'assurer de respecter les conditions de travail appliquées par

---

<sup>1181</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JO n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

<sup>1182</sup> Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, JO n°0099 du 26 avril 2012, p.7439.

<sup>1183</sup> Cf. Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JO n°0024 du 28 janvier 2017 ; Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JO n°0169 du 21 juillet 2017.

leurs sous-traitants. Cette responsabilisation croissante n'a de cesse que d'élargir le périmètre de la compliance sociale. Le rôle des institutions représentatives du personnel sont mouvantes au fil des années. En effet, à partir de 2010, les représentants du personnel avaient la faculté de présenter leur avis en ce qui concerne les démarches de responsabilité sociale, sociétale et environnementale de l'entreprise, en sus des indicateurs présentés en assemblée générale des associés<sup>1184</sup>. Cette faculté a été supprimée à la suite d'une ordonnance de 2017<sup>1185</sup>. Le CSE n'est néanmoins pas dépourvu de tout rôle en matière sociale puisqu'une loi du 14 juin 2013 est venue instituer une base de données économiques et sociales (BDES), permettant la prise en considération de cette base de données afin de déterminer les politiques sociales à mettre en œuvre dans l'entreprise. Font notamment partie du périmètre de ce bilan, les indicateurs relatifs à l'emploi, la rémunération, les conditions de santé et de sécurité au travail, la formation et les relations professionnelles, le nombre de salariés détachés, etc. Un rapport annuel, annexé à ce bilan, précise quant à lui les politiques applicables en matière d'égalité de traitement, l'organisation du temps de travail et du dialogue social entre autres. Plus concrètement, ces deux documents offrent des informations similaires et doivent donc faire l'objet d'une fusion afin de leur apporter toute l'efficacité requise pour leur appréhension<sup>1186</sup>.

**572. Développement des reporting sociaux.** Cette agrégation d'informations et son traitement devraient revenir à la charge de la cellule de conformité. En effet, par son rôle central dans l'entreprise et son aspect multidimensionnel, la compliance a tout intérêt à appréhender ces rapports sociaux et sociétaux afin de les exploiter au mieux. Par voie de conséquence, les politiques sociales et les processus de conformité appliqués dans l'entreprise devraient s'en trouver améliorés. Pour ce faire, les chargés de conformité établiront des cartographies des risques sociaux dont la cotation prendrait en compte les impacts sur les personnes, l'environnement, les actifs, la

---

<sup>1184</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

<sup>1185</sup> Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JORF n°0169 du 21 juillet 2017.

<sup>1186</sup> J.-J. TATOUX, « Reporting social et environnemental extra-financier : quelle mesure de la performance d'entreprise au service de quelle stratégie ? », *Rev. Lamy droit des affaires*, n° 145, févr. 2019.

réputation de l'entreprise et ses objectifs<sup>1187</sup>. Ces *reporting* sociaux font donc l'objet d'un pilotage de la part de la cellule conformité, en lien direct avec la direction de l'entreprise et les décisions prises en assemblée générale des associés.

**573. Avènement d'une compliance sanitaire.** Ainsi, en matière sociale comme en matière environnementale, la conformité constitue un outil à la fois souple et indispensable. Nul doute que l'avenir du droit de la compliance sera lié aux considérations d'ordre social et environnemental. Néanmoins, la conformité sera au défi de créer une véritable politique sociale et environnementale, à tout le moins européenne, afin d'assurer une efficacité réelle des entreprises dans ces domaines dont les résultats sont attendus avec urgence. La doctrine doit conceptualiser ce à quoi devra correspondre cette compliance sociale et environnementale, ainsi qu'aux praticiens de concrétiser les attentes sociétales dans ces domaines. Le Professeur FRISON-ROCHE a d'ailleurs fait part du fait que « *le droit de la compliance ne doit pas que servir à prévenir des crises de systèmes, il doit aussi servir les êtres humains* »<sup>1188</sup>. L'actualité sanitaire de l'année 2020 et la violente crise de la Covid 19 sont à l'origine de réflexions sur le plan de la création d'une compliance sanitaire. Il s'agirait en réalité d'une forme de conformité directement liée à la compliance sociale. En effet, la gestion préventive d'une crise sanitaire au sein d'une entreprise correspond à une forme dérivée de prévention des risques de santé et de sécurité au travail. Ainsi, en supervisant la constitution et le maintien de stocks stratégiques de masques et de gels hydroalcooliques, la cellule de conformité aurait un rôle de contrôle sanitaire au sein de l'entreprise.

## 2. Affirmation d'une compliance environnementale

**574. Liens entre droit de l'environnement et conformité.** Le droit de l'environnement fait l'objet d'un éclatement des textes y faisant référence. Ainsi, plusieurs dispositions relatives à l'environnement sont codifiées dans le code pénal, dans le code de commerce, dans le code civil ou encore dans le code de l'environnement. Matière

---

<sup>1187</sup> J.-J. TATOUX, op. cit.

<sup>1188</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019, p. 28.

novatrice et technique, le droit de l'environnement ne peut se suffire à lui-même pour réprimer les comportements écologiques déviants. Le périmètre du droit de l'environnement est relativement large et englobe aussi bien la protection de la faune, de la flore, tant en milieu terrestre qu'aérien ou aquatique, sur le territoire métropolitain que dans les collectivités d'outre-mer. Plus particulièrement, le livre V du code de l'environnement fait référence à « *la prévention des pollutions, des risques et des nuisances* ». Ainsi, un aspect préventif des risques environnementaux est pris en considération par le législateur. En pratique, cela correspond, en outre, à l'encadrement des installations classées pour la protection de l'environnement, les produits chimiques, biocides et substances à l'état nanoparticulaire, les organismes génétiquement modifiés, les déchets, les dispositions particulières à certains ouvrages, la prévention des risques naturels, de la pollution sonore et du cadre de vie, la sécurité nucléaire et les installations nucléaires de base. Plusieurs thématiques sont emblématiques des enjeux environnementaux à venir et le législateur en a pris conscience. Ainsi la protection de la faune et de la flore menacées conduit à une interdiction généralisée des activités qui porteraient atteintes à ces espèces ou milieu les abritant. Le libre exercice des libertés publiques, et notamment de la liberté d'entreprendre sont mises à défaut par la protection de l'environnement<sup>1189</sup>. Le patrimoine naturel prime alors sur la liberté d'entreprendre et le marché économique. La conformité trouve, à l'origine, sa place dans son acception rigoriste et de conformiste. Les règles applicables en matière environnementales sont à la fois techniques et peu souples. En cas de non-respect des règles, des sanctions administratives sont applicables, indépendamment des poursuites pénales, comme le prévoit par exemple l'article L. 171-7 du code de l'environnement<sup>1190</sup>. Ce qui est sanctionnée est en réalité une absence de conformité aux règles applicables. Au plan

---

<sup>1189</sup> C. envir., art. L. 411-1.

<sup>1190</sup> Cet article indique que « *indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées à l'encontre de celui qui ne dispose pas du titre nécessaire à une exploitation conforme de son activité, l'autorité administrative compétente met l'intéressé en demeure de régulariser sa situation dans un délai qui ne peut excéder une durée d'un an. S'il n'est pas déféré à la des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation. mise en demeure à l'expiration du délai imparti, ou si la demande d'autorisation est rejetée, l'autorité administrative ordonne alors la fermeture ou la suppression des installations et ouvrages, la cessation définitive des travaux, opérations ou activités, et la remise en état des lieux* ».

pénal, les articles L. 173-1 et suivants précisent les sanctions pénales applicables en cas de défaut de conformité environnementale par une entreprise.

**575. Aspect judiciaire du droit de l'environnement.** Plusieurs solutions organisationnelles sont avancées afin d'améliorer l'efficacité de la justice en matière de protection de l'environnement. La solution qui semblerait la plus plausible serait le regroupement de ce contentieux spécialisé au sein des différentes JIRS. Les magistrats étant spécialisés dans le traitement de contentieux spécial et technique, la complexité du droit de l'environnement et la forte médiatisation de certains actes déviants abondent vers l'idée d'une spécialisation du traitement de ce type de contentieux. En tout état de cause, les JIRS ont déjà eu à connaître des dossiers portant sur le trafic illégal d'animaux, la protection de la faune et de la flore correspond donc à des thématiques déjà connues de ces juridictions.

**576. Un changement de paradigme en cours de réalisation.** L'urgence climatique perçue de façon concrète lors de ces dix dernières années a permis d'engager des modifications positives des peuples à l'égard de l'environnement. Sans évoquer un véritable changement de paradigme, la protection de l'environnement pénètre progressivement les considérations économiques et juridiques des grands Etats du monde. L'élan de quelques investisseurs, aidé par une pression médiatique forte, ont favorisé un modèle d'investissement écologique<sup>1191</sup>. Des investissements dits « verts » éclosent de façon exponentielle, les investisseurs agissant pour compte propre ou pour compte de tiers multipliant les exigences en ce sens. Dans le but de conserver leur image et leur réputation, les établissements financiers ont mis en œuvre des politiques internes favorisant une culture d'éthique environnementale. Il est utile de rapprocher l'avènement d'une conformité environnementale avec les politiques de responsabilité sociale et environnementales mises en œuvre dans l'entreprise. Seule une démarche globale, passant par une culture de conformité, permettra d'assurer l'efficacité pratique du développement d'une conformité environnementale. En France, le 2 mai 2019, le Sénat a rejeté une proposition de reconnaissance d'un crime contre l'environnement,

---

<sup>1191</sup> En pratique, il s'agit notamment du cas de la société AXA Banque, en partenariat avec l'ONG WWF.

aussi dénommé écocide<sup>1192</sup>. Ce concept, apparu à la suite de la Seconde Guerre mondiale, avait pour ambition de compléter un droit pénal de l'environnement en constante évolution. Une Convention Citoyenne pour l'écologie a relancé cette idée en 2020, à l'occasion de la consultation de ses travaux. Il en résulte un projet de création d'un délit d'écocide, qui sera présenté au Parlement à compter du début de l'année 2021.

**577. Conformité environnementale et buts monumentaux.** La conformité en matière environnementale fonctionne en vertu du mécanisme de non-régression introduit par la loi « Biodiversité »<sup>1193</sup>. Ce principe s'impose uniquement aux décideurs publics ainsi qu'aux politiques publiques en ce que les futurs textes de loi ne peuvent être régressifs. L'idée d'une amélioration constante guide l'action du législateur. Toutefois, le mécanisme de conformité peut également consister dans l'anticipation des risques et la mise en place de *due diligences* permettant d'encadrer les pratiques environnementales de l'entreprise. En ce qui concerne les établissements financiers, la compliance environnementale aura du sens si elle tend à influencer sur les investissements financiers effectués par ces derniers, leurs clients et leurs partenaires. Avec l'intégration de normes ISO, notamment en matière environnementale, le droit de la compliance est aujourd'hui lié aux « buts monumentaux » du droit de l'environnement, dans les documents émis par les entreprises, ces normes ayant une valeur liante, peuvent conduire à poser que l'entreprise s'engage alors en droit.

**578. Interférences entre conformité environnementale et pratiques de RSE.** Théoriquement et pratiquement, la frontière est mince entre les concepts de RSE et de conformité sociale et environnementale. Ainsi, la normativité de ces éléments est sensiblement la même et se caractérise par l'application de droit mou. Les *reporting* sociaux et environnementaux sont déjà appliqués dans les entreprises et tendent à servir les politiques de RSE. La prise en compte des considérations environnementales par les entreprises remonte au début des années 2000. Les premières normes imposant

---

<sup>1192</sup> P. JANUEL, « Pas de reconnaissance du crime d'écocide », *D. Actu.*, 6 mai 2019.

<sup>1193</sup> J.-N. CLEMENT, « La compliance environnementale », *Rev. des Juristes de Sciences Po*, n° 16, Janv. 2019, p. 17

aux sociétés une reddition des comptes aux actionnaires en matière sociale et environnementales datent de 2001<sup>1194</sup> et 2002<sup>1195</sup>. L'affirmation d'une conformité environnementale tendrait alors dans la maturation de la culture de RSE au sein de l'entreprise et de son expansion auprès des parties prenantes. Le contenu de l'information non-financière s'est étoffé l'occasion de deux lois et ordonnances datant de 2017, consacrant alors l'avènement d'une compliance environnementale<sup>1196</sup>. De plus, les entreprises ont pour mission d'être vigilantes quant aux activités qu'elles sous-traitent puisqu'elles doivent s'assurer du respect des conditions de travail appliquées par leurs sous-traitants. Cette responsabilisation croissante n'a de cesse que d'élargir le périmètre de la compliance sociale.

### **B. De la financiarisation criminogène du domaine sportif : l'ouverture souhaitée du mécanisme de conformité**

Le monde sportif étant devenu lucratif en raison des diffusions télévisuelles, les capitaux investis dans ce domaine ne cessent d'augmenter d'année en année. Les investisseurs ne sont pas toujours issus du milieu sportif, c'est-à-dire que ce ne sont pas d'anciens sportifs de haut niveau reconvertis dans le milieu des affaires. Il s'agit bien souvent de chefs d'entreprises passionnés par le sport. Néanmoins, depuis les années 1990, une augmentation significative de la criminalité en col blanc est observée dans le domaine sportif. L'on peut alors constater que s'opère un véritable transfert de la criminalité d'affaires au domaine sportif (1). Afin de juguler la croissance de ce transfert de délinquance financière, la mise en œuvre du mécanisme de conformité dans les institutions sportives emblématiques semble une solution envisageable (2).

---

<sup>1194</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, à l'initiative d'un amendement déposé par le Sénat au cours des travaux parlementaires, JO n°113 du 16 mai 2001 page 7776.

<sup>1195</sup> Décret n° 2002-221, 20 févr. 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

<sup>1196</sup> Cf. Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JO n°0024 du 28 janvier 2017 ; Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JO n°0169 du 21 juillet 2017.

## 1. Transfert de la criminalité d'affaires au domaine sportif

**579. Concrétisation d'un transfert de criminalité d'affaires au domaine sportif.** Le transfert des délinquants d'affaires vers le domaine du sport emporte un transfert des modes opératoires de plusieurs infractions astucieuses. Dès lors, les infractions portant atteinte aux valeurs de probité se retrouvent fréquemment dans le domaine sportif. La corruption touche les institutions sportives, les structures sportives, leurs dirigeants et les sportifs eux-mêmes. Une infraction de corruption sportive a par ailleurs été créée dans le but de cibler les pactes corrupteurs intervenant dans le domaine des compétitions sportives. La médiatisation exponentielle des événements sportifs, l'omniprésence de certains champions sur les réseaux sociaux attisent le sponsoring et les contrats de financements. Il n'est désormais pas rare de découvrir que des structures sportives et leurs membres réalisent des fraudes fiscales ou encore des opérations de blanchiment. Ces opérations sont étroitement liées aux établissements financiers, et notamment les filiales qu'elles possèdent dans les paradis bancaires et fiscaux. Dès lors qu'un transfert de criminalité s'effectue d'un marché à l'autre, il paraît logique que les solutions envisagées pour assurer le respect de l'éthique et de la transparence sur les marchés financiers soit transféré au marché du sport. Ce dernier est étroitement lié aux marchés financiers et les structures sportives se développent à un tel point que certaines pourraient comporter, à terme, un risque systémique. La logique des mécanismes de compliance, d'obligations de vigilance et plus largement la culture d'une approche par les risques devraient trouver application dans le domaine du sport business.

**580. Conflits d'intérêts et corruption.** Les auteurs de pactes corrupteurs sont pour la plupart des acteurs du sport. Les investisseurs sont à la source de conflits d'intérêts multiples. Ils placent des proches à la présidence de clubs qu'ils ont rachetés et, en parallèle, par d'autres filiales, négocient des droits de télédiffusion dans lesquels leur club se trouve souvent mêlé. Cela accroît la visibilité du club et donc ses recettes concernant les produits dérivés. Des relations douteuses sont instaurées entre présidents de club et agents de joueurs. Douteuses car des pots-de-vin sont parfois versés afin d'inciter l'agent à faire signer son mandant (le joueur) dans le club le plus offrant. Les organisateurs de manifestations sportives, les négociateurs de contrats



sportifs et marketing sont également visés par la corruption. « *Le corrupteur peut être le mandataire ou l'intermédiaire d'un contrat impliquant une organisation sportive, par exemple un contrat de sponsoring, de télédiffusion ou de construction, un comité de candidature ou d'organisation d'un événement sportif et ses dirigeants, un parieur sportif ou un opérateur de paris, etc.* »<sup>1197</sup>.

**581. Altération de l'information et du résultat sportif.** La corruption est étroitement liée aux paris sportifs. Le code pénal prévoit d'ailleurs des dispositions spécifiques en matière de corruption sportive, c'est-à-dire les faits de corruption liés aux paris sportifs. Le législateur a repris la dichotomie du droit commun de la corruption en distinguant ce qui relève de la corruption active et ce qui relève de la corruption passive. La corruption active est prévue à l'article 445-1-1 du code pénal<sup>1198</sup> et l'article 445-2-1 mentionne quant à lui la sanction de l'infraction de corruption passive. Cinq ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende sont encourus pour l'auteur de ces deux infractions<sup>1199</sup>. Ces textes sont insérés au chapitre traitant de la corruption de personnes n'exerçant pas une fonction publique. La création récente des infractions de corruption sportive fait suite au rapport Vilotte de 2011<sup>1200</sup> qui préconisait la création d'infractions spécifiques visant à éluder l'altération de la sincérité des compétitions sportives consécutives aux paris truqués.

**582. La corruption en pratique.** Ces paris truqués touchent largement les divisions inférieures en raison des inégalités salariales existant dans le milieu professionnel. Les trois quarts des paris suspects concerneraient le tennis alors que ce sport ne représente

---

<sup>1197</sup> J.-L. CHAPPELET, « Pour un cadre global de lutte contre la corruption dans le sport », *Jurisport*, 2017, n° 181, p. 19.

<sup>1198</sup> Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à un acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris, des offres, des promesses, des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour que cet acteur, par un acte ou une abstention, modifie le déroulement normal et équitable de cette manifestation ou parce que cet acteur, par un acte ou une abstention, a modifié le déroulement normal et équitable de cette manifestation.

<sup>1199</sup> Ces deux textes sont issus de l'article 9 de la loi n° 2012-158 du 1<sup>er</sup> février 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs, JO 2 févr. 2012, p. 1906.

<sup>1200</sup> Rapport Vilotte, Préserver l'intégrité et la sincérité des compétitions sportives face au développement des paris sportifs en ligne, 17 mars 2011, p. 5, [www.arjel.fr](http://www.arjel.fr).

que le 4<sup>e</sup> sport en termes de montants misés<sup>1201</sup> Les matches les moins observés par les experts sont un gage de quiétude pour les parieurs-fraudeurs. Cela peut démarrer très bas, c'est-à-dire à l'échelle des ligues sportives. En fonction des acteurs et des éléments matériels réalisés, les infractions de corruption et de corruption sportive seront constituées. Outre cette distinction justifiée au regard du principe légaliste, le quantum de la peine se trouve être différent entre ces deux types d'infraction. Il paraît étrange que cette infraction de corruption sportive, qu'elle soit active ou passive, soit moins sanctionnée que l'infraction de corruption de droit commun. La loi Sapin II aurait pu lisser l'ensemble des infractions de corruption, toutes ayant pour conséquence une altération de l'information et une atteinte à l'éthique et à la sincérité des marchés.

**583. Cas d'escroquerie.** Outre les paris truqués en contrepartie d'avantages particuliers, de dons ou de promesses, les joueurs peuvent truquer les matches pour leur propre compte. En d'autres termes, les joueurs vont parier sur un résultat de match en s'arrangeant eux-mêmes sur le terrain pour que le résultat soit celui escompté. Il ne s'agit plus ici de corruption sportive en raison de l'absence de pacte corrupteur mais ces agissements peuvent être qualifiés d'escroquerie. En effet, l'article 313-1 du code pénal définit notamment l'escroquerie « *comme l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et la déterminer à remettre des valeurs ou un bien* » quelconque notamment. Cela se matérialise en laissant délibérément l'adversaire gagner, rendant son pari gagnant et lui permettant d'empocher la mise. Ce procédé est d'autant plus efficace que la cote est élevée. Il est à noter que depuis la loi du 1<sup>er</sup> mars 2017 visant à renforcer l'éthique et la transparence du sport<sup>1202</sup>, les fédérations peuvent créer des codes éthiques qu'elles s'engagent à faire respecter. De plus, cette loi a donné une réalité au concept de manipulation sportive et a offert au

---

<sup>1201</sup>[https://www.lemonde.fr/roland-garros/article/2018/04/25/paris-truques-le-tennis-a-un-grave-probleme\\_5290579\\_1616946.html](https://www.lemonde.fr/roland-garros/article/2018/04/25/paris-truques-le-tennis-a-un-grave-probleme_5290579_1616946.html)

<sup>1202</sup> Loi n° 2017-261 du 1er mars 2017 visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs, JO 2 mars 2017.

président de l'ARJEL<sup>1203</sup> un pouvoir d'interdiction en cas de manipulation d'une compétition<sup>1204</sup>.

**584. *Lex sportiva et droit pénal.*** L'ordre juridique sportif<sup>1205</sup> fonctionne d'une façon assez particulière, reposant sur ce que certains nomment la *lex sportiva*<sup>1206</sup>, par analogie avec la *lex mercatoria*<sup>1207</sup>. Favorisant l'internalisation de la justice<sup>1208</sup>, les fédérations ont une forme associative. Le rôle de relais qu'exercent les fédérations nationales permet d'asseoir le rôle de réglementation des fédérations internationales. Ces dernières ont également un rôle de régulateur en ce qu'elles contrôlent le respect de l'application des normes auprès des fédérations nationales. Des régulateurs externes assurent, quant à eux, un contrôle *a posteriori* par des institutions d'arbitrage et de médiation<sup>1209</sup> (*CIAS et TAS*) ou encore l'agence mondiale anti-dopage (*AMA*) des règles issues de *la lex sportiva*. La plupart des fédérations internationales forment un microcosme qui trouve refuge dans le paradis juridique et fiscal qu'est la Suisse.

Les contrats marketing et publicitaires environnant le sport enrichissent les structures et les sportifs de haut niveau. Les rémunérations des joueurs de football sont autant décriées que les montants de leurs transferts. A l'aide de conseillers fiscaux et d'agents sportifs manquant de probité, des joueurs profitent de montages fiscaux pour éluder l'impôt. Un consortium de journalistes européens a étudié, dès 2015, la prégnance de malversations financières et fiscales dans le domaine sportif. Il ressort des investigations que Jorge Mendes, agent sportif très influent, organise la fraude fiscale de plusieurs joueurs et entraîneurs. Pour ce faire il fait transiter les fonds par des structures *off-shore* et des sociétés écrans situées dans des paradis juridiques et

---

<sup>1203</sup> Autorité de régulation des jeux en ligne.

<sup>1204</sup> V. MOHLO et J.-B. GUILLOT, « Éthique du sport et renforcement de la régulation et de la transparence du sport professionnel », *JCP E*, n° 10, 9 mars 2017, spé. 172.

<sup>1205</sup> G. SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, 2001, n° 33, p. 97.

<sup>1206</sup> F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Thèse Paris X, 2005.

<sup>1207</sup> F. OSMAN, « Vers une *lex mercatoria euromediterranea* : La légistique au service de la codification, unification, harmonisation du droit des affaires de l'Union pour la Méditerranée », *Rev.droit des affaires internationales*, nov. 2009, n°5, p. 575-588.

<sup>1208</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORRRACHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, 3<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., Lextenso édition, 2012, p. 180.

<sup>1209</sup> C. DUDOGNON, B. FOUCHER, J.-P. KARAQUILLO, A. LACABARATS, *Règlement des litiges au sein du mouvement sportif*, Dalloz juris éditions, 2012.

fiscaux tels que les îles vierges britanniques, l'Irlande, le Panama et la Suisse<sup>1210</sup>. Les cas les plus connus sont ceux de Ronaldo, Mourinho, Falcao ou encore Pogba. L'Administration fiscale espagnole a ouvert une enquête contre plusieurs personnes citées par « *Football Leaks* ». Cristiano Ronaldo est poursuivi pour avoir dissimulé plus de 150 millions d'euros dans les paradis fiscaux. Cette dissimulation est le fruit d'une pratique courante des sportifs professionnels : ces derniers se font payer leurs droits à l'image par des contrats distincts et des paiements différenciés<sup>1211</sup>, ce qui facilite leur dissimulation. Ronaldo a transigé avec la justice espagnole en juin 2018, négociation qui s'est soldée par une condamnation de deux ans d'emprisonnement ferme<sup>1212</sup> et le paiement d'une amende de 18,8 millions d'euros<sup>1213</sup>.

**585. Applications concrètes.** Le marché du sport offre un formidable terrain de jeu pour la criminalité organisée. Les flux financiers illicites intègrent les structures sportives et se dissimulent dans les paradis juridiques et fiscaux. Cela se justifie par le manque de transparence concernant la provenance des fonds investis dans les grands clubs de sport. Les établissements financiers se trouvent alors au cœur de ces transactions et leur organisation de réseau peut faciliter les dissimulations.

De multiples moyens de blanchiment existent dans le domaine du sport<sup>1214</sup>. L'argent en liquide servant à payer les billets d'entrée pour assister à un match peut être utilisé pour blanchir des fonds en falsifiant les livres comptables des clubs, en vendant plus de places que ce qu'il n'a été réellement vendu par exemple. Un autre moyen de blanchir de l'argent consiste à investir dans des clubs souffrant de difficultés financières. Les sommes investies permettent de relancer le club dans une bonne dynamique financière. Seulement, la provenance des fonds peut poser problème, notamment lorsque l'investisseur dispose d'un casier judiciaire mentionnant des condamnations pour fraude. Cela est d'autant plus douteux que le domaine sportif n'a

---

<sup>1210</sup> <https://www.nouvelobs.com/economie/20161202.OBS2112/ronaldo-mourinho-des-journalistes-devoient-un-vaste-scandale-financier-sur-le-football.html>

<sup>1211</sup> N. PONS, « Economie criminelle et football » in *Football et droit*, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, 2012, p. 155-170.

<sup>1212</sup> Les peines prononcées inférieures ou égales à 24 mois ne sont pas appliquées en Espagne.

<sup>1213</sup> L'Equipe, 16 juin 2018.

<sup>1214</sup> <http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20through%20the%20Football%20Sector.pdf>

jamais été un des domaines de financement intégrant un business-plan et que la majorité des sociétés de l'investisseur ont leur siège social dans des paradis fiscaux. D'autres investissements dans le football avec de l'argent provenant du trafic de drogue ont été dénoncés après le GAFI.

## 2. Extension des solutions de compliance au domaine sportif

**586. *Systématisation des cellules de conformité et des mécanismes d'alerte.*** Les mécanismes développés dans les établissements financiers afin de prévenir les risques juridiques et financiers sont applicables en matière sportive. Les structures sportives se professionnalisant et se financiarisant énormément depuis vingt ans, elles sont susceptibles d'adopter des comportements déviants. Dès lors, la mise en place systématique de cellules de conformité dans les structures et institutions sportives professionnalisées serait une première étape dans une démarche d'apurement du marché du sport. La sensibilisation des salariés des structures et institutions sportives ainsi que des sportifs semble une bonne opportunité de lutter contre les dérives éthiques dans le sport mais également instaurer une vraie culture de conformité. C'est dans ce contexte que le lanceur d'alerte trouve un rôle majeur en matière sportive. Dès lors, une systématisation des cellules de conformité ainsi que la généralisation de mécanismes d'alertes au sein des institutions sportives ayant un certain chiffre d'affaires positionnerait la compliance au cœur de la lutte contre la délinquance financière au sein des clubs.

**587. *Droit de la régulation.*** Les cellules de *compliance* ont pour objectif d'anticiper les risques de blanchiment, de corruption et d'abus de marché au sein de l'établissement voire du groupe de société. Les *compliance officers* déterminent notamment les profils-types de clients dont le risque est faible, moyen ou fort pour qu'ils commettent des actes de blanchiment et de corruption. Des procédures de *due diligences* issues du KYC (*know your customers*) permettent d'avoir un ensemble d'éléments concernant chaque client, de déterminer d'où proviennent les fonds qui transitent par la banque et à quelle personne physique ou morale ils sont destinés. En cas de doute de l'établissement financier envers un client qui justifie insuffisamment

sa situation ou ses opérations, le responsable de la cellule conformité doit effectuer une déclaration de soupçon auprès de l'organisme TRACFIN. Dans son rapport d'activité de 2016, TRACFIN réagit à rebours en évoquant les risques de réalisation d'infractions économiques et financières issues des révélations médiatiques de « *Football Leaks* ». L'extension des solutions matérielles et fonctionnelles de la compliance au domaine sportif permettrait d'obtenir une reddition des flux financiers plus importante et plus efficace. Les montages financiers pourraient alors être décelés plus facilement.

**588. Régulation et autorégulation sportive par la compliance.** Avec une telle application de ce mécanisme d'autorégulation aux institutions sportives, de façon adaptée, cela peut permettre de détecter des montages financiers favorisant le blanchiment. En contrôlant et en analysant plus spécifiquement les flux financiers transitant par la société sportive, en adaptant les procédures de KYC aux intermédiaires sportifs et aux structures sportives, en recherchant les bénéficiaires effectifs lorsque des paiements sont effectués dans des places *off-shore*, alors le blanchiment de capitaux dans le milieu sportif serait pour le moins limité, pour le mieux éradiqué. Pour que ces mécanismes soient efficaces, il est nécessaire que les cellules compliance aient les moyens de contrôler de manière effective les opérations et les actions de la direction de la société sportive. Instaurer une culture efficiente d'éthique et de conformité dans le milieu du sport constitue un défi majeur<sup>1215</sup>, notamment lorsque certains pays organisent par eux-mêmes l'immoralité<sup>1216</sup>. Un transfert de moyens de lutte du monde des affaires au monde du sport permettrait l'avènement d'une véritable compliance sportive.

**589. Compliance et corruption.** En matière de lutte contre la corruption, la loi Sapin II est venue imposer de nouvelles règles pour certaines entreprises. En effet, dans les entreprises d'au moins 500 salariés, une fonction compliance doit prendre en charge la lutte contre la corruption en mettant en œuvre des programmes de conformité. Elle

---

<sup>1215</sup> P. SARREMEANE, « Entre instrumentalisation et humanisation : la difficile position de l'éthique du sport », *Jurisport*, 2017, ° 173, p.13.

<sup>1216</sup> Exemple de la Russie, à l'instar de l'URSS en pleine guerre froide, qui organise un dopage d'Etat.

doit établir une cartographie des risques et mettre en œuvre des procédures afin de lutter contre les atteintes à la probité. Eu égard à la dimension de certaines entreprises sportives, comme le PSG ou l'OM, cette fonction de compliance devrait être mise en œuvre. Pourtant, le PSG est une SA qui ne dispose que de 300 à 400 salariés contre 100 à 200 salariés pour la SA Olympique de Marseille. Un régime spécial pourrait être créé afin que ces entreprises sportives intègrent le périmètre de la loi Sapin II.

**590. Autres assujettis aux mesures anti-blanchiment.** Les agents sportifs sont soumis à l'obligation de déclaration de soupçon auprès de TRACFIN puisqu'ils font partie de la liste d'assujettis<sup>1217</sup>. Pourtant, selon le rapport TRACFIN de 2016, aucune déclaration de soupçon n'a été réalisée par un agent sportif depuis 2010<sup>1218</sup>. Un contrôle de TRACFIN à l'égard des agents sportifs et des avocats qui effectuent les missions d'agents sportifs, pourrait être salubre dans l'objectif de lutte contre le blanchiment dans un avenir proche<sup>1219</sup>. Néanmoins, une loi du 1<sup>er</sup> mars 2017<sup>1220</sup> visant à améliorer l'éthique et la transparence du sport a pour finalité de mieux encadrer les flux financiers et l'activité des agents sportifs<sup>1221</sup>. Enfin, les sociétés proposant des paris sportifs font également partie de la liste des assujettis aux obligations de déclaration de soupçon. Elles doivent donc disposer d'une cellule de conformité. En 2016, seulement 20 signalements ont été réalisés contre 146 en 2015, soit une baisse de 86,3 %. Cela peut paraître vraiment surprenant eu égard à l'accroissement du secteur des jeux en ligne et plus spécifiquement des paris sportifs.

Les régulateurs ont un rôle important à jouer en matière de lutte contre la délinquance financière. Pour ce faire, ils vont contrôler les mécanismes d'autorégulation des assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment et la corruption. En matière de blanchiment, l'ARJEL (*Agence de Régulation des Jeux en Ligne*) est compétente

---

<sup>1217</sup> Les assujettis sont les personnes physiques et morales faisant partie d'une liste exhaustive et devant respecter un certain nombre d'obligations imposées par la loi visant à lutter contre le blanchiment de capitaux. Voir : C. mon. et fin., art. L. 561-2.

<sup>1218</sup> Rapport d'activité TRACFIN, 2016, p. 9.

<sup>1219</sup> V. MOHLO et J.-B. GUILLOT, « Éthique du sport et renforcement de la régulation et de la transparence du sport professionnel », op.cit., spé. 172.

<sup>1220</sup> La loi n° 2017-261 du 1<sup>er</sup> mars 2017 visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs, JO 2 mars 2017.

<sup>1221</sup> Par la création de règles spécifiques aux agents sportifs communautaires, C. sport, art. L. 222-15-1.

pour contrôler les opérateurs de jeux en ligne ainsi que l'activité des parieurs. En matière de corruption, l'AFA<sup>1222</sup> est compétente pour recevoir des dénonciations de la part des entités sportives. Cette nouvelle autorité, qui n'est pas indépendante mais rattachée au ministère du Budget et au ministère de la Justice, a un rôle majeur à jouer dans le domaine sportif dans les années à venir.

La DNCG (*Direction Nationale du Contrôle de Gestion*) est une commission indépendante hébergée par la ligue professionnelle de football et qui a pour fonction d'étudier la sincérité et l'équilibre des comptes des clubs professionnels et amateurs. Désormais, afin de responsabiliser les acteurs du sport aux risques de commission d'infractions économiques, la DNCG dispose de pouvoirs de contrôle en matière d'éthique et de transparence dans le domaine sportif. Toutefois, ces pouvoirs, bien qu'intéressants, ne se limitent qu'aux acteurs du football et son rôle semble confiné à celui d'un superviseur dépourvu de pouvoir de sanction.

**591. Alerte éthique en matière sportive.** Un décret du 19 avril 2017 est venu préciser que les entreprises d'au moins 50 salariés, de droit privé et de droit public, doivent mettre en œuvre des « *procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels* »<sup>1223</sup>. Bon nombre de clubs de haut niveau sont donc tenus de mettre en œuvre des procédures d'alerte éthique. En outre, l'anonymat du déclencheur de l'alerte doit être respecté et aucune sanction disciplinaire ne pourra être engagée à son encontre. Le lanceur d'alerte bénéficie, en outre, d'une irresponsabilité pénale pour la violation des secrets protégés par loi et ne pourront pas faire l'objet de représailles diverses.

**592. Alerte éthique appliquée au domaine sportif.** Ces alertes sont une opportunité de dénoncer des agissements frauduleux<sup>1224</sup> pouvant mettre en danger les structures sportives et les sportifs eux-mêmes. Les sportifs, très au fait du fonctionnement des

---

<sup>1222</sup> Agence française anticorruption qui a remplacé le SCPC (Service central de prévention de la corruption).

<sup>1223</sup> Décr. n° 2017-564 du 19 avr. 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État, JO 20 avr. 2017.

<sup>1224</sup> M. HUSSER, « L'alerte éthique (« whistleblowing »), au service d'une meilleure gouvernance », *Jurisport*, 2017, n° 181, p. 28.



fédérations et les salariés des fédérations sont de vraies armes d'avenir concernant la lutte contre la délinquance en col blanc dans le sport. Des plate-formes sont disponibles sur internet afin de réaliser une alerte éthique en toute sécurité et en tout anonymat. Des pièces jointes peuvent être liées afin d'être traitées par des journalistes d'investigation. Les sites « SportsLeaks.com », « Fairsport.org », « Sportwhistle.eu » en sont des exemples. Au plan des institutions internationales, la FIFA a mis en œuvre une plate-forme en ligne gérée par un prestataire et qui offre la possibilité de dénoncer notamment des manipulations de match.

### **C. Les avocats et la conformité : la conquête d'un nouveau marché juridique**

**593. Ouverture de l'expertise des avocats à la compliance.** Les avocats prennent désormais pleinement part au développement d'un droit de la compliance. De multiples cabinets ont saisi les opportunités offertes par l'intégration du concept de compliance en droit français. Agissant en qualité de référents externes, d'auditeurs externes ou de consultants spécialisés, ils conseillent et mettent en œuvre les politiques de conformité au sein des entreprises. Complétant les actions entreprises par les chargés de conformité, ils ont pour mission d'élaborer des chartes éthiques, des cartographies des risques et toute « *due diligence* » nécessaire. Au plan technique, l'avocat n'apportera aux programmes de compliance une plus-value qualitative que lorsque l'entreprise qui a fait appel à ses services sera dénuée de toute cellule de conformité. Cette éventualité est à prendre en compte lorsque l'entreprise constitue une PME ou une ETI créée sur un modèle de start-up innovante à croissance exponentielle. Dans la typologie des autres sociétés, la majorité d'entre elles ont déjà entrepris des démarches visant à développer une cellule de conformité.

**594. Plus-value de l'avocat dans le domaine de la compliance.** Dans la situation où une entreprise fait appel aux services d'un avocat, il s'agit pour elle de compléter le travail déjà réalisé en amont par les chargés de conformité ainsi que de fournir une valeur ajoutée aux programmes de conformité déjà mis en œuvre. En fonction du niveau de spécificité de l'avocat qui intervient en qualité de conseil externe à

l'entreprise et du travail déjà réalisé par les chargés de conformité, la plus-value sera plus ou moins forte. L'avocat, de par les missions qui sont inhérentes à la profession, peut intervenir sous trois formes différentes en matière de compliance. Tout d'abord, il peut être sollicité afin de réaliser une consultation en matière de conformité, que ce soit à propos d'une thématique étendue ou d'un point de réglementation ou d'interprétation spécifique. Ensuite, il est à même de rédiger des actes formalisant des actions de conformité telles que des codes éthiques ou chartes de bonne conduite, ou encore la rédaction de clauses contractuelles renvoyant à des obligations de conformité. Enfin, il peut avoir une mission d'assistance de son client devant les juridictions administratives ou répressives, qu'elles soient judiciaires ou parajudiciaires. Notamment, l'assistance d'un avocat lors de la négociation d'une convention judiciaire d'intérêt public avec le procureur de la République, apparaît indispensable. Le recours à un avocat extérieur à l'entreprise apporte un savoir-faire et des ressources complémentaires à celui de la cellule de conformité sans en augmenter la masse salariale<sup>1225</sup>.

**595. La déontologie comme atout.** En réalité, l'avocat apporte aux entreprises un élément déterminant découlant des obligations déontologiques de la profession : le secret professionnel institué à l'article 2 du Règlement Intérieur National du Conseil National des Barreaux<sup>1226</sup>. L'avocat, en vertu du principe du secret professionnel, est en mesure d'opposer au régulateur ou au superviseur la confidentialité des échanges avec son client. Néanmoins, une annexe au règlement intérieur du barreau de Paris a été adoptée afin de sécuriser l'exercice d'une enquête interne par l'avocat dans le respect des règles déontologiques.

Dès lors, il apparaît que l'intérêt de recourir à un avocat en matière de compliance est essentiellement statutaire<sup>1227</sup>. Si une entreprise obtient une plus-value en recourant à

---

<sup>1225</sup> G. DEHARO, « Le rôle de l'avocat dans la gestion du risque juridique en entreprise », *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2011, p. 15 s.

<sup>1226</sup> Loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 66-5 ; Décr. n° 2005-790 du 12 juill. 2005, art. 4 ; C. pénal, art. 226-13.

<sup>1227</sup> H. BOUTHINON et F. VERDUN, « Les déterminants du recours aux avocats dans les programmes de *compliance* », Dalloz Avocat, *Exercer et entreprendre*, éd. 2020, p. 157.

un avocat, ce dernier se doit de connaître parfaitement l'environnement économique et social de son client, son organisation et ses projets de développement. Dans ce cadre de réflexion, l'avocat interviendrait en amont de tout contentieux judiciaire ou administratif et son rôle serait alors de limiter les risques judiciaires de son client. Une évolution de la profession en ce sens marquerait alors une profonde diversification des missions de l'avocat, tout en poursuivant une forme de continuité des démarches législatives déjà entreprises en matière de prévention du contentieux judiciaire<sup>1228</sup>. Il ne serait pas surprenant que dans un proche avenir, la profession d'avocat adopte une mention de spécialisation en matière de conformité. En tout état de cause, les avocats ont un rôle nouveau à jouer en matière de compliance, la relation privilégiée qu'ils ont avec leurs clients leur permettant de gérer les tensions qui pourraient subvenir avec le régulateur<sup>1229</sup>.

**596. Une pratique actuellement restreinte.** Il convient de noter que les établissements financiers font assez peu appel aux conseils d'avocats en matière de conformité. Cela s'explique de deux façons : tout d'abord, les normes de conformité à respecter en matière bancaire et financière sont telles que les organismes financiers ont déjà recruté des chargés de conformité en nombre suffisant, sans compter l'acquisition d'outils numériques, nécessaires à la réalisation efficace d'une politique de conformité. L'autre raison tient en ce que seule la situation contentieuse est susceptible de déclencher un recours à un avocat, et qui interviendra donc en aval de la politique de conformité et non en amont. Toutefois, les cabinets d'avocats anglo-saxons ayant d'ores et déjà une culture de conformité accrue, peuvent obtenir des parts de marché dans la gestion externe de la compliance par les établissements financiers.

**597. Hégémonie de la culture de conformité.** Ainsi, les cellules de conformité doivent s'inscrire dans une logique d'extension de leurs processus internes vers de nouvelles thématiques sociales et sociétales. Une cartographie des risques limitée aux risques de

---

<sup>1228</sup> Il est notamment fait référence ici à la Loi pour une justice du XXI<sup>e</sup> siècle qui vient imposer, dans un certain nombre de matières contentieuses, le recours aux mécanismes de médiation et de conciliation avant toute assignation en justice.

<sup>1229</sup> N. TOLLET, « Quand l'avocat s'impose en partenaire privilégié de l'évaluation des tiers », Dalloz Avocats, *Exercer et entreprendre*, éd. 2020, p. 184.

blanchiment de capitaux, de corruption et aux conflits d'intérêts se révélera être largement insuffisante à l'avenir. La gestion des risques de réputation passera également par la gestion du risque social et environnemental, d'où l'intérêt de catégoriser et cartographier ces nouveaux risques. La compliance, en assurant la place de l'entreprise dans l'évolution sociale et sociétale majeure à venir, acquiert un rôle hégémonique, à la fois au sein de l'entreprise mais également au sein de la société. Par ailleurs, « *elle est aussi un principe dynamique tendant à évaluer, en continu et dans un domaine donné, l'exposition des entreprises aux risques de sanctions - pénales ou administratives -, aux coûts destinés à permettre le retour à la conformité, et aux risques de dégradation de leur image et de leur réputation* »<sup>1230</sup>.

## **Paragraphe 2. La persistance des risques inhérents à la finance de l'ombre**

La finance de l'ombre constitue un fléau pour les Etats et les organismes financiers. En effet, la multiplication des flux illicites transitant par des circuits et des acteurs financiers non-régulés favorisent le blanchiment de capitaux, le noircissement de capitaux mais également le financement du terrorisme. De plus, les mécanismes de titrisation apparaissent comme étant des outils précieux dans le but de véhiculer les flux illicites de la finance de l'ombre. Ces mécanismes constituent donc des vecteurs de la finance de l'ombre (A). La finance de l'ombre transitant par des organismes financiers étant à la fois à l'intérieur et à l'extérieur du périmètre de conformité, ces derniers sont donc les acteurs qui doivent être impliqués dans un changement de paradigme. A l'aide d'un outil dont ils disposent déjà, la cellule de conformité, ces organismes financiers sont en mesure de « défier » la finance de l'ombre (B).

---

<sup>1230</sup> J.-N. CLEMENT, « La compliance environnementale », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 16, Janvier 2019, 17.

## **A. Le mécanisme de titrisation comme vecteur de la finance de l'ombre**

**598. Origines de la finance de l'ombre.** Traduit en français par l'expression « *finance de l'ombre* », ce concept évoque l'ensemble du secteur financier non-régulé. En matière purement financière, il est souvent relié au *shadow trading* et aux *shadow market*, c'est-à-dire une véritable finance obscure qui s'organise depuis les années 1980, dans le courant du mouvement néolibéral. Cette finance alternative s'est accrue depuis le début des années 2000 en raison du fort développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication ainsi que des nouveaux moyens de financements « *extra-bancaires* » des entreprises. La finance de l'ombre a pu se développer en raison du fait que la régulation a entamé la compétitivité des banques. La finance de l'ombre est donc le produit d'une vision très libérale du capitalisme et constitue ce que certains désignent comme étant « *une menace fantôme* »<sup>1231</sup>. Le regain des politiques de régulation prises à la suite de la crise financière de 2008 forme donc un socle favorable à la finance de l'ombre. Les organismes financiers, ayant la volonté d'échapper aux contrôles des régulateurs, se sont naturellement tournés vers les véhicules financiers agissant dans l'ombre. Le terme même de « *shadow banking* » a été inventé en 2007 par l'américain Paul Mc Culley et visait à dénommer les sociétés ad hoc et autres véhicules de titrisation. Cette expression a ensuite obtenu une acception plus large en intégrant dans son champ sémantique « *l'ensemble des intermédiaires financiers non-bancaires, réalisant les mêmes activités que les banques, sans avoir accès aux garanties publiques : fonds de capital-investissement, fonds spéculatif, société de crédit et autres fonds monétaires, mais aussi toutes les institutions financières ayant une activité bancaire sans être formellement contrôlées et régulées comme des banques* »<sup>1232</sup>.

---

<sup>1231</sup> F. PASQUALINI, « *Shadow banking*, l'Union Européenne contre-attaque », *Rev. Intern. de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 3, oct. 2015, comm. 98.

<sup>1232</sup> G. SYME, A.A.E.L.S.H.U.P., « Finance de l'ombre ou finance criminelle ? », *Humanisme et entreprises*, 2013/4, n° 314, p. 64.

**599. Définition et ampleur de la finance de l'ombre.** Ces fonds monétaires, que la pratique nomme « *Money Market Fund* » ; sont des entités du *shadow banking* puisqu'elles constituent un véhicule de titrisation fondamental et opaque. Il est admis que ces fonds monétaires ont joué un rôle d'accélérateur de la crise de 2008, en ce qu'ils n'étaient pas aptes à maintenir la capacité liquidative du marché, ce qui a eu pour conséquence le retrait massif des fonds<sup>1233</sup>. Le Conseil de Stabilité Financière<sup>1234</sup> estime que la finance de l'ombre compose « *un système d'intermédiation de crédit composé d'entités et d'activités extérieures au système bancaire classique* ». En 2014, ce conseil estimait que la finance de l'ombre représentait environ 24 % du système financier mondial. Plus précisément, cela correspond à 75 000 milliards de dollars d'actifs, soit la moitié des actifs bancaires et 120 % du PIB mondial<sup>1235</sup>. Le Conseil de Stabilité Financière mentionne, dans ses rapports d'activité concernant les années 2017 et 2018, les risques liés à une gestion trop libérale de la finance de l'ombre<sup>1236</sup>. Le système financier parallèle aurait un poids d'environ 12% du système financier global<sup>1237</sup>. Il a été observé que le mouvement de néolibéralisation de l'économie datant des années 1980 avait promu la règle des 3 D (dérégulation, désintermédiation, déréglementation). De cette règle a découlé une financiarisation massive de l'économie, qui a eu pour conséquence un afflux massif, pour les entreprises, des moyens de financement désintermédiés. La finance de l'ombre est accusée par plusieurs auteurs d'être l'un des facteurs aggravant de la crise des *subprimes* de 2007 ainsi que l'une des causes principales de l'écroulement temporaire du système financier mondial<sup>1238</sup>. En pratique, les banques sortaient de leurs bilans une part importante de leurs crédits tout en modifiant leurs structures de financement, en

---

<sup>1233</sup> E. VIEILLEFOND, « Désintermédiation, protection des consommateurs et devoir de conseil », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, pp. 249-264.

<sup>1234</sup> FSB (Financial Security Board) en anglais.

<sup>1235</sup> F. PASQUALINI, « *Shadow banking*, l'Union Européenne contre-attaque », *op. cit.*

<sup>1236</sup> M. ROUSSILLE, « Trois questions : le *shadow banking* system », *JCP E*, n° 21-22, 22 mai 2014, 370.

<sup>1237</sup> F. MARC, Sénat, Rapport d'information sur l'amélioration de la transparence et de la régulation du système financier parallèle, n° 607, session 2015-2016, 12 mai 2016, p. 25.

<sup>1238</sup> J.-F. GAYRAUD, « Dans les eaux glacées du crime organisé », *S.E.R.*, Etudes, Tome 419, 2013/10, p. 305 ; « *Subprimes* : crise innommable, donc incurable ? », *ESCA, Sécurité globale*, 2011/2, n°16, pp. 43-57 ; G. SYME, « Finance de l'ombre ou finance criminelle ? », A.A.E.L.S.H.U.P., *Humanisme et entreprises*, 2013/4, n° 314, pp. 63 à 68.

transférant le risque de crédit à des entités dédiées et prenant la forme de “conduits”, SIV ou encore de SPV<sup>1239</sup>.

**600. Mécanique de la finance de l'ombre.** Le mécanisme prévalant dans cette finance de l'ombre est somme toute assez aisé à déterminer. Les institutions financières qui composent la finance de l'ombre ne reçoivent pas de fonds de déposants particuliers mais uniquement de déposants institutionnels, puisqu'ils ne sont pas autorisés à collecter les dépôts provenant du public. En outre, les dépôts du public font l'objet d'une garantie d'Etat, garantie dont ne peuvent profiter les financiers de l'ombre en vertu de leur statut. Par ailleurs, la finance de l'ombre est particulièrement appréciée des acteurs de marché puisqu'elle permet la réalisation de transactions en dehors de tout système de régulation. De plus, elle assure le financement de l'économie à l'économie réelle. Les instruments privilégiés pour assurer cette fonction consistent surtout dans l'achat de crédits titrisés ou d'obligations d'entreprises par le biais d'instruments financiers<sup>1240</sup>. La volonté des acteurs du système financier de financiariser les titres de dettes émis par les banques a été favorisée par les véhicules de titrisation de la finance de l'ombre.

**601. Critères d'identification de la finance de l'ombre.** Il est parfois difficile d'établir les critères d'identification de la finance de l'ombre, notamment en ce qui concerne la distinction tenue entre activités et entités de titrisation. Une multitude d'acteurs de la titrisation donnent vie au phénomène de dilution du risque de crédit au travers d'entités telles que les FCPM, les SPV, les fonds d'investissement ou encore les *hedge funds et autres entités ad hoc*. Au plan technique, la titrisation se fondait essentiellement sur la technique du collatéral (*CDO*). Il relève donc des éléments susmentionnés que la finance de l'ombre est dangereuse pour au moins cette raison : l'absence de régulation des activités qui engendre un fort risque systémique et du blanchiment de capitaux. La principale difficulté inhérente à la finance de l'ombre consiste dans le degré d'analyse de ce système. Etudiées sous l'angle des activités, les activités de titrisation et

---

<sup>1239</sup> B. JACQUILLAT et J.-C. ROCHET, « Introduction », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, pp. 9-16.

<sup>1240</sup> A. ARQUIE et P. ARTUS, « Mesurer le système bancaire de l'ombre au sein de la zone euro : que sait la BCE ? », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 33.

d'arbitrage sont aisément distinguables. Étudié sous l'angle des acteurs, il est alors plus difficile de sectoriser les institutions relevant de la finance de l'ombre et celles n'en relevant pas. Une porosité entre les activités relevant de sphère bancaire traditionnelle et celles relevant de la finance de l'ombre est apparue dans les années 1990<sup>1241</sup>. Cette porosité est notamment due à la recrudescence de l'utilisation de la technique de titrisation par les banques commerciales classiques. En effet, ces banques ont titrisé une partie de leurs prêts afin de garantir la couverture de ces prêts et de diminuer les risques inhérents à leur non-remboursement. Par la volonté de diluer les risques et donc d'échapper aux conséquences juridiques et économiques d'un défaut de paiement, les banques classiques ont donc recouru à la titrisation sur les marchés financiers. Cette titrisation est en principe le fruit de l'activité d'autres organismes financiers agissant hors cadre de régulation.

**602. Prévalence de l'arbitrage réglementaire.** En réalité, l'extension de la titrisation peut également être analysée comme la conséquence de l'arbitrage réglementaire qui s'effectue depuis les années 1990. L'arbitrage réglementaire correspond à la distorsion née d'une contrainte réglementaire. En effet, « *la réglementation peut créer une incitation à la titrisation et au transfert de la propriété juridique de cet actif vers une structure appartenant au système bancaire de l'ombre* »<sup>1242</sup>. Le concept d'arbitrage réglementaire fait alors référence à la notion de frontière, la frontière entre le domaine régulé et le domaine non régulé. La régulation aurait pour conséquence une forme de bridage de la maximisation des profits par les banques, ce qui les inciterait alors à rediriger l'allocation de capitaux vers le système non régulé et, par voie de conséquence, plus rémunérateur à court terme. Bien que de telles dérives existent, la régulation pallie toujours la dangerosité des théories flattant l'omniscience des marchés financiers et leur capacité à s'autoréguler<sup>1243</sup>. L'avènement de nouveaux outils tels que les monnaies virtuelles et l'anonymat les entourant abondent un peu plus le

---

<sup>1241</sup> A. ARQUIE, « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 70.

<sup>1242</sup> A. ARQUIE, « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique », *op. cit.*, p. 74.

<sup>1243</sup> Cette théorie est nommée en pratique théorie du *free-banking*.



danger que constitue cette finance de l'ombre sur le système bancaire et financier mondial<sup>1244</sup>.

**603. Analyse criminologique de la finance de l'ombre.** Au plan criminologique, des auteurs ont pu analyser de quelle façon l'enchaînement des fraudes systémiques a conduit à une anomie générale de l'ensemble du système financier. En effet, les fraudes à l'origine des bulles spéculatives liées aux *subprimes* ne sont que la conséquence d'une organisation prédatrice de l'économie. Deux attitudes déviantes sont à l'origine des fraudes massives ayant causé la crise de 2007. La première tient dans l'incitation des ménages aux revenus modestes à souscrire des prêts immobiliers alors même qu'ils n'avaient pas la capacité de les rembourser, cela en raison de l'absence de travail, de revenus et de capital. Les banquiers, afin de justifier la proportionnalité de ces prêts, exécutaient des faux en écritures dans leur comptabilité ainsi que dans les contrats réalisés. Des banques spécialisées en prêts hypothécaires (*mortgage lenders*) et les courtiers en prêts hypothécaires (*mortgage brokers*) sont les premiers acteurs de l'ombre de cette fraude massive. Une fois conclus, les prêts étaient titrisés afin de diluer les risques de non-remboursement, c'est-à-dire qu'ils faisaient l'objet d'une transformation en titres financiers. Pour ce faire, des pools d'actions étaient émis, comprenant alors les prêts nocifs avec d'autres actifs moins risqués. Ces pools faisaient ensuite l'objet d'une notation triple A par les agences de notation, elles-mêmes connaissant asymétriquement la dangerosité de ces prêts. La décharge des risques de défaillance par le biais de la titrisation rendait nécessairement bancal le système financier. La principale contamination du système financier mondial vient de la transformation de ces prêts prédateurs en CDO (*Collateralized Debt Obligations*). Il est à noter que cette titrisation est à la fois soumise aux phénomènes d'asymétrie d'information et d'antisélection<sup>1245</sup>. Dès lors, un fort risque réside dans des erreurs d'évaluation qui, cumulées, provoquent un risque systémique. Les banques ont tenté de dissimuler ces dérives en se victimisant, expliquant subir la situation, alors même qu'elles en étaient à l'origine. Ces pratiques déviantes font la démonstration d'une

---

<sup>1244</sup> B. BURY, « Shadow activities : quel encadrement ? », *Gaz. Pal.*, 18 mars 2014, n° 77, p. 3.

<sup>1245</sup> Au sens entendu par l'économiste AKERLHOF.

criminalité en col blanc née directement des incitations perverses dont l'origine se trouve dans les politiques générales de dérégulation<sup>1246</sup>. Pour certains auteurs, le *shadow banking* consiste dans la dernière étape de l'innovation financière, pour le moins dangereux en raison des risques intrinsèques dont il est porteur<sup>1247</sup>.

**604. Risques liés à la finance de l'ombre.** Le développement de la finance de l'ombre fait peser quatre risques systémiques principaux : une grande opacité des opérations réalisées par son intermédiaire, un endettement de ce secteur peu capitalisé, la constitution de sources de financement à très court terme et extrêmement volatiles, et enfin un risque né de blanchiment de capitaux, voire même de noircissement de capitaux en raison de l'opacité et de la célérité qu'il assure<sup>1248</sup>.

**605. Effets néfastes de la finance de l'ombre.** Une fois le constat de l'existence d'une finance de l'ombre aux activités conséquentes, il reste à se poser la question du fait générateur du développement de celle-ci. Le principal d'entre eux est celui de l'existence d'un droit de la régulation qui diminuerait la compétitivité des banques. En effet, le droit de la régulation impose aux banques une structure de financement déterminée avec une part précise de capitaux propres. Cette structure a pour conséquence un affaissement de la rentabilité et de la compétitivité, elles-mêmes justifiant une possible fuite des banques vers le système bancaire de l'ombre. La doctrine économiste s'est alors demandé si cette politique de régulation constituait un coût pour les banques commerciales justifiant alors une fuite vers la finance de l'ombre, mais aussi si le système bancaire de l'ombre avait une utilité sociale<sup>1249</sup>. En réalité, la finance de l'ombre assure, pour les banques, une double fonction. Tout d'abord, elle permet aux banques de marché de fuir les carcans d'un système régulé et réglementé. Ensuite, elle offre la possibilité aux banques commerciales des dépôts en gros par des investisseurs institutionnels, la titrisation assurant un apport substantiel

---

<sup>1246</sup> G. SYME, « Finance de l'ombre ou finance criminelle ? » *op. cit.*, p. 67.

<sup>1247</sup> D. NOUY, « Les risques du *shadow banking* en europe : le point de vue du superviseur bancaire », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 223.

<sup>1248</sup> G. SYME, « Finance de l'ombre ou finance criminelle ? », *op. cit.*, p. 65.

<sup>1249</sup> A. ARQUIE, « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique », *op. cit.*, p. 73.

de liquidités, l'arbitrage réglementaire assurant quant à lui une diversification et une dilution des risques. La compétitivité et la rentabilité des banques est alors pérennisée par l'ensemble de cette chaîne d'activités.

**606. Vision prospective.** Du point de vue prospectif, la finance de l'ombre est appelée à se développer en raison de l'accroissement de nouveaux moyens d'information et de communication. Ainsi, la croyance en la diminution des risques d'asymétrie d'information couplée à la négligence des risques, offre des perspectives de croissance continue au *shadow banking*<sup>1250</sup>. Afin d'endiguer le développement du *shadow banking*, la nécessité d'une plus grande transparence des activités, et non pas des acteurs, sur lesquelles repose la finance de l'ombre apparaît comme une priorité<sup>1251</sup>. Alors que la finance de l'ombre est fortement critiquée pour son opacité et les risques systémiques qui lui sont inhérents, des auteurs la défendent et en souhaitent même le développement, sous réserve qu'elle fasse l'objet d'un encadrement<sup>1252</sup>.

**607. Risque systémique inhérent au shadow banking.** Du fait de la mise en œuvre de politiques néolibérales à compter des années 1980, le phénomène de désintermédiation a profondément modifié la fonction du banquier. Jusqu'au développement de ces politiques, les banques bénéficiaient d'un monopole d'intermédiation et figuraient parmi les piliers de l'économie réelle. Par son rôle d'intermédiation, la banque fait le lien entre économie financière et économie réelle, notamment par ses activités de collecte de fonds et de crédit. Toutefois, la financiarisation de l'économie a largement bouleversé le rôle des banques en matière d'opérations de banque puisque celles-ci peuvent désormais être réalisées par des organismes n'ayant pas été agrémentées par l'AMF<sup>1253</sup>. Les banques, en qualité d'organismes financiers, font partie du périmètre de régulation et de supervision. Pour certains auteurs, réglementation directe et une supervision soutenue du secteur bancaire contribuent à une réglementation

---

<sup>1250</sup> A. SUNDERAM, « La croissance du shadowbanking », *Rev. d'éco. fin.*, 2° 13/1, n° 109, pp. 53-68.

<sup>1251</sup> M. ROUSSILLE, « Trois questions : le *shadow banking* system », *op. cit.*, 370.

<sup>1252</sup> H. BOUCHETA, « *Shadow banking* : menace ou opportunité ? », *BULL. JOLY BOURSE*, avril 2016, n° 04, p. 171.

<sup>1253</sup> M. STORCK, « Fonction sociale du banquier : la fin d'un monopole », *Rev. Dr. banc. et fin.*, n° 1, janv. 2019, Dossier 10.

« indirecte » de la finance de l'ombre<sup>1254</sup>. En d'autres termes, imposer des règles de supervision contraignantes aux établissements financiers proches des opérations de *shadowbanking* offre la possibilité d'influencer sur le volume des opérations ainsi que sur les standards et pratiques des secteurs peu régulés ou non-régulés. Le risque systémique de la finance de l'ombre est lié à un enchevêtrement entre établissements bancaires et établissements non-bancaires, du fait des activités proposées et des véhicules de titrisation utilisés.<sup>1255</sup> Ainsi, ces enchevêtrements prennent la forme de filialisations ou bien encore des opérations de refinancement des lignes de crédit, de liquidités, d'investissements croisés. Des organismes de financement spécialisés<sup>1256</sup> sont devenus la pierre angulaire de la finance de l'ombre. Ils prennent juridiquement la forme de fonds de financement spécialisés qui s'établissent sur le modèle des fonds communs de placement ou bien encore sur le modèle des SICAV avec les sociétés de financement spécialisées. Une législation spécifique prévue par le code monétaire et financier encadre le fonctionnement de ces véhicules financiers. Ces organismes font notamment l'objet d'une politique de financement propulsée par une société de gestion de portefeuille, bénéficiant d'un agrément de l'AMF. Plus précisément, un agrément AIFM « octroi de prêts et programmes d'activité » offre la possibilité aux sociétés de gestion d'avoir en portefeuille des organismes de financement spécialisés. Une instruction de l'AMF datant du 27 juin 2016 a décrit les conditions d'octroi de prêts de la part de ces sociétés. Elles doivent notamment disposer d'un système d'analyse spécifique aux risques liés à l'octroi de prêts en direct couvrant les aspects juridiques, financiers et de structuration de prêts<sup>1257</sup>.

**608. Formes de régulation des entités de financements non-bancaire.** Un label ELTIF, spécifiquement prévu pour les fonds d'investissement alternatifs, a été créé par le règlement européen datant de 2015<sup>1258</sup>. Ce label sera délivré, sous conditions, à

---

<sup>1254</sup> D. NOUY, « Les risques du shadowbanking en europe : le point de vue du superviseur bancaire », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 226.

<sup>1255</sup> M. STORCK, « La régulation de l'activité bancaire des FIA : la finance de marché sort de l'ombre », *RTD Com.*, 2017, 939.

<sup>1256</sup> Que la pratique nomme OFS.

<sup>1257</sup> Instr. AMF, DOC-2016-02.

<sup>1258</sup> Règlement UE n° 2015/760, sur les fonds européens d'investissement de long terme (ELTIF).

des véhicules d'investissement visant à apporter des financements de longue durée à des projets d'infrastructure, des sociétés non cotées ainsi que des PME cotées<sup>1259</sup>. Également, une loi de finances rectificative de 2015 a étendu, au profit de certains FIA, la possibilité de conclure des contrats de prêts aux entreprises en dehors du cadre du règlement ELTIF<sup>1260</sup> en matière d'actifs éligibles et de diversification. Les conditions d'octroi de ces prêts ont été précisées à la suite de lois et décrets ultérieurs mais ces mêmes textes ont ouvert d'autres possibilités de financement aux fonds de placement spécialisés et aux fonds professionnels de capital investissement. Dès lors, les entités de financement non-bancaire font l'objet d'une régulation et d'une réglementation différente de celles appliquées aux établissements bancaires. Le principe d'égalité de traitement entre les acteurs du secteur bancaire et les acteurs de la finance de l'ombre est donc écarté par le législateur, préférant alors appliquer des règles prudentielles et des règles de transparence divergentes. Cette dualité de réglementation et de régulation reposerait sur le fait que les compagnies d'assurance et les gérants d'actifs possèdent un modèle économique empreint de ses propres spécificités qui, elles-mêmes, ne peuvent être soumises au régime protecteur des risques systémiques auquel sont soumis les établissements bancaires. Cette diversité de protection empêcherait alors l'élaboration de politiques générales inadéquates ainsi que l'augmentation des risques de déstabilisation du système bancaire<sup>1261</sup>.

## **B. La conformité au défi de la finance de l'ombre**

**609. La conformité face à la finance de l'ombre.** Les liens entre finance de l'ombre et conformité sont pernicieux. En effet, les cellules de conformité sont des structures rattachées aux organismes financiers car leur existence est imposée à la fois par le législateur, le régulateur financier et le superviseur. Néanmoins, bien que les

---

<sup>1259</sup> B. HENRY et P. MOLINELLI, « Le régime des ELTIF en droit français », *BULL. JOLY BOURSE*, 2016, p. 221 ; T. JEZEQUEL, « Les fonds européens ELTIF. Un nouvel outil pour financer les investissements à long terme », *Banque et droit*, 2016, n° 167, p. 11 ; I. RIASSETTO, Fonds européens d'investissement à long terme, *Banque et droit*, 2015, n° 161, p. 72.

<sup>1260</sup> Loi de finances rectificative n° 2015-1786 du 29 décembre 2015, JO n° 302 du 30 décembre 2015.

<sup>1261</sup> M. STORCK, « Fonction sociale du banquier : la fin d'un monopole ? », *Rev. dr. banc. et fin.*, janv. 2019, n° 1, dossier 10.

établissements financiers entrent pleinement dans le champ de la régulation, l'ensemble des opérations qu'ils effectuent ne font pas partie du périmètre de régulation financière. Il paraît alors surprenant que la finance de l'ombre dérégulée soit si intimement mêlée à des organismes régulés. Dès lors, se pose la question des flux financiers ainsi que des opérateurs qui font l'objet de points de contrôle par les chargés de conformité. En effet, si des « *murailles de Chine* » existent en matière de prévention de potentiels conflits d'intérêts, un phénomène similaire semble s'observer en matière de flux financiers. Les flux régulés font l'objet d'analyses de la part des *compliance officers* alors que les flux n'intégrant pas le périmètre de régulation en sont exclus. Ainsi, une frontière peu poreuse s'érige entre les flux régulés et contrôlés par la cellule conformité, et les flux non régulés qui ne font l'objet d'aucun contrôle de la cellule conformité. En ce sens, la « conformité de l'ombre » n'existe pas en pratique, ce qui pose de graves problèmes dans la gestion des risques financiers. Seuls les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance et des divers comités de direction des établissements financiers ont connaissance des flux circulant par leur entité, sans en connaître véritablement l'ampleur. En réalité, les flux financiers issus de la finance de l'ombre sont libres de tout contrôle. Les mécanismes de régulation et d'autorégulation n'en ont pas pleinement connaissance au plan quantitatif et qualitatif. En d'autres termes, ils ne peuvent connaître exactement de la quantité de flux occultes transitant par leurs livres comptables ni même l'ampleur des montants objets de transactions. Cette dimension de « *flux insaisissables* » a pour conséquence une inaction des autorités de régulation privées d'informations, ainsi qu'une inaction des mécanismes d'autorégulation en raison du « bridage » des cellules de conformité aux flux légaux par la direction générale des institutions financières. Le phénomène d'autorégulation s'est accru en réaction à la crise de 2008, il était donc logique que les *compliance officers* aient en charge un contrôle plus précis des mécanismes de titrisation et de dilution des risques des établissements qui les emploient. Evidemment, le lien de subordination pourrait inhiber toute volonté de contrôle des activités qui s'effectuent auprès de véhicules financiers de l'ombre. L'autorégulation ne peut-elle alors se substituer à une véritable politique de régulation des flux financiers ayant pour objet de diluer les risques financiers de l'établissement de crédit ?

**610. Proposition de création d'une infraction spécifique.** Partant de ces constats et afin de développer une conformité efficace en matière de finance de l'ombre, la principale mesure à prendre en considération est l'amélioration de l'information communiquée. Il est nécessaire que l'asymétrie d'information cesse entre les dirigeants d'institutions financières et les autorités de régulation. Seule une régulation internationale efficace sera apte à réduire l'importance de ces flux financiers transitant par des vecteurs sombres<sup>1262</sup>. Une politique pénale répressive en matière de rétention d'informations sensibles au plan systémique pourrait être intronisée. Une infraction spécifiquement créée dans cette finalité pourrait servir la cause de la lutte contre la criminalité financière. En effet, en contraignant les dirigeants d'établissements financiers à transmettre aux autorités de régulation ainsi qu'aux tribunaux de commerce les informations financières comportant un risque systémique, cela faciliterait le traçage des flux financiers issus de la finance de l'ombre. Cette nouvelle infraction aurait pour avantage de circonscrire l'inflation de l'opacité financière. Aussi, pour rendre cette infraction efficace, il faudrait la limiter aux seules personnes physiques ayant une fonction de direction au sein de l'établissement financier (infraction attitrée). L'objectif serait ici d'empêcher le dirigeant de se cacher derrière le miroir de la personne morale et ne pas assumer ses responsabilités. Il s'agira également d'objectiver le concept de systémique et, par voie de conséquence, l'information se rapportant à ce terme. La caractérisation du concept de « rétention » sera également déterminant afin de rendre l'incrimination dissuasive.

---

<sup>1262</sup> E. JEFFERS et D. PLIHON, « Le *Shadow banking* system et la crise financière », *Cahiers français* n° 375, *La Documentation française*, juin 2013 p. 50 ; Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 3<sup>e</sup> ed. 2016, n° 223 s

## Conclusion du chapitre 2

---

Le droit d’alerte est un mélange des principes de liberté d’expression, de loyauté et de secret des affaires. La subtilité de ce mélange, contrôlée par les juges et les régulateurs, peut offrir une légitimité complète au phénomène du lanceur d’alerte et ancrer un peu plus ce mécanisme dans la culture juridique française. Aussi, l’alerte crée une tension en ce qu’elle « *oppose le droit de savoir, la liberté d’expression à des institutions fonctionnant sur les principes de la hiérarchie et du secret. Elle révèle les failles de l’État de droit* »<sup>1263</sup>. Mais ce mécanisme s’ouvre à de nouveaux domaines encore trop méconnus du domaine du droit pénal des affaires : le domaine sportif. Ce dernier subit un transfert de criminalité issu du monde « classique » des affaires et se financiarise de façon exponentielle. L’argent sale circulant également dans ce domaine, une systématisation de procédés de compliance dans les institutions et les structures sportives professionnalisées est absolument souhaitable dans avenir proche. En alliant les mécanismes de compliance des structures sportives et ceux des établissements financiers, puisque les flux d’argent circulent par ces derniers ; un traitement a priori des infractions pourrait être appliqué de façon efficace. La conformité s’ouvre également à de nouveaux horizons tels que l’environnement ou la protection des salariés. Cependant, si c’est extension du périmètre d’extension est favorable à l’avènement d’une culture de conformité globale, le contrôle de la finance de l’ombre demeure insuffisant de la part des cellules de conformité. Cela est dû à un manque de moyens ou l’impossibilité d’accéder aux informations relatives aux flux financier douteux.

---

<sup>1263</sup> E. ALT, « Lanceurs d’alerte : un droit en tension », *JCP G*, 2014, doct. 1092.



## CONCLUSION DU TITRE 2

---

Les défaillances de la cellule compliance créent un risque juridique, financier et réputationnel pour l'établissement financier. Le mécanisme d'autorégulation trouve ses limites dans la volonté réelle de l'établissement financier d'établir, de créer une culture de conformité et de doter sa cellule compliance de moyens humains et technologiques suffisants pour remplir ses missions. Le processus d'autorégulation ne peut se suffire à lui-même et nécessite une intervention extérieure. Celle-ci intervient de deux façons distinctes : par le régulateur administratif et par le régulateur pénal. Les défaillances de la cellule de conformité peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires et administratives par l'AMF et l'ACPR mais également l'objet de sanctions pénales et civiles de la part des juridictions judiciaires, à l'encontre de la personne morale et des personnes physiques responsables. Outre l'organisation de la cellule de conformité, les autorités de régulation contrôlent la mise en œuvre des *process* visant à faire respecter les règles de supervision imposées. Également, un contrôle spécifique est réalisé quant à la prévention de multiples infractions telles que le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme, la corruption ou encore les abus de marchés. Ces infractions tenant de la délinquance économique et financière doivent faire l'objet d'un traitement particulier de la part des établissements financiers. Les domaines dans lesquels l'exigence de compliance apparaît, s'étendent au fil des réformes législatives internes. Ces types de délinquance économique et financière sont marqués par une forte technicité. L'avenir de la compliance, sous l'égide et le contrôle des régulateurs, sera de combler ce retard voire même d'anticiper les pratiques délictueuses. Pour ce faire, les organismes financiers pourront bénéficier des informations que soulèveront les lanceurs d'alerte qui, sous un statut qui leur est plus favorable et protecteur désormais, seront plus enclin à dénoncer les pratiques qu'ils jugent illégales ou peu éthiques.

Le domaine du sport constitue également un domaine d'avenir dans lequel les établissements financiers tiendront un rôle-clef en ce qui concerne la lutte contre la délinquance économique et financière. En effet, au regard du montant des capitaux circulant dans le monde du sport professionnel, de l'attrait pour les clubs des montages fiscaux et sociétaires dans le but d'éluder ou de minorer leur base d'imposition, de la circulation d'argent potentiellement sale en provenance de Russie et d'autres pays où la corruption est prégnante, la mise en œuvre de politiques de compliance efficaces peut être perçue comme un possible remède. Bien que cela ne puisse suffire à éradiquer ce type de délinquance, cela permettra pour le moins d'identifier et d'offrir une traçabilité des flux financiers circulant dans le domaine du sport. La cellule de conformité fera face à de nouveaux défis, le développement de la protection de l'environnement mais aussi la lutte contre les flux financiers illicites inhérents à la finance de l'ombre.

## **CONCLUSION DE LA PARTIE 2**

---

Une fois analysée sous un angle théorique, il s'avérait nécessaire de percevoir la conformité sous un angle pratique. La conformité étant un concept issu de la pratique, les pouvoirs publics internationaux ont considérablement augmenté son périmètre d'application au profit de grandes thématiques liées à la délinquance astucieuse. C'est ainsi que la culture de compliance s'ouvre désormais à l'anticipation des risques de corruption et d'abus de marché. Les établissements financiers ont développé depuis plusieurs années, de leur propre initiative puis sous la contrainte des pouvoirs publics, un savoir-faire particulier en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La traçabilité des flux financiers illicites, l'identification des avoirs criminels ainsi que l'identification des bénéficiaires effectifs sont des outils de lutte utilisés plus efficacement par les organismes financiers. Avec les risques financiers, réputationnels et juridiques qui pèsent sur ces derniers en cas d'usage de leur structure à des fins délictuelles, l'obligation de vigilance à laquelle ils sont soumis s'est muée en obligation de défiance. Les diligences à réaliser auprès des clients, des opérations passées par la structure, l'identification des capitaux mais aussi les diligences de sensibilisation et de formation des salariés de l'organisme aux risques de blanchiment et de corruption sont devenues beaucoup plus prégnantes depuis quelques années. Les politiques publiques sont favorables à l'acculturation rapide et efficace du modèle anglo-saxon de compliance, sans percevoir les spécificités qui pourraient tenir d'un système de droit continental.

Dès lors, les sanctions prononcées par les régulateurs financiers et les superviseurs en matière de défaillance des cellules de conformité sont de nature à pérenniser la culture de conformité. Les amendes prononcées sont lourdes et la mise en conformité de l'organisme défaillant apparaît comme une sanction complémentaire allant dans le sens d'une acculturation de la compliance par la contrainte. Ce mouvement pourrait utilement s'étendre au domaine sportif où de nombreux clubs exercent sous la forme de sociétés anonymes et de sociétés à statuts spéciaux. Ils se situent au centre de mouvements de capitaux toujours plus massifs en raison de la

médiatisation croissante des évènements sportifs. Le sport apparaissant comme un vecteur privilégié de blanchiment de capitaux, il sera utile d'y intégrer une dose de compliance afin de prévenir les risques et de limiter les flux illicites.



# **CONCLUSION GÉNÉRALE**

Les établissements financiers sont les destinataires naturels de fonds d'origine criminelle. L'ordre public économique, dans un souci d'efficacité, a choisi un système rationnel de traitement des flux criminels en affectant le contrôle de ces flux aux acteurs faisant le lien entre économie financière et économie réelle. Dès lors, la lutte contre les flux financiers illicites est financée par une partie du secteur privé du fait du dogme de la lutte anti-blanchiment issu du GAFI notamment. En effet, l'approche par les risques du blanchiment et du financement du terrorisme impose aux personnes physiques et morales assujetties de mettre en œuvre des structures capable de contrôler et de déterminer quels sont les flux financiers illicites ou potentiellement illicites ainsi que leur émetteurs et leurs bénéficiaires. Cet assujettissement est générateur de coûts importants pour les organismes financiers mais également de responsabilités importantes, notamment en cas de carences. Celles-ci peuvent provenir de la structure même de la fonction conformité et des missions qui lui sont affectées. Elles peuvent aussi provenir de la réalisation de ces missions par les chargés de conformité. Fondé originellement sur un mécanisme incitatif, le système actuel trouve son équilibre de fonctionnement par un système coercitif, plus adapté aux objectifs de résultats fixés par les politiques publiques en matière de lutte contre le financement du terrorisme, du blanchiment et du noircissement de capitaux. Cette délégation publique de la lutte contre ces flux illicites marque également l'acculturation, en France, d'un mode de pensée anglo-saxon dans la façon d'inciter les entreprises à se responsabiliser mais également dans la gestion pragmatique des coûts financiers. Cela les invite donc à tenir un rôle proactif en raison des moyens financiers important investis en matière de recherche et développement.

Néanmoins, elles acceptent de tenir un rôle négatif, voire nocif, du fait de la captation des flux financiers illicites par les organismes financiers. En effet, les établissements financiers supportent deux qualités : celle de contrôlé et celle de contrôleur. Etant des acteurs-clef du système économique, ils sont les destinataires naturels de flux financiers, qu'ils soient licites ou illicites. Cependant, ils peuvent également devenir le fait générateur de flux financiers illicites. Tel sera le cas lorsque les banques conseilleront leurs clients sur la façon dont ils peuvent éluder l'impôt français ou étranger. *L'iter criminis* ne s'arrête parfois pas à ce stade et se poursuit lorsque l'organisme financier use de ses compétences et des facilités qui lui sont

procurées afin de simplifier l'évasion fiscale de ses clients et leur blanchiment. L'usage de circuits financiers « *internes* » est facilité pour l'organisme financier puisqu'il fait transiter les fonds par des filiales de la banque ou par des fonds partenaires afin de brouiller la traçabilité. L'argent sale circule d'autant plus facilement que les groupes bancaires ont des filiales *off-shore* dans les paradis juridiques et fiscaux. Dans ce schéma criminel, le groupe bancaire devient potentiellement acteur de blanchiment de fraude fiscale. Il en va de même des actes de corruption qui sont réalisés et reconnus, notamment Outre-Atlantique. Se pose alors la question de la pertinence de demeurer dans un système de lutte contre le blanchiment de capitaux et contre la corruption qui ne semble reposer que sur des acteurs qui sont potentiellement auteurs de ces mêmes infractions.

De plus, la désintermédiation observée en matière financière n'a que peu d'effets sur les établissements financiers puisqu'ils s'approprient les *start-up* innovantes en matière de financement des particuliers ou de moyen de gestion de compte bancaire.

Les Etats favorisant la rentabilité économique en faisant peser le coût de la protection de l'ordre public sur les acteurs du secteur privé, les politiques publiques élargissent régulièrement le périmètre de ce qui relève du droit de la conformité. Une première ouverture a été faite par la lutte contre les conflits d'intérêts et les abus de marché. Une seconde est issue de la loi Sapin II et impose désormais aux établissements financiers d'établir une cartographie des risques inhérents à la corruption et au trafic d'influence. Enfin, le législateur a complété la fonction conformité du contrôle des normes de protection des données personnelles, ce que la pratique nomme le RGPD. Les prochaines étapes d'élargissement du champ de compétence de la fonction conformité sont encore inconnues mais sans nul doute seront-elles en lien avec de risques nouveaux de sanction issus des pays anglo-saxons.

De fait, la compliance est devenue un instrument de compétitivité juridique dans une économie mondialisée qui tend à se globaliser juridiquement. Les influences anglo-saxonnes mettent en lumière les difficultés du droit continental à s'imposer au plan mondial. La crainte des entreprises françaises à l'égard des sanctions qui peuvent être prononcées à leur encontre par les autorités américaines ou britanniques les incite

à se soumettre aux exigences du droit anglo-saxon. Cela marque objectivement le manque de repère du droit continental dans le phénomène de globalisation juridique. Subjectivement, le législateur de droit latin manque d'audace et de visibilité pour devenir une source d'inspiration et imposer son influence au plan mondial. Une conformité à la française avec une vision moins imprégnée du droit anglo-saxon serait un gage de compétitivité à l'international.

Il ressort indubitablement que le modèle anglo-saxon de gestion des risques financiers et criminels est devenu un modèle mondialisé.

Se pose la question du véritable sens du rôle des *compliance officers*. Sont-ils des protecteurs de l'ordre public ou bien sont-ils seulement des agents protecteurs des intérêts de l'organisme financier pour lequel ils travaillent. Quelles sont les véritables finalités des organismes financiers ?

**611. La conformité de lege ferenda.** Le droit français semble se plier à l'approche anglo-saxonne de détection des risques et des infractions. Des sanctions lourdes étant prononcées outre-manche et outre-Atlantique à l'égard de groupes bancaires français sur le fondement d'un défaut de conformité, le concept de compliance a par conséquent imprégné le système français. Face à la pression diplomatique qu'imposent les États-Unis et la puissante extraterritorialité de leurs lois anti-corruption et anti-fraude fiscale ainsi que les embargos financiers qu'ils déterminent unilatéralement, les autres États se sont soumis à l'application de ces textes à forte extra-territorialité. La solution proposée afin d'éviter tout risque de sanction ou, à défaut, de minimiser la peine appliquée, consiste dans l'imposition de la mise en œuvre d'une cellule de conformité.

Dans une approche prospective de la conformité à la française, deux éléments peuvent être évoqués : la création d'un code de la conformité et la création d'une autorité de la compliance. L'idéal serait que cette autorité ait une visibilité à l'international.

**612. Création d'un code de la conformité.** Le morcellement des textes relatifs à la conformité constitue un frein à l'intelligibilité de la loi. De plus, l'avènement de nouvelles thématiques emportant un engagement de conformité n'est pas à exclure. Une codification à droit constant proposant simplement un corpus réunissant



l'ensemble des textes relatifs à la compliance serait appréciable. Il aurait la même valeur que certains codes « *non-officiels* » commentés déjà existants. Ce sont par exemple le code administratif, le code des sociétés ou encore le code des entreprises en difficulté. Une classification par grandes thématiques serait la solution la plus efficace pour apporter clarté et pragmatisme aux chercheurs et aux praticiens. Les thèmes abordés par ce code comprendraient notamment les règles inhérentes au contrôle interne, la gouvernance d'entreprise, la RSE, la lutte contre la corruption, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la protection des données personnelles, la lutte contre les abus de marché. Cette idée a notamment été consacrée en 2020 avec l'édition Dalloz d'un « code de la compliance ».

La création d'une autorité de la compliance pourrait également constituer une solution pragmatique qui tendrait à rendre plus efficace des litiges ayant pour objet des règles prudentielles ou de régulation. Constituée sous la forme d'autorité administrative indépendante, dotée d'un collège spécifiquement destiné au conseil en matière de conformité ainsi qu'à la création de règles inhérentes à ce domaine, mais également d'une commission des sanctions, elle engloberait l'ensemble des activités contentieuses de l'ACPR et de l'AMF visant la conformité.

**613. Utilisation réfléchie de l'intelligence artificielle.** Il est également possible d'évoquer la création d'un algorithme de conformité. D'autres domaines du droit usent d'ores et déjà d'un algorithme, le droit du travail en est un<sup>1264</sup>, au même titre que le droit fiscal<sup>1265</sup>. L'intelligence artificielle semble être l'avenir de la conformité réglementaire en raison de ses capacités d'automatisation des tâches de contrôle, de régression du ratio d'erreurs commises sur les contrôles, la génération d'alertes automatisées. Le contrôle humain deviendra donc une plus-value sur des cas particuliers, des sujets complexes ou des clients particuliers. Le risque tient donc, outre

---

<sup>1264</sup> Comme l'est par exemple le code du travail numérique mis en place par les ordonnances Macron du 22 septembre 2017.

<sup>1265</sup> L'Administration fiscale utilise un algorithme afin de déterminer les personnes devant faire l'objet d'un contrôle fiscal en priorité.

la diminution de l'activité effective et qualitative du juriste en matière de conformité, d'une forte diminution de *compliance officers*.

**614. Vers une planification de la conformité.** L'idée de conformité d'Etat est appuyée par le fait que l'Etat impose de plus en plus, par le biais de lois précises (Loi Sapin II) et de transpositions de directives européennes, le cadre et les caractères que doivent revêtir la compliance. A ce titre, l'émergence d'une véritable compliance d'Etat pourrait alors devenir une spécificité et ainsi ériger une nouvelle forme de conformité à la française. Cette forme de conformité aurait pour outil principal une méthode de planification précise.

**615. Une hégémonie culturelle pour une conformité à la française.** Une forme de conformité d'Etat pourrait correspondre à une vision de la compliance propre au droit interne. Cette « *compliance à la française* » ne serait plus l'unique produit d'un transfert de conception du droit anglo-saxon au droit latin mais l'expression d'une véritable appropriation du concept. En d'autres termes, le défi du droit français dans les quelques années à venir est de réussir à faire émerger un véritable droit de la conformité comportant des éléments de personnification opportuns et adaptés à la culture juridique latine. Ainsi, la mise en œuvre d'une conformité d'Etat planifiée serait une solution innovante et disruptive. Cette compliance à la française ferait l'objet d'une planification, c'est-à-dire qu'elle serait organisée selon un plan et des méthodes déterminées. La mise en œuvre de cette nouvelle forme de conformité serait gérée directement par l'Etat qui impulserait une culture de conformité applicable dans l'ensemble des domaines couverts par la conformité. Afin d'asseoir ce concept, il est nécessaire de créer une forme de culture de conformité efficace et entière. Pour ce faire, il est intéressant de mettre en parallèle l'instauration d'une culture de conformité et les travaux sur l'hégémonie d'Antonio Gramsci<sup>1266</sup>. Ainsi, afin d'assurer l'efficacité d'un tel système, il serait opportun pour l'Etat de créer une forme d'hégémonie de la conformité. En d'autres termes, il serait nécessaire que les salariés de l'entreprise ainsi que l'ensemble des parties prenantes adoptent la culture commune apportée par la

---

<sup>1266</sup> Concept d'hégémonie culturelle

conformité. Pour obtenir ce résultat, l'Etat dispose de moyens coercitifs tels que les sanctions administratives, disciplinaires, civiles et pénales. Mais l'obtention du consentement de l'ensemble des acteurs économiques demeure la finalité première.

**616. *Elaboration pratique d'une conformité à la française.*** La mise en place d'un fonctionnaire au sein de chaque entreprise faisant partie d'un secteur stratégique serait une solution pratique privilégiée. Cette mise en œuvre constituerait une solution envisageable afin de permettre à l'Etat de conserver la maîtrise de l'expansion de la culture de conformité. Ces fonctionnaires bénéficieraient d'un statut spécial et d'une assermentation. Ils seraient directement rattachés au ministère de l'économie et des finances, avec un regard du ministère de la justice mais n'auraient aucun lien contractuel ou hiérarchique avec l'entreprise dans laquelle ils seraient affectés. L'assurance d'une totale indépendance vis-à-vis des entreprises ainsi que l'instauration d'une transparence totale sur les missions de ces fonctionnaires chargés de conformité, seront la clef de la réussite de cette conformité d'Etat. Une stratégie individualisée pour chaque entreprise ou chaque secteur d'activité pourrait être opportun. En matière d'établissements financiers, un tel fonctionnaire serait garant de l'efficacité réelle des cellules de conformité, c'est-à-dire que ce dernier pourrait constater les réalités du terrain et ne pas se fier à des évaluations chiffrées. En d'autres termes, il serait à-même de déceler l'existence d'une conformité complaisante qui ne serait que purement cosmétique.



# BIBLIOGRAPHIE

## **I. Ouvrages généraux, traités et manuels**

### **A. Dictionnaires**

**CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>ème</sup> éd., Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2020.

**DEBARD T. et GUINCHARD S.**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 28<sup>ème</sup> éd., 2020.

*Dictionnaire de la langue française*, Larousse, 2020.

*Dictionnaire de l'académie française*, 9<sup>ème</sup> éd., en cours de rédaction depuis 1935.

*Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND D. et RIALS S. (dir.), P.U.F., coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2003.

*The New Palgrave Dictionary of Economics and the law*, Palgrave Macmillan, 3<sup>ème</sup> éd., 2018

### **B. Traités et manuels**

**BONNEAU T.**,

- *Droit bancaire*, L.G.D.J., 12<sup>ème</sup> éd., 2019.

- *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd. 2016, n° 223 s

**BONNEAU T. et DRUMMOND F.**, *Droit des marchés financiers*, Economica, coll. Corpus droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., 2010.

**BONHOMME R.**, *Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Manuels, 12<sup>ème</sup> éd., 2017.

**BOURSIER M.-E.**, *Droit pénal des affaires internationales*, Joly éditions, Lextenso éditions, coll. Précis Joly, 2<sup>e</sup> éd., 2020.

**BUY F., MARMAYOU J.-M., PORRRACHIA D., RIZZO F.**, *Droit du sport*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Manuels, 5<sup>ème</sup> éd., 2018.

**CARBONNIER J.**,

- *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2013.
- *Droit civil : introduction*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 27<sup>ème</sup> éd., 2002.

**DELMAS-MARTY M. et GIUDICELLI-DELAGE G.**, *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. Thémis droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2000.

**DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L.**, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2015.

**GARE T. et GINESTET C.**, *Droit pénal Procédure pénale*, Dalloz, coll. Hypercours, 12<sup>ème</sup> éd., 2021.

**GAVALDA Ch. et STOUFFLET J. :**

- *Droit bancaire*, LexisNexis, 9<sup>ème</sup> éd., 2015.
- *Instruments de paiement et de crédit*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2015.

**GHESTIN J., BARBIER H., BERGÉ J.-S.**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 5<sup>ème</sup> éd., 2018.

**GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M.**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., 1994.

**HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A.**, *Traité de droit*, Dalloz, t. II, 1966.

**HAYEK F. A.**, *Droit, législation et liberté*, PUF, t. I, 2<sup>ème</sup> éd., 2013.

**JESTAZ Ph.**, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 2015.

**KELSEN H.**, *Théorie générale des normes (Allgemeine Theorie der Normen)*, Traduit de l'Allemand par Ringhofer K. et Walter R., publié en 1979, PUF, coll. Léviathan, 1996.

**LARGUIER J. et CONTE P.**, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11<sup>ème</sup> éd., 2004.

**LOMBOIS C.**, *Droit pénal général*, Hachette, 1994.

**MACKAAY E. et ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.

**MERLE R. et VITU A.**, *Traité de droit criminel*, Cujas, t. I, 7<sup>ème</sup> éd., 2000.

**MERVILLE A.-D.**, *Droit financier*, 4<sup>ème</sup> éd., Gualino, Lextenso éditions, 2018.

**MIGNOT M., LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., ERESEO N., KOVAR J.-P.**, *Droit bancaire*, Dalloz, coll. Précis, 2<sup>e</sup> éd., 2019.

**OPPÉTIT B.**, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1999.

**PLANIOL M. et RIPERT G. :**

- *Traité élémentaire de Droit Civil. Tome I. Principes généraux - Personne - Biens*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1948.

- *Traité pratique de droit civil français. Tome 3. Les biens*, par PICARD M., L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1952.

**PRADEL J. :**

- *Droit pénal général*, Cujas, coll. Références, 21<sup>ème</sup> éd., 2016.
- *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 4<sup>ème</sup> éd., 2016.

**RIPERT G. :**

- *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1955.
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1951.
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1948.

**SÈVE R.**, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2<sup>ème</sup> éd., 2016.

**C. ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES**

**BERAUDO J.-P.**, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2012, V° « Trust ».

**CABRILLAC M.**, *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Lexis Nexis, 2019, V° « Fasc. 390 : Le chèque et le virement ».

**CHRETIEN D. et CUMINET J.**, *J. Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Lexis Nexis, 2015, V° « Fasc. 142 : Echanges automatique d'informations à des fins fiscales. – Comptes financiers - Accords et réglementation Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) ».

**CULIOLI M.**, *J.-Cl. Pénal*, Lexis Nexis, 2018, V° « Fasc. 20 : Infraction générale de blanchiment, Conditions et constitution, art. 324-1 à 324-9 ».

**CUTAJAR C.**, *J.-Cl. Pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2020, V° « Fasc. 10 : Blanchiment - Prévention du blanchiment ».

**DEVEZE J., COURET A., PARACHKEVOVA I., POULAIN-REHM T., TELLER M.**, *Le Lamy droit du financement*, Wolters Kluwer, 2020, V° « Présentation des comptes bancaires ».

**DREYER E.**, *J. Cl. Pénal*, Lexis Nexis, 2020, V° « Fasc. 20 : Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique », art. 432-11.

**LEGEAIS D.**, *J.-Cl. Commercial*, Lexis Nexis, 2018, V° « Fasc. 534 : Blockchain ».

**MESTRE J., MESTRE-CHAMI A.-S., VELARDOCCHIO D.**, *Le Lamy sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, 2019, V° « Responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) ».

**MOULIN J.-M.**, *Jcl. Commercial*, Lexis Nexis, 2016, V° « Fasc. 1350 : Sociétés anonymes – gouvernance des sociétés ».

**PERICARD A.**, *Le Lamy droit pénal des affaires*, Wolters Kluwer, 2020, V° « Les délits de corruption et délits voisins ».

**RIASSETTO I.**, *Le Lamy droit du financement*, Wolters Kluwer, 2020, V° « Fonds d'investissements alternatifs, OPCVM ».

**ROBERT H.**, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, Wolters Kluwer France, 2020, V° « Les délits de blanchiment de l'argent illicite ».

**ROUAUD A.-C.**, *Le Lamy droit du financement*, Wolters Kluwer, 2020, V° « Couverture du risque de change ».

## **SEGONDS M. :**

- *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2020, V° « Blanchiment ».
- *J.-Cl Pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2020, V° « Fasc. 30, Corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique ».

## **II. Ouvrages spéciaux et actes de colloque**

### **A. Ouvrages spéciaux**

**AXELROD R.**, *The evolution of cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

**BECCARIA C.**, *Traité des délits et des peines*, Traduit de l'Italien par Chaillou de Lisy M., publié à Paris en 1773, Librairie de la Bibliothèque nationale, 1877.

**BENTHAM J.**, *Déontologie ou science de la morale*, Traduit de l'Anglais par Laroche B., publié à Paris en 1834, Fougères, Encre Marine, coll. « La bibliothèque hédoniste », 2006.

**BERAUDE J.-P.**, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, L.G.D.J., 1992.

**BERLE A. et MEANS G.**, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Macmillan Co., 1932 (rééd. 1968, New York, Harcourt, Brace and World Inc.).

**BONNEAU T.**, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 4<sup>ème</sup> éd., 2018.

**BOURDIEU P.**, *Questions de sociologie*, Les éditions de Minuit, 1984.

**BOWEN H.**, *The Social Responsibilities of Businessman*, Harper and Brothers, 1953.

**CAUSSAIN J.-J.**, *Le gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires*, Credita-Litec, 2005.

**CLERMONT P.**, *Le droit de la communication financière*, L.G.D.J., coll. « Pratique des affaires », 2009.

**COLLARD C. et ROCQUILLY C.**, *La performance juridique : pour une vision moderne du droit de l'entreprise*, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 2010.



**CUTAJAR C., LASSERRE CAPDEVILLE J. et STORCK M.**, *Finance et éthique*, Lamy, coll. Axe droit, 2013.

**DAOUD E., DINH B., FERRARI J., GAMBETTE C.**, *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, coll. Axe droit, 2011.

**DEUMIER P.**, *Le droit spontanée : contribution à l'étude des sources du droit*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002.

**DUDOIGNON C., FOUCHER B., KARAQUILLO J.-P., LACABARATS A.**, *Règlement des litiges au sein du mouvement sportif*, Dalloz juris éditions, 2012.

**DUMAS J.-G., LAFOURCADE P., TRICHIT A., VARETTE S.**, *Les blockchains en 50 questions, Comprendre le fonctionnement et les enjeux de cette technologie innovante*, Dunod, 2018.

**DURKHEIM E.**, *Le suicide*, publié à Paris en 1897, PUF, coll. Quadrige, 14<sup>ème</sup> éd., 2013.

**ELIAS N.**, *La civilisation des mœurs*, publié à Bâle en 1939, Traduit de l'Allemand par Kamnitzer P., Calmann-Levy, 1973.

**FARJAT G.**, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963.

**FAVAREL-GARRIGUES G., GODEFROY Th., LASCOUMES P.**, *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2009.

**FAVIER J., HUGUET B., TAKKAL BATAILLE A.**, *Bitcoin métamorphoses, De l'or des fous à l'or numérique ?*, Dunod, 2018.

**FINES L.**, *Les crimes en col blanc. Théories, stratégies de défense et mouvements du pouvoir*, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2012.

**FOMBRUN C.-J.**, *Reputation : Realizing Value from the Corporate Image*, Harvard Business School Press, 1996.

**FREEMAN R. E.**, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, 1984.

**FREUD S.**, "Au-delà du principe de plaisir", in *Essai de psychanalyse*, 1920, trad., Paris, Payot, 1981.

**FRISON-ROCHE M. A.**,

- *Les leçons d'Enron*, Editions Autrement, 2003.
- *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019.

**GASSIN R.**, *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, P.U.A.M., coll. Institut de sciences pénales et de criminologie, 2009.

**GAYRAUD J.-F. :**

- *La grande fraude : Crime, subprimes et crises financières*, Odile Jacob, 2011.
- *Le nouveau capitalisme criminel*, Odile Jacob, 2014.

**GAYRAUD J.-F., THUAL F.**, *Géostratégie du crime, Des flux criminels géants : vers une géo-économie du crime ?*, Odile Jacob, 2012.

**GIDDENS A.**, *The Third Way: the renewal of social democracy*, Polity Press, 1998.

**GODEFROY T., LASCOUMES P.**, *Le capitalisme clandestin : l'illusoire régulation des places offshore*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2004.

**GOND J.-P. et IGALENS J.**, *La responsabilité sociale de l'entreprise, Que sais-je ?*, PUF, 2010, p. 7.

**HARNAY S. et MARCIANO A.**, *Posner. L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003.

**KOVAR J.-P. et LASSERRE CAPDEVILLE J.**, *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, coll. Droit, 2012.

**KNIGHT F. H.**, *Risk, Uncertainty and Profit*, published in London, 1921, reprints of The London School of Economics and Political Science, 1948.

**LASCOUMES P. et NAGELS C.**, *Sociologie des élites délinquantes, De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Armand Colin, coll. U : sociologie, 2<sup>ème</sup> éd., 2018.

**LASSERRE CAPDEVILLE J. :**

- *Le secret bancaire*, Revue Banque, coll. Les essentiels de la banque et de la finance, sous-coll. Droit, 2014.
- *Abus de biens sociaux et banqueroute*, Joly éditions, Lextenso éditions, coll. Pratique des affaires, 2010.

**LEPINEUX F., ROSE J.-J., BONANNI C. et HUDSON S.**, *La RSE - La responsabilité sociétale des entreprises*, Dunoc, coll. Théories et pratiques, 2<sup>ème</sup> éd., 2016.

**MAATI J.**, *Le gouvernement d'entreprise*, De Boeck Université, coll. Management, 1999.

**MAGNIER V. (dir.)**, *Les conflits dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, coll. Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens, 2006.

**MAILLARD (de) J.**, *Un Monde sans loi. La criminalité financière en images*, Stock, 2003.

**MALECKI C.**, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, L.G.D.J., coll. Droit des Affaires, 2014.

**OGUS A. et FAURE M.**, *Economie du droit : le cas français*, éditions Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2002.

**PONS N.**, *Cols blancs et mains sales. Economie criminelle, mode d'emploi*, Odile Jacob, 2006.

**POULLE J.-B.**, *Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise. Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, L'Harmattan, coll. Entreprises et management, 2011.

**ROMANO S.**, *L'ordre juridique*, publié à Rome en 1918, Traduit de l'italien par François L. et Gothot P., Dalloz, coll. Philosophie du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 1975.

**SCHMIDT D.**, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, Lextenso éditions, 2<sup>ème</sup> éd., 2004.

**SCHUMPETER J.-A.**, *Théorie de l'évolution économique. Recherche sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, publié en 1911, Traduit de l'allemand par Anstett J.-J., Dalloz, 1999.

**SHILLER R. J.**, *Irrational Exuberance Currency Doubleday*, Crown Business, 2<sup>ème</sup> éd., 2006.

**SIMON H.A.**, *Administration et processus de la décision*, Economica, 1999.

**SUTHERLAND E. H.**, *White Collar Crime. The Uncut Version*, New Haven & London : Yale University Press, 1983.

**TEUBNER G.**, *Droit et réflexivité, l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, L.G.D.J., 1994.

**VERDUN F.**, *La gestion des risques juridiques*, Paris, éditions d'organisation, 2006.

**VERNIER E.**, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunod, 4<sup>ème</sup> éd., 2017.

**YUNNUS M.**, *Vers un nouveau capitalisme*, JC Lattès, 2009.

## **B. Actes de colloque**

**DEMOUCHEL P. et DUPUY J.-P. (dir.)**, *L'auto-organisation, de la physique au politique, Colloque de Cerisy, 1981*, Le Seuil, 1994.

**EPINEUSE H.**, *Jurisprudence ouverte et justice prédictive*, colloque de la Cour de cassation, « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data », 14 oct. 2016.

**LAROCHE J. (dir.)**, *Un monde en sursis, Dérives financières, régulations politiques et exigences éthiques*, L'Harmattan, coll. Chaos international, 2010.

## **III. Thèses et monographies**

**BARGAIN G.**, *Normativité économique et droit du travail*, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2014.

**BUREAU D.**, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris 2, 1992.

**CABROL V.**, *Déontologie et droit – Contribution à l'étude des rapports entre ordres normatifs*, Thèse, Toulouse, 2000.

**CASTILLO V.**, *La notion de succursale en droit des affaires, aspects juridiques et fiscaux*, Thèse, Toulouse, 2016.

**CASTILLON V.**, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Droit et économie, 2011.

**CAZALBOU P.**, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées*, L.G.D.J., coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 63, 2016.

**COMPIN F.**, *Approche sociologique de la criminalité financière*, Thèse, Evry Val d'Essonne, 2013.

**DOWNE A.**, *La gestion du risque contractuel par le contrat : étude du droit français à la lumière du droit anglais*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2018.

**GUERRY-VERNIERES S.**, *Les petites sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, Thèse, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012.

**ICARD J.**, *Analyse économique et droit du travail*, Thèse, Paris 1, 2012.

**LATTY F.**, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Thèse, Paris 10, 2005.

**LEDAN S.**, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, Thèse, Toulouse, 2005.

**LIBCHABER R.**, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Thèse, Paris 1, 1991.

**LUCIANO K.**, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, Thèse, Institut universitaire de Varenne, coll. Thèses, 2011.

**MEKKI M.** (sous la direction de GHESTIN J.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

**OGIER C.**, *Le conflit d'intérêts*, Thèse, Saint-Etienne, 2008.

**ROYER G.**, *L'efficacité en droit pénal économique, étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Thèse, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Droit et économie, 2009.

**VABRES R.**, *Comitologie et services financiers*, Thèse, Paris 2, 2007.

#### **IV. Articles, études et chroniques**

**ACQUIER A.**, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise à la (re)découverte d'un ouvrage fondateur, Social Responsibilities of the Businessman d'Howard Bowen », *Finance Contrôle Stratégie*, juin 2007, vol. 10, n° 2, p. 5.

**ADAM P. :**

- « Sur la liberté pour le salarié de dénoncer des faits répréhensibles », *RJS* 3/10, p. 187.
- « Le retour des sycophantes. À propos du whistleblowing », *Dr. Ouvr.*, juin 2006, p. 281.

**AKERLOF G.**, « The market of lemons », *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 84 (3), p. 488.

**ALBERTIN S.**, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pénal*, 2015, n° 354.

**ALCHAIN A. et DEMSETZ H.**, « Production, Information, Costs and Economic Organization », *American Economic Review*, 1972, vol. 62, n° 5, 777.

**ALMASEANU S.**, « Le traitement pénal du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles », *Gaz. Pal.*, 30 août 2014, n° 142, p. 11.

**ALT E. :**

- « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G*, 2014, doct. 1092.
- « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte. A propos de la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 », *JCP G*, n° 4, 24 janv. 2017, doc. 90, p. 151.

**AMADOU S.**, « Bourses d'hier et de demain », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 31.

**AMAUGER-LATTES M.-C., LEPLAIDEUR S.**, « La fraude sociale confrontée au droit pénal : l'exemple du travail dissimulé », *RLDA, supplém.*, juin 2015, n° 105.

**AMAYEN C. et TREVISANI F.**, « Politique anti-corruption : quelle responsabilité de la société-mère depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2 ? », *Dr. des sociétés*, oct. 2017, n° 10, entretien 1.

**ANDRE-HESSE C., D'ALLENDE M.**, « Chartes éthiques, code de conduite et dispositifs d'alerte professionnelle : aspects pratiques », *JCP S*, 2010, 1213.

**ARQUIE A. et ARTUS P.**, « Mesurer le système bancaire de l'ombre au sein de la zone euro : que sait la BCE ? », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 33.

**ARQUIE A.**, « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 70.

**AUBRY H.**, « Règles déontologiques et loi », *R.R.J. - Droit prospectif*, mars 2011, n° 138, p. 1114.

**AUGAGNEUR L.-M.**, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, 2017, 1522.

**AUGAGNEUR J.-L.**, « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », in Borga N., Marin J.-C., Roda J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 137.

**AYED W.**, « Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité », *JCP G*, 24 janv. 2011, n°4, 96.

**BALLOT-SQUIRAWSKI C.**, « Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance », *Dr. Pén.*, n° 7, Juill. 2020, p. 16.

**BARBIÈRI J.-F.**, « L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales », *LPA*, 1993, n° 130, p. 22.

**BARREAU M.**, « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *AJ Pénal*, 2006, p. 202.

**BARRIERE F.**, « Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée ? », *JCP E*, 2011, 1527.

**BAUCUS M. S.**, "Pressure, opportunity and predisposition: a multivariate model of corporate illegality", *Journal of Management*, 1994, 20 (4), p. 699.

**BECKER G. S. :**

- « Irrational Behaviour and Economic Theory », *Journal of Political Economy*, 1962, vol. 70 p. 1.
- « Crime and Punishment, an Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169.

**BEGLE V.**, « UK Bribery Act - l'ambition mondiale de la loi anti-corruption la plus sévère », *JCP E*, 21 avr. 2011, n° 16-17, act. 219.

**BELLEZA A.**, « La réforme inachevée du système de répression des abus de marché », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2016, étude 23.

**BELLOIR P.**, « La corruption de paris sportifs », *AJ Pénal*, 2013, p. 314.

**BENOIT-ROHMER F.**, « La responsabilité sociale des entreprises, Communication de la Commission sur sa nouvelle stratégie en matière de responsabilité sociale des entreprises », *RTD Eur.*, 2012 p. 380

**BERGEL J.-L.**, « Du concept de déontologie à sa consécration juridique », in *Droit et déontologie professionnelles*, Bergel J.-L. (dir.), Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, coll. Ethique et déontologie, 1997, p. 14.

**BERNARD A.**, « Le marché autorégulé, « une idée folle » ? », *D.*, 2009, p. 2289.

**BERRA D.**, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 125.

**BISSARA P. :**

- « Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Joly éditions, 2005, p. 61.
- « Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement d'entreprise » », *Rev. sociétés*, 1998, p. 5.

**BLANQUE P.**, « Vers un nouveau régime économique », in Charbon J.-L. et Pluchart J.-J. (dir.), *Grandeur et misère de la finance moderne, regards croisés de 45 économistes*, Eyrolles, 2013, p. 49.

**BONNEAU T. :**

- « Les projets européens relatifs à la lutte contre les abus de marché », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2011, n° 6, p. 13, étude 34.
- « Manipulation de cours », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2012, n° 6, comm. 205.
- « La réforme du système de répression des abus de marché », *JCP E*, 2016, 1412.

**BORDES C. :**

- « Faillites bancaires et politique monétaire », *Rev. éco. fin.*, 1991, vol. 19, n° 4, p. 95.
- « Les banques et le filet de sécurité contre le risque systémique », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Les banques entre droit et économie*, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2006, p. 177.

**BORGA N. et RODA J.-C.**, « 3 QUESTIONS La compliance : nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ? », *JCP E.*, 25 mai 2017, n° 21-22, 390.

**BOUCARD F.**, « Le renouvellement des sources du droit bancaire », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2013, dossier 43.

**BOUCHETA H.**, « *Shadow banking* : menace ou opportunité ? », *BULL. JOLY BOURSE*, avril 2016, n° 04, p. 171.

**BOULOC B. :**

- « Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993, p. 291.
- « De quelques aspects du délit de blanchiment », *Rev. Dr. banc. et fin.*, mai 2002, chron. 3, p. 153.

**BOURSIER M.-E. et SONET A.**, « Groupes internationaux de sociétés : renforcement de la pression internationale en matière de lutte contre l'évasion fiscale », *Dr. pén.*, Févr. 2016, n°2, ét.4.

**BOURSIER M.-E. :**

- « Commerce international, droit pénal et compétitivité des entreprises », *JCP G*, 15 févr. 2016, doct. 207.
- « L'irrésistible ascension du whistleblowing en droit financier s'étend aux abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> sept. 2016, n° 9, p. 32.
- « L'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique sur la corruption dans le secteur bancaire et financier : de la sécurisation à l'innovation », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2016, n° 6, étude 32.

- « Anticorruption et anti-blanchiment, les nouveaux risques pesant sur les entreprises ; Loi Sapin II : les entreprises assujetties à un programme de conformité anticorruption », *JCP E*, 24 nov. 2016, 1622.
- « L'impact de l'ordonnance du 1er décembre 2016 sur la cartographie des risques des entreprises », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> janv. 2017, n° 1, p. 6.
- « La mondialisation du droit pénal économique, le droit pénal au défi de la compliance », *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n° 3, 2017, p. 465.
- « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, 27 avr. 2017, n° 17, chr. 1239.
- « Les apports du décret LCB/FT du 18 avril 2018 : un meilleur accompagnement des assujettis », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juill. 2017, n° 4, p. 207.
- « Se conformer : l'obligation de prévention et de détection des risques de corruption imposée aux entreprises par la loi du 9 décembre 2016 », in Brigand J.-M. (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 33.
- « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », in *Exercer et entreprendre*, coll. Dalloz avocats, Dalloz, 2020, p. 140.
- « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ; Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, 26 avr. 2018, 1209.
- « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution Un an de jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et de gel des avoirs », *JCP E*, 30 mai 2019, 1278.
- « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* 2020, p. 1419.

**BOUTHINON H. et VERDUN F.**, « Les déterminants du recours aux avocats dans les programmes de *compliance* », Dalloz Avocat, *Exercer et entreprendre*, éd. 2020, p. 157.

**BURBIDGE P.**, « Les règles de gouvernance des sociétés cotées à la Bourse, une réponse à la crise financière ? Quelques développements récents », in Hayat M. et Reygrobelle A., *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et européens en hommage à Y. Chaput*, Lexisnexis, coll. Le droit des affaires, sous-coll. CREDA, 2014, p. 21.

**BURY B.**, « Shadow activities : quel encadrement ? », *Gaz. Pal.*, 18 mars 2014, n° 77, p. 3.

**BUSSIÈRE F.**, « Chronique de gestion collective », *Banque et droit*, 2003, p. 91.

**BUY F. ET THERON J.**, « L'éthique de l'entreprise », *JCP E*, 2013, 1359.



**BUYLE J.-P. et MAIRLOT M.**, « La notion de « know your customer » en matière bancaire et financière, en droit belge », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 9

**CABRILLAC R.**, « Le symbolisme des codes » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 1999, p. 211.

**CANIVET G.** :

- « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. Soc.*, 2005, p. 951.
- « La pertinence de l'analyse économique du droit : point de vue du juge », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 23.

**CARBONNIER J.**, « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », in *Prelman Ch. et Vander Elst R. (dir.), Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984.

**CARDON C. et DURAND Q.**, « Révision du code AFEP-MEDEF : clarification et précisions des recommandations sur la gouvernance et sur la rémunération des dirigeants », *Bull. Joly Bourse*, 31 déc. 2016, n° 12, p. 531.

**CARON C.**, « RGPD : En avant toute ! », *Communication Commerce électronique*, avr. 2018, n° 4, repère 4.

**CAZENEUVE B.**, « Les enjeux de la compliance », in *Exercer et entreprendre*, coll. Dalloz avocats, Dalloz, 2020, p.144.  
**CHACORNAC J., A. REYGROBELLET, B. FRANCOIS, F. PERNAZZA, K. DECKERT**, « La réforme du contentieux boursier : répression des abus de marché en France et solutions étrangères », *Bull. Joly Bourse*, nov. 2016, n° 11, p. 468.

**CHACORNAC J., DAIGRE J.-J. et ROUAUD A.-C.**, « Droit financier et boursier : Abus de marché – Réforme – Aiguillage – Origine et raisons., Réglementation » (chron.), *Banque et droit*, 2016, n° 168, p. 24.

**CHACORNAC J.**, « Les modifications du régime du rachat d'actions dans le nouveau dispositif Abus de marché : entre sécurité bienvenue et rigidité excessive », *Bull. Joly Bourse*, juill. 2017, n° 04.

**CHAPAL P.**, « Recherche sur la notion de régime des actes juridiques à caractère « prospectif » », *AJDA*, 1968, p. 323.

**CHAPPELET J.-L.**, « Pour un cadre global de lutte contre la corruption dans le sport », *Jurisport*, 2017, p. 19.

**CHARENTENAY S.**, « Blockchain et Droit : Code is deeply law », *Gaz. Pal.*, 14 nov. 2017, n° 39, p. 15.

**CHATAIN L.**, « Blanchiment de capitaux, à la recherche du bénéficiaire effectif », *JCP E*, 2 mars 2006, n° 9, 1328.

**CHRETIEN D. et CREPIN R.**, « Les problématiques juridiques rencontrées par les institutions financières françaises dans la mise en œuvre de la réglementation « FATCA » », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2015, Etude 26.

**CLAUDE O.**, « Réflexions sur la première CJIP », *AJ Pénal*, 2018, p. 30.

**CLEMENT J.-N.**, « La compliance environnementale », *Rev. des Juristes de Sciences Po*, n° 16, Janv. 2019, p. 17

**COASE R.H.**, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, p. 1 ; rééd. « Le problème du coût social », in *Le coût du droit*, Traduit de l'anglais par Morissette Y.-M., PUF, coll. Droit éthique société, 2000.

**COHEN D.**, « Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? », in *Mélanges en l'honneur de P. Malaurie*, Defrénois, coll. Les mélanges, 2005, p. 159.

**COLLARD C.**, « Le risque juridique existe-t-il ? - Contribution à la définition du risque juridique », *Cah. Dr. Entr.*, 2008, dossier 3.

**COLLARD C.**, « La conformité réglementaire et les “programmes de compliance” - (Entretien avec Ch. Collard et G. Gras et X. Guizot et Ch. Roquilly et R. Sainte Fare Garnot) », *Cah. dr. entr.*, mars 2010, n° 2, entretien 2.

**CONAC P.-H. et URBAIN-PARLEANI I.**, « L'encadrement de l'activité des agences de conseil en vote (proxy advisors) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur BISSARA*, L'Harmattan, 2013, p. 127.

**CONAC P.-H. :**

- « L'obligation de connaître le client (Know Your Customer) en droit bancaire et financier luxembourgeois », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 10.
- « L'amélioration des règles applicables aux conseillers en vote (proxy advisors) », *Rev. soc.*, 2013, p. 404.
- « Le nouveau cadre européen de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, févr. 2016, n° 2, p. 71.
- « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, 2016, n° 7-8, p. 323.

**CONTE P.**, « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », *JCP G*, 2005, I, 126.

**COURET A. :**

- « La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture », *Rev. Sc. Crim.*, 1992, 475.
- « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance », *D.*, 1995, p. 163.
- « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *Bull. Joly sociétés*, mars 2017, n° 2, p. 203.
- « Gouvernance et confiance : les conditions d'une fusion vertueuse », in Hayat M. et Reygrobellet A., *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et européens en hommage à Y. Chaput*, Lexisnexis, coll. Le droit des affaires, sous-coll. CREDA, 2014, p. 43.

**CREMERS T.**, « La blockchain et les titres financiers : retour vers le futur », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 6, p. 271.

**CRETTEZ B., DEFFAINS B. et MUSY O.**, « Legal harmonization with endogenous preferences », *International Review of Law and Economics*, 2014, p. 20 et s.

**CUIF P.-F.**, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, 2005, p. 1.

**CUTAJAR C. :**

- « La violation de l'obligation de vigilance instituée par l'article L. 563-3 du code monétaire et financier ne permet l'indemnisation de la victime d'un chèque falsifié », *JCP G*, 2004, II, n° 10105.
- « La troisième directive anti-blanchiment et l'obligation de vigilance », *LPA*, 17 juill. 2008, n° 143, p. 4.
- « La prévention du blanchiment de capitaux par l'approche fondée sur le risque a près le décret du 2 septembre 2009 », *JCP G*, 2009, 338.
- « Le décret d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 transposant la quatrième directive anti-blanchiment enfin publié », *JCP G*, 2018, n° 19-20, 538.

**CUZACQ N.**, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473.

**DANET D.**, « Misère de la corporate governance », *RID éco.*, 2008, p. 407.

**DAOUD E. et PUGLIESE M.**, « Existe-t-il une stratégie des droits de la défense devant les autorités administratives indépendantes ? », *AJ Pénal*, 2015, p. 126.

**DAOUD E. et SFOGGIA S. :**

- « La gestion de la preuve à l'ère de la conformité (loi Sapin II, RGPD, loi Vigilance) : réflexions sur une révolution interne », *AJ Pénal*, févr. 2017.
- « Que doit-on attendre de la nouvelle agence anti-corruption ? », *RLDA*, 1<sup>er</sup> avr. 2017, n° 125.

**DAVOUST D.**, « La lutte contre le blanchiment de capitaux : une action menée au plan international, européen et national », *LPA*, 2002, n° 155, p. 4.

**DEBAT O. et ELODIE M.**, « Inconstitutionnalité du caractère public du registre des trusts », *Rev. fiscale du patrimoine*, janv. 2017, n° 1, p. 28-31.

**DEBAT O. :**

- « Compliance : de nouveaux enjeux pour les entreprises », in DEBAT O. (dir.), *Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire*, LexisNexis, 2010, n° 114, dossiers 6 à 12.
- « Ethique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », in DEBAT O. (dir.), *Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire*, LexisNexis, n°137, septembre 2014, p 5.

- « Les groupes internationaux confrontés à l'éthique fiscale », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, déc. 2015, n° 51-52, p. 32.

**DEFFAINS B. et DORIAT-DUBAN M.**, « Le procès : risque économique », *Revue générale du droit des assurances*, 1<sup>er</sup> juil. 2010, n° 3, p. 870.

**DEFFAINS B. et STASIAK F.**, « Les préjudices résultant des infractions boursières : approche juridique et économique », in Chaput Y. (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 178.

**DEFFAINS B. :**

- « Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un droit efficace ? », *Gaz. Pal.*, 30 août 2015, n° 242, p. 22.
- « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 6.

**DEHARO G.**,

- « Le rôle de l'avocat dans la gestion du risque juridique en entreprise », *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2011, p. 15 s.
- « Stratégie judiciaire et performance de l'entreprise : approche dynamique de droit processuel appliquée à l'entreprise », *RTD Com.*, 2013, p.177.

**DELMAS-MARTY M. et TIEDMANN K.**, La criminalité, le droit pénal et les multinationales, *JCP G*, 1979, I, 2935.

**DELPECH X.**, « La délicate appréhension de la Blockchain par le droit », *AJ Contrat*, 2017, p. 244.

**DERVIEUX V.-O.**, « “Name and Shame” : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? », *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> mars 2016, n° 9, p. 29.

**DESBARATS I. :**

- « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, Regard sur une pratique en expansion », *JCP G*, 2003, I, 112, p. 337.
- « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, 2006, 1214.
- « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », *Journ. sociétés*, oct. 2009, n° 69, p. 15.
- « Le salarié lanceur d'alerte : aiguillon d'une prévention des risques sanitaires et environnementaux dans l'entreprise », *Rev. intern. de la compliance et de l'éthique des affaires, suppl. au JCP E*, 19 déc. 2013, n° 51-52, p. 28.

**DEUMIER P. :**

- « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. le TOURNEAU*, Dalloz, coll. Mélanges, études, travaux, 2008, p. 337.

- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p. 77.

**DEZEUZE E. :**

- « Abus de marché : de la coexistence à la coordination des procédures administrative et pénale », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2013, dossier 18.
- « La refonte de la répression des abus de marché », *JCP G*, 2016, 846.

**DIDER P. et MARTIAL-BRAZ N.**, « Certitudes et incertitudes en matière de crowdfunding. Les ambiguïtés du statut des protagonistes à l'opération de financement participatif », *D.*, 2016, p. 267.

**DIDIER P. :**

- « Théorie économique et droit des sociétés », in Lévi A. (dir.), *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1997, p. 227.
- « Brèves notes sur le contrat organisation », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 1999, p. 635.

**DIENY E.**, « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600: 2014 et la pratique en droit de la concurrence », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2015, n° 110.

**DOM J.-P.**, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *Dr. sociétés*, août-sept. 2012, étude n° 12, p. 8.

**DONDERO B. :**

- « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.*, 2012, p.1686.
- « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*, 2017, p. 532.

**DOUVRELEUR O.**, « La *soft law* en matière financière : le point de vue l'Autorité des marchés financiers », *Rev. dr. banc. et fin.*, janv. 2012, n° 1, dossier 5.

**DRILLON S.**, « La révolution Blockchain », *RTD Com.*, 2016, p. 893.

**DUFOUR O.**, « Le droit de la compliance peut aider à prévenir les crises mondiales », *LPA*, n° 95, mai 2020, p.3.

**DUPONT N.**, « Le droit mou professionnel d'initiative privé. Quels intérêts pour les consommateurs ? », *RRJ - Droit prospectif*, 2009, p. 1201.

**DURAND-BARTHEZ P.**, « Le principe "appliquer ou expliquer". Réflexions sur ses fondements et sa mise en oeuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *Cah. Dr. ent.*, mars 2016, n° 2, dossier 11.

**DRUMMOND F.**, « Le fabuleux destin de la règle *non bis in idem* », *Bull. Joly Bourse*, déc. 2014, n° 12, p. 605.

**EASTERBROOK F.**, « Criminal Procedure as a Market System », *Journal of Legal Studies*, 1983, vol. 12, p. 295.

**ERRARD J.-D.**, « Les nouveaux lanceurs d’alerte : le civisme de la dénonciation », *Dr. et patr.*, mai 2014, n° 236, p. 16.

**FAGES B.** :

- « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d’entreprise », *Bull. Joly Sociétés*, avril 2009, n° 4, p. 428.
- « Les Codes d’éthique, Prémices d’une gouvernance d’entreprise transnationale », *Cah. dr. entr.*, juill-août 2014.

**FAIL R.**, « Sécurité des plateformes de récupération des alertes. Réflexion sur les objectifs et les méthodes pour s’assurer de la sécurité des systèmes sensibles », *Cah. Dr. Entr.*, janv. 2018, n° 1, dossier 2.

**FAMA E.-F.**:

- “Separation of ownership and control”, *Journal of Political Economic*, 1980, vol. 80, n° 2.
- “Agency problems and the theory of the firm”, *Journal of Political Economy*, 1980, vol. 88.

**FAMILY R.**, « La responsabilité sociétale de l’entreprise : du concept à la norme », *D.*, 2013, p. 1558.

**FARJAT G.** :

- « Réflexion sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 65.
- « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privé », in Clam J. et Martin G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et société, Tome 5, 1998, p. 121.

**FELIX A.**, « Le contrôle interne : le concept », *LPA*, 12 avr. 2007, n° 74, p. 5.

**FENSBY T.**, « L’échange automatique de renseignements en matière fiscale : pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu’à un fil », *Dr. fiscal*, 18 mai 2017, n° 20, p. 301.

**FEUGERE W.**, « La sanction adéquate en droit pénal des affaires », *Cah. dr. entr.*, 2017, n° 1, dossier 4.

**FREEMAN R. E.** :

- “The Politics of Stakeholder Theory : Some Future Directions”, *Business Ethics Quarterly*, 1994, 4, p. 409.
- “Understanding Stakeholder Capitalism”, *Financial Times*, 19 juill. 1996.
- “Divergent Stakeholder Theory”, *Academy of Management Review*, 1999, 24 (2), p. 233.

**FRICERO N.**, « Les chiffres-clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions ! À propos du rapport de la mission d'information sur le redressement de la Justice », *JCP G*, 2017, 519.

**FRIEDMAN M.**, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

**FRISON-ROCHE M.-A. et BARANES W.**, « Le principe constitutionnel et l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361.

**FRISON-ROCHE M.-A. :**

- « L'intérêt pour le système de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 15.
- « Compliance avant, maintenant, après » in Borga N., Marin J.-C., Roda J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 23.
- « Théorie juridique de la cartographie des risques », centre du droit de la compliance, *D.* 2019. p. 2432.
- « L'aventure de la compliance », *D.* 2020, p. 1805.

**GALLOIS A.**, « La convention judiciaire d'intérêt public », in J.-M. BRIGAND (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 119.

**GALLOIS J.**, « Les apports de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude », *AJ Pénal*, 2018, p. 560.

**GARAPON A. :**

- « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », *LPA*, 18 sept. 2017, n° 186, p. 4.
- « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, 3.

**GAUVIN A.**, « OPCVM, Exercice des droits de vote par les sociétés de gestion », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2005, p. 194.

**GAYRAUD J.-F.**,

- « *Subprimes* : crise innommable, donc incurable ? », *ESCA, Sécurité globale*, 2011/2, n°16, pp. 43-57

- « Dans les eaux glacées du crime organisé », *S.E.R., Etudes*, Tome 419, 2013/10, p. 305 ;

**GEEROMS S.**, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *RID comp.*, 1996, p. 533.

**GERMAIN M., MAGNIER V. et NOURY M.-A.**, « La gouvernance des sociétés cotées, rapport remis à la Fondation pour le droit continental », *JCP E*, 2013, n° 47, Dossier « Gouvernance ».

**GHRENASSIA C. et EL GOHARI K.**, « La convention judiciaire d'intérêt public : en attendant la transaction pénale », *RLDA*, 2017/125, n° 6191.

**GLOVER H. D. et AONO J. Y.**, « Changing the model for prevention and detection of fraud », *Managerial Auditing Journal*, vol. 10, n° 5, 1995, p. 39.

**GOULD J.-P.**, « The Economics of Legal Conflicts », *Journal of Legal Studies*, 1973, 2, p. 279-300.

**GRANIER C.**, « Dirigeants, associés et compliance », in *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 227-234.

**GRUA F.**, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.*, 1998, p. 259.

**GRYNBM L.**, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néopositivisme » ? », *Revue des contrats*, n° 4, p. 1265.

**GUTMANN D.**, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *Archives Phil. dr., L'obligation*, 2000, t. 44, p. 115-128.

**HAERI K. et MUNOZ-PONS V. :**

- « La loi Sapin II : une révolution juridique et culturelle », *RLDA*, n° 122, 1<sup>er</sup> janv. 2017.
- « La riposte du législateur français ace à l'exterritorialité des lois américaines anti-corruption », *La Revue des Juristes de Sciences Po*, Hiver 2018, n° 14.

**HANNOUN C.**, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néocorporatisme », *RTD Com.*, 1989, p. 417.

**HAWKINS K.**, « Bargain and bluff: compliance strategy and deterrence in the enforcement of regulation », *Law and Policy Quarterly*, 1983, 5, p. 35.

**HAYAT J.-M.**, « Le « plaider-coupable », une révolution culturelle ? », *D.*, 2015, 672.

**HENRY B. et MOLINELLI P.**, « Le régime des ELTIF en droit français », *BULL. JOLY BOURSE*, 2016, p. 221

**HUET N.**, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? », in Hayat M. et Reygrobellet A., *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et européens en hommage à Y. Chaput*, Lexis-nexis, coll. Le droit des affaires, sous-coll. CREDA, 2014, p. 160.

**HUGLO C.**, « La conformité, la pierre angulaire du droit de l'environnement », *JCP E*, 2012, n° 1473, p. 40 s.

**HUSSER M.**, « L'alerte éthique (« whistleblowing »), au service d'une meilleure gouvernance », *Jurisport*, 2017, n° 181, p. 28.

**IGALENS J.**, « La reddition des comptes en matière de RSE », *Jour. sociétés*, oct. 209, p. 34 et s.

**IWEINS D. :**

- « Les robots sont-ils nos ennemis ? », *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, n° 26, p. 9.



- « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, n° 282, p. 5.

**JANUEL P.**, « Pas de reconnaissance du crime d'écocide », *D. Actu.*, 6 mai 2019.

**JACQUILLAT B. et ROCHET J.-C.**, « Introduction », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, pp. 9-16.

**JEFFERS E. et PLIHON D.**, « Le *Shadow banking* system et la crise financière », *Cahiers français* n° 375, *La Documentation française*, juin 2013 p. 50

**JEAMMAUD A.**, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. P. 199-210.

**JEAN MARIE O.**, « Le mécanisme du minage », *Banque et stratégie*, sept. 2016, p. 9

**JEENSEN M. et MECKLING W.**, « *Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency, Costs and Ownership Structure* », *Journal of Financial Economics*, oct. 1976, vol. 3, n° 4, p. 305.

**JESTAZ P. :**

- Source silencieuse... Remarques en cascades sur les sources du droit, *RTD civ.*, 1993.
- « Qu'est-ce qu'un résultat en droit », in *Etudes offertes au Professeur P. MALINVAUD*, Lexis Nexis, coll. Mélanges, 2007, p. 293.

**JEZEQUEL Th.**, « Les fonds européens ELTIF. Un nouvel outil pour financer les investissements à long terme », *Banque et droit*, 2016, n° 167, p. 11

**JUX C. et SABY C.**, « Whistleblowing : l'approche allemande », *Cah. Dr. Entr.*, n° 1, janv. 2018, dossier 4.

**KALDOR N.**, « Welfare Proposition of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility », *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, pp. 549-552.

**KICKS J.**, «The Foundations of Welfare Economics», *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, pp. 696-712.

**KOUBI G.**, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in Clam J. et Martin G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et société, Tome 5, 1998, p. 170.

**LAFFONT J.-J.**, « À propos de l'émergence de la théorie des incitations », *Revue française de gestion*, 2006/1 (n° 160), p. 177-189.

**LAGESSE P. et ARMILLEI V.**, « Le statut du lanceur d'alerte, état des lieux et proposition de directive européenne », R. SCOTT et R. BEST, « Le contrôle du juge sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Avr. 2019, n°2, p. 17.

**LANGLAIS E.**, « Indemnisation des préjudices et fréquence des procès en présence d'une asymétrie d'information sur l'aversion au risque des parties », *Recherches Économiques de Louvain*, 74, n° 2, 2008, p. 191-218.

**LANNEAU R. :**

- « Analyse économique et analyse juridique du droit », *RRJ-Droit prospectif*, n° 124, 2008-4, p. 1872.
- « Analyse économique et analyse juridique du droit : quelques clarifications », *R.R.J.-Droit prospectif*, n° 139, 2011-4, p. 564.

**LARTIGUE M.**, « Open data jurisprudentiel : 20 recommandations... et tout à faire », *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2018, n° 2, p. 5.

**LASSERRE M.-C.**, « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur », *LPA*, 30 juin 2017, n° 130, p. 6.

**LASSERRE V.**, « Le nouvel ordre juridique », in *Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, coll. Essais, 2015, p.297.

**LASSERRE CAPDEVILLE J., MASCALA C., NEUVILLE S.**, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe de *non bis in idem* en matière financière », *D.*, 2012, chr. p. 693.

**LASSERRE CAPDEVILLE J. :**

- « Modifications de l'Autorité de contrôle prudentiel par la loi de régulation bancaire et financière », *LPA*, 2010, n° 250, p. 33 ;
- « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *Rev Dr. banc. et fin.*, n° 3, Mai 2014, dossier 21, p. 3 ;
- « Le banquier et la lutte contre le blanchiment d'argent », *AJ Pénal*, 2016, p. 179 ;
- « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés. Présentation et impressions sur un nouveau dispositif juridique », *Rev. sociétés*, 2018, 7 ;
- « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 423.

**LAVIALLE C.**, « Les normes déontologiques boursières », *JCP E*, 1993, I, 241.

**LE CANNU P. :**

- « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par action », *Bull. Joly Sociétés*, juill. 1995, p. 637.
- « Le code ADAE relatif à la gouvernance des entreprises moyennes françaises », *Bull. Joly sociétés*, févr. 2016, n° 114, p. 118.

**LECLERC O.**, « La protection du salarié lanceur d'alerte », in E. Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, sous-coll. Actes, 2007, p. 298.

**LECOURT A. :**

- « Information sur les bénéficiaires effectifs des sociétés immatriculées », *RTD com.*, 2017. 377.

- « RGPD : nouvelles contraintes, nouvelles stratégies pour les entreprises », *Dalloz IP/IT*, 2019, p.205.

**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 IV) », *Rev. sociétés*, 2014, p. 335.
- « Nouvelles obligations d’information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », *Rev. sociétés*, 2017, p. 667.

**LE FUR, D. SCHMIDT A.-V.**, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D.*, 2014, p. 551.

**LEGEAIS R.**, « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993, p. 371.

**Le NABASQUE H. :**

- « La notion de participation indirecte en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2016, n° 3, p. 176.
- « Retour sur la notion de « bénéficiaires effectifs » », *Bull. Joly Sociétés*, janv. 2018, n° 1, p. 8.

**LENOIR N., DILL A., BERION H.**, « Alerte professionnelle et protections des données personnelles », *JCP G*, 2018, doct. 553.

**LENOIR N. :**

- “Les lanceurs d’alerte : une innovation française venue d’Outre-Atlantique”, *JCP E*, 2015, 1492.
- « Les lanceurs d’alerte, une idée neuve en Europe » *in Compliance : l’entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2018, p.105.

**LEVY D.**, « Décret du 18 avril 2018 renforçant la lutte contre le blanchiment de capitaux : l’essentiel pour les avocats », *D. actu.*, 15 mai 2018.

**LIBCHABER R.**, « Qu’est-ce qu’une loi ? », *RTD civ.*, 1999, p. 242.

**LUTTER M.**, « Le Code de bonne conduite allemand du gouvernement d’entreprise : une introduction », *Rev. sociétés*, 2002, p. 667.

**MAATI J.**, « Le gouvernement d’entreprise, l’approche financière des sciences de gestion », *LPA*, 12 févr. 2004, n° 31, p. 33.

**MACKAAY E.**, « La règle juridique observée par le prisme de l’économie : une histoire stylisée du mouvement de l’analyse économique du droit », *RID éco.*, 1986, p. 43.

**MAGNIER V. et PACLOT Y.**, « Le gouvernement d’entreprise en France, vingt ans après... », *in Mélanges en l’honneur du Professeur M. GERMAIN*, L.G.D.J., coll. Mélanges, 2015.

**MAGNIER V. :**

- « La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe, *in* La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social », *L.G.D.J.*, 2010, p. 249.
- « Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité, *JCP E*, 2010, n° 1234.
- « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », *in* Archives Phil. dr., 2001, t. 45, *Dalloz*, 2013.
- « Le UK Corporate Governance code », *JCP E*, n° 47, 21 nov. 2013, 1642.

**MAISON-BLANCHE C.**, « Les agences de conseil en vote : réflexion sur l'encadrement des pratiques », *Bulletin Joly Bourse*, sept. 2013, n° 09.

**MALAURIE P.**, « L'effet pervers de lois », *in* *Droit civil, procédure, linguistique juridique- Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 309.

**MALECKI C. :**

- « Opinion publique et gouvernance d'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire », *in* *Mélanges en l'honneur du Professeur M. GERMAIN*, L.G.D.J., coll. Mélanges, 2015, p. 503.
- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *Bull. Joly Sociétés*, mai 2017, p. 298.
- « La RSE : une norme singulière et plurielle », *Rev. dr. banc. et fin.*, mai 2015, n° 3, p. 35.

**MARAIS (du) B.**, « La conformité, accélérateur ou frein de la croissance ? », *JCP E*, 26 juil. 2012, n° 30, p. 1468.

**MARIN J.-C.**, « Droit pénal et compliance », *in* Frison-Roche M.-A. (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, *Dalloz*, 2017, p. 69.

**MARTIN F.**, « Les obligations des établissements de crédit en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux », *Deffrénois*, 17 mai 2011, n° 1, p. 41.

**MARTIN G.-J.**, « Transparence environnementale et responsabilité des sociétés mères : la loi Grenelle II », *Rev. sociétés*, févr. 2011, n° 2, p. 75 et s.

**MARTINEAU-BOURGNINAUD V.**, « Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise », *LPA*, 10 oct. 2016, p. 28.

**MASCALA C. :**

- « Droit pénal des affaires, mai 2012-mai 2013 », *D.* 2013, 1647.
- « Droit pénal des affaires, mai 2013-mai 2014 », *D.* 2014, 1564.
- « Droit pénal des affaires, mai 2015-juin 2016 », *D.* 2016, 1836.
- « Droit pénal des affaires, juillet 2017-juillet 2018 », *D.* 2018, 1723.

**MASSON A.**, « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 5 - Pathologie du droit et performance des entreprises : la stratégie juridique d'eBay en France », *LPA*, 8 déc. 2008, n° 245, p. 3.

**MATHEY N.**, « ACPR : conformité aux orientations de l'ABE en matière de *shadow banking* », *Rev. Dr. banc. et fin.*, mars 2017, n° 2, comm. 54.

**MATHIEU C. et TERRY N F.**, « Le statut du lanceur d'alerte en quête de cohérence », *Rev. dr. trav.*, mars 2016, n° 3, p. 159.

**MATSOPOULOU H.** :

- « La répression du délit de blanchiment d'argent », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2002, p. 362.
- « L'article 324-1 alinéa 2 du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise », *JCP G*, 2004, II, n° 10081.
- « Réflexions sur la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Cahiers de l'Actualité*, 2004-3.

**MAZIAU N.**, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 2015, 1343.

**MEKKI M.** :

- « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple, Journées nationales, Boulogne-sur-Mer, Association Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires*, 2009, p. 1.
- « Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir », *JCP G*, 2011, Act. 669.
- « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in D. MAZEAUD, B. MOORE et B. MALLET-BRICOUT (dir.), *Les conflits d'intérêt, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires*, 2013.
- « Les mystères de la blockchain », *D.*, 2017, p. 2160.

**MENECEUR Y.**, « Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G*, 2018, 190.

**MENJUCQ M.**, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *Aspects actuels du droit des affaires, in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Dalloz, sept. 2003, p. 831.*

**MERVILLE A.-D.** :

- « La délégation des tâches de conformité et la responsabilité du RCCI/RCSI », *Bull. Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juin 2013, n° 6, p. 287.
- « Le nouvel article 324-1-1 du code pénal a-t-il des conséquences pour les établissements financiers en matière de blanchiment d'argent ? », *RLDA*, n° 94, 1<sup>er</sup> juin 2014.

**MIGNONT-COLOMBET A. et BUTHIAU F.**, « *Le deferred prosecution agreement* américain : une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP E*, 2013, n° 359.

**MIGNON-COLOMBET A. et HANNEDOUCHE-LERIC S.**, « Le nouveau dispositif anti-corruption de la loi Sapin 2 : quelles avancées et quelles zones d'ombre ? », *JCP G*, n°5, 30 janv. 2017, 128, p. 234.

**MOGINI S.**, « Droit pénal, marchés et autorégulation des acteurs », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 187.

**MOHLO V. et GUILLOT J.-B.**, « Éthique du sport et renforcement de la régulation et de la transparence du sport professionnel », *JCP E*, n° 10, 9 mars 2017, spé. 172.

**MOJUYE B.**, « La « Know thy customer rule » en droit américain », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 12.

**MOLFESSIS N.**, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ – Droit prospectif*, 1997, p. 1193, spéc. n° 10 et s., p. 1199.

**MOREL-MAROGER J.**, « La compliance financière : les enseignements de l'affaire BNP Paribas » in Borga N., Marin J.-C., Roda J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 69.

**MORET-BAILLY J.**, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, 1100.

**MORTIER R. et BOL S.**, « Le registre des bénéficiaires effectifs », *Dr. sociétés*, 2017, n° 11, étude 11.

**MOULIN A.-M.**, « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire. La politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Rev. Dr. banc. et fin.* 2012, dossier 3.

**MOULIN J.-M.**, « La force normative du code AFEP-MEDEF », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Germain*, L.G.D.J., coll. Mélanges, 2015, p. 601.

**MUKA TSHIBENDE L.- D., QUEINNEC Y. et TCHOTOURIAN I.**, « Art. 224-2 de la loi Grenelle II, Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable », *Rev. dr. Int. et comp.*, 2012, n°1, p. 133.

**NEUVILLE S.**, Chron. Droit bancaire et financier (1<sup>er</sup> avril 2016 - 31 juillet 2017), *R.L.B.*, 2017/2-3, p. 100.

**NICOLAS M.-A. et HUMBERT C.**, « Loi Sapin 2, FCPA, UKBA, CCA Comment ne pas se perdre dans le dédale de la conformité ? » *Cah. dr. entrepr.*, n° 2, Mars 2017, dossier 6.

**NOUY D.**, « Les risques du *shadow banking* en europe : le point de vue du superviseur bancaire », *Rev. d'éco. fin.*, 2013/1, n° 109, p. 223.

**NOYER C.**, « Régulation et confiance », *Rev. éco. fin.*, 2010-4, n° 100, p. 111-122.

**OMAGGIO A.**, « Faut-il encadrer l'activité des agences de conseil en vote (proxy advisors) »? *JCP E*, 2009, 2065.

**OPPETIT B.**, « Droit et économie », in *Droit et économie*, Archives Phil. dr., T. 37, Dalloz, 1992, p. 17-26.

**OSMAN F.** :

- « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509.
- « Vers une *lex mercatoria euromediterranea* : La légistique au service de la codification, unification, harmonisation du droit des affaires de l'Union pour la Méditerranée », *Rev. de droit des affaires internationales*, nov. 2009, n°5, p. 575-588.

**PACLOT Y.** :

- « Le gouvernement d'entreprise, pour quoi faire ? », in MAGNIER V. (dir.), *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 2010, p. 285.
- « À propos de la juridicité du Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 395.

**PAILLER P.** :

- « Réforme de la répression des abus de marché », *Rev. Dr. banc. et fin.* 2016, comm. 217.
- « L'intermédiation en question, l'apport des Fintechs au droit bancaire », *Rev. Dr. banc. et fin.* n° 2, mars 2017, dossier 12.
- « Le nouveau statut du lanceur d'alerte », *Rev. Dr. banc. et fin.* n° 1, janv. 2017, comm. 41.

**PAILLUSSEAU J.** :

- « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions de droit des affaires) », *RJ com.*, 1987, p. 377 ; *JCP E*, 1988, II, 15101 ; *JCP G*, 1988, I, 3330.
- « Le droit est aussi une science d'organisation - et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques », *RTD Com.*, 1989, p. 1.
- « Qu'est-ce que l'entreprise » ? in *L'entreprise : nouveaux apports*, *Économica*, 1987, p. 12, n° 11.
- « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, n° 74, 19 juin 1996, p. 17.

**PAINE L. S.**, «Law, ethics, and managerial judgement», *Journal of Legal Studies*, 1994, 12(2), p. 153.

**PARACHKEVOVA I.**, « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », *Bull. Joly Sociétés*, oct. 2017, n° 10, p. 585.

**PASQUALINI F.**, « *Shadow banking*, l'Union Européenne contre-attaque », *Rev. intern. de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 3, oct. 2015, comm. 98.

**PERRIER J.-B.**, cité par L. LANGLOIS ; Rapp. C. cass., mai 2019., "Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement", *Lamyline*, 24 octobre 2019.

**PEZARD A.**, « Une nouvelle source du droit : les normes déontologiques en matière bancaire et boursière dans les États de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de M. Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 113.

**PICARD E.**, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application », *Rev. sociétés*, 1993, p. 261.

**PLUCHART J.-J.**, « De la confiance à la défiance dans la chaîne financière », in *Grandeur et misère de la finance moderne, regards croisés de 45 économistes*, Ed. Eyrolles, Cercle TURGOT, (dir) J.-L. CHARBON et J.-J PLUCHART, 2013, p. 134 et s.

**POULLE J.-B. et AUBERT S.**, « Lutte contre le blanchiment : l'esprit de l'approche par les risques est-il menacé ? », *Rev. Dr. banc. et fin.* n° 1, jan. 2014, étude 5.

**PIETRACOSTA A. et POULLE J.-B.**, « Le principe « appliquer ou expliquer » », *RTD fin.*, 2009-4, p. 19.

**POILLOT-PERUZETTO S.**, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, in *Internormativité et réseaux d'autorités*, (dir.) L. IDOT, et S. POILLOT-PERUZETTO, *LPA*, 5 octobre 2004, p. 17-31.

**PONS N.**, « Economie criminelle et football » in *Football et droit*, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, 2012.

**PORTIER P.**, « Le Code Middlednext s'universalise », *Bull. Joly sociétés*, nov. 2016, n° 11, p. 634.

**POSNER R. A.**, « Optimal Sentences for White Collar Criminals », *American Criminal Law Review* (vol. 17), 1980, pp. 400-418.

**QUEINNEC Y. et CONSTANTIN A.**, « Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », in *Dossier spécial : Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme*, *RLDA*, 2015, p. 104.

**QUIROJA-GALDO J.**, « Le registre des bénéficiaires effectifs, de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99% des sociétés », *LPA*, 8 déc. 2017, n° 245, p. 7.

**RABU G.**, L'illusion d'éthique, *RRJ - Droit prospectif*, 2013, p. 35.

**RAMETTE R.**, « La réforme de la COB et le cumul de pouvoir normatif, de sanction et d'investigation », *Bull. Joly Bourse*, 1995, p. 483.

**RAY E.**, « Facebook, le salarié et l'entreprise », *Dr. soc.*, 2011.



**REYGROBELLET A., FRANÇOIS B., PERNAZZA F., DECKERT K. et REYGROBELLET A.**, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies », *RLDA*, 2017, p. 35.

**RIASSETTO I.**, « Fonds européens d'investissement à long terme », *Banque et droit*, 2015, n° 161, p. 72.

**RIFFAULT J.**, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim...*, 1999, p. 231.

**ROBERT J.-H.**, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais », *Dr. pénal*, 1995, chron. n° 30.

**ROBERT H. :**

- « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – À propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP G*, 2014, n° 6, 182.
- « Présentation de la directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 dite quatrième directive anti-blanchiment », *Bull. Lamy droit pénal aff.*, sept. 2015, n° 153, p. 1.
- « L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 renforçant le dispositif de lutte anti-blanchiment », *RLDA*, févr. 2017, n° 123, p. 16.

**RODA J.-C.**, « La compliance en droit américain: le régulateur, l'entreprise et le juge », in Borga N., Marin J.-C., Roda J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, coll. Thèmes et commentaires, *Dalloz*, 2018, p. 235-248.

**RONTCHEVSKY N. :**

- « L'harmonisation des sanctions pénales. Vers un renforcement et une rationalisation de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, mars 2012, n° 3, p. 139.
- « Pour en finir avec une acrobatie intellectuelle française : retour sur le cumul des procédures administratives et pénales en matière d'abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, déc. 2012, n° 12, p. 610.

**ROQUILLY C.**, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, novembre 2009, n° 6, dossier 34.

**ROUGE J.-F.**, « La spéculation : les règles du jeu », *LPA*, 1993, n° 94, p. 16.

**ROUJOU de BOUBÉE G.**, « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », in *Une certaine idée du droit. Mélanges en l'honneur du professeur A. Decocq*, Litec, 2004, p. 535.

**ROUSSEAU S.**, « L'obligation du courtier de connaître son client en droit canadien des valeurs mobilières », *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2008, n° 2, dossier 11.

**ROUSSILLE M.**, « Que reste-t-il du monopole bancaire ? », in Gourio A. et Daigre J.-J., in *Mélanges AEDBF-France VI*, éditions Revue Banque, 2013, p. 581.

**ROULET J.-P.**, « Du gouvernement d'entreprise de sociétés cotées à la gouvernance de groupe », *Cah. dr. entr.*, mars 2016, n° 2, dossier 15.

**ROUSSILLE M.**, « Trois questions : le *shadow banking system* », *JCP E*, n° 21-22, 22 mai 2014, 370.

**ROUVIERE F.** :

- « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD civ.*, 2017, p. 527.
- « Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot », *RTD civ.*, 2018, p. 530.

**ROUX A.**, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », *AJ Pénal*, 2017, p. 62.

**RUBAL-HOYER C.**, « Un Noël couteux pour La Banque Postale », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Févr. 2019, n°1, p. 30.

**RUIMY M.**, « Les monnaies virtuelles, nouveaux acteurs du secteur financier », *Banque et stratégie*, déc. 2013, n° 320, p. 16.

**SACHET-MILLIAT A.**, « Ethique et management : Pratiques de pression sur les cadres pour obtenir leur collaboration aux actes de délinquance d'affaires », *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, juil.- sept. 2005, vol. 57, p. 90.

**SAINT-MARS (de) B.**, « Qui trop embrasse mal étreint ? », *Bull. Joly Bourse*, avr. 2011, n° 4, p. 221.

**SALOMON R.** :

- « Le particularisme des infractions boursières », *Dr. pén.*, 2003, p. 4.
- « Du caractère non intentionnel du manquement de communication de fausses informations », *Dr. sociétés*, juill. 2005, repères 7.
- « Le risque boursier : délits et manquements d'initié, de manipulation de cours et de fausse information », *Cah. dr. entr.*, 2006, n° 1, p. 56.

**SAMPER G., BREILLAT J.-C.**, « Gouvernance sportive : démocratie et éthique du dirigeant », *Jurisport*, 2018, p. 24.

**SARREMEANE P.**, « Entre instrumentalisation et humanisation : la difficile position de l'éthique du sport », *Jurisport*, 2017, p.13.

**SAUD NETO S. J. et TOLLET N.**, « Cartographie des risques, retour d'expérience du Brésil pour réussir l'exercice », *Cah. dr. entr.*, mars 2017, n° 2, dossier 7.

**SAUVE J.-M.**, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique. A propos du rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », *JCP G*, 2011, 4, suppl. au n° 52.

**SAVARY L.**, « Synergie Banques-FinTechs : quand la conformité des unes dépend des autres », *Rev. Dr. banc. et fin.*, mars 2017, n° 2, dossier 14.

**SCOTT R. et BEST R.**, « Le contrôle du juge sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Rev. internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Juin 2019, n°3, p. 19.

**SEGONDS M.**, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Dr. pén.*, 2006, étude 12.

**SERGAKIS K.**, « ESMA et agences de conseil en vote : un rapprochement délicat à la recherche d'une transparence volontaire », *Bull. Joly Bourse*, avr. 2013, n° 4, p. 198.

**SHAVELL S.**, « The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *Journal of Legal Studies*, 1997, n° 26, p. 575-612.

**SHLEIFER V. A. et VISHNY R.**, « Managerial entrenchment: the case of management specific investment », *Journal of Finance Economics*, 1989, n° 25, p. 123.

**SCHMITT A. et WAISSE A.**, « Le corporate governance au Grand-Duché de Luxembourg : état des lieux et perspectives » in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, vol. III, p. 1395.

**SEASSAUD E.**, « Le lanceur d'alerte en droit anglais : un acteur responsable, par-delà les archétypes du traître et du héros », *Cah. dr. entr.*, janv. 2018, n° 1, dossier 7.

**SEE A.**, « La régulation des algorithmes : un nouveau modèle de globalisation ? », *RFDA*, 2019, p. 830.

**SIMON G.**, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, 2001, n° 33, p. 97.

**SORDINO M.-C.**, « Le signalement des infractions de corruption par les lanceurs d'alerte », in *Le risque de corruption*, (dir.) J.-M. BRIGAND, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 67.

**STIGLER G.**, « The Optimum Enforcement of Laws », *Journal of Political Economy*, 1970, n° 78, p. 526.

**STORK M.**,

- « L'AMF apporte des précisions sur les conditions d'application relative à l'exercice des droits de vote par les sociétés de gestion », *RTD Com.*, 2005, p. 558.

- « La régulation de l'activité bancaire des FIA : la finance de marché sort de l'ombre », *RTD Com.*, 2017, 939.

- « Fonction sociale du banquier : la fin d'un monopole », *Rev. Dr. banc. et fin.*, n° 1, janv. 2019, Dossier 10.

**STORRER P.**, « Crowdfunding, bitcoin : quelle régulation ? », *D.*, 2014, p. 832.

**SUNDERAM A.**, « La croissance du shadowbanking », *Rev. d'éco. fin.*, 2°13/1, n° 109, pp. 53-68.

**SUPIOT A.**, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Etudes offertes à J. PELISSIER*, Dalloz, coll. Etudes, mélanges et travaux, 2004, p. 541.

**SYME G.**, « Finance de l'ombre ou finance criminelle ? », *A.A.E.L.S.H.U.P., Humanisme et entreprises*, 2013/4, n° 314, pp. 63 à 68.

**SYNVET H.**, « La *soft law* en matière bancaire et financière », *Rev. Dr. banc. et fin.*, janv. 2012, n° 1, dossier 8.

**TATOUX J.-J.**, « Reporting social et environnemental extra-financier : quelle mesure de la performance d'entreprise au service de quelle stratégie ? », *Rev. Lamy droit des affaires*, n° 145, févr. 2019

**TELLER M.**, « Banque, morale, valeur (s) », *Rev. Dr. banc. et fin.*, mai 2014, n° 3, dossier 19.

**THIBIERGE C. :**

- « Le droit souple ? Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, 599.
- « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », in *L'obligation*, Dalloz, coll. Archives Phil. dr., 2008, n° 51, p. 251.
- « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, P. 519.

**TOCQUEVILLE (de) J.-G.**, « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *Rev. Dr. banc. et fin.*, 2012, dossier 4.

**TOLLET N.**,

- « La « loi Sapin 2 », la fin des méga-sanctions américaines contre les sociétés françaises ? », *RLDA*, 10 déc. 2015, n° 110.

- « Quand l'avocat s'impose en partenaire privilégié de l'évaluation des tiers », Dalloz Avocats, *Exercer et entreprendre*, éd. 2020, p. 184.

**TORCK S.**, « Propos introductifs », dossier La réforme des abus de marché, *Bull. Joly Bourse*, sept. 2015, n° 1129, p. 379.

**TREBULLE F.-G.**, « Stakeholder theory et droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, déc. 2006, p. 1337.

**TRICOT J.**, « La corruption internationale », *Rev. sc. crim...*, 2005, p. 753.

**VIANDIER A.**, « Observations sur le style de la loi », *RRJ-Droit prospectif*, 1987, p. 847.

**VITU A.**, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne. Recueil d'études en hommage à la mémoire du professeur H. Donnedieu de Vabres*, Cujas, 1960, p. 127.

**VABRES R.**, « Protection des lanceurs d'alerte », *Dr. sociétés*, 2016, comm. 84.

**VAUPLANE (de) H. et SIMART O.**, « La notion de manipulation de cours et ses fondements en France et aux USA », *Rev. dr. banc. et bourse*, 1996, p. 158.

**VAUPLANE (de) H. :**

- « La spéculation boursière dans le droit et la littérature française du XIX<sup>e</sup> siècle », *LPA*, 2006, n° 234, p. 5.
- « La crise financière et le droit français », *JCP G*, 2008, n°50, p. 17.
- « La blockchain et le droit », *JCP E*, 2016, 1480.

**VERDUN F.**, « Loi Sapin II : statut du lanceur d’alerte et programme anti-corruption au regard du droit social », *JCP S*, 17 janv. 2017, n° 2, ét. 1011.

**VILMORIN O. et BERDOU A.**, « Vade-mecum de l’actionnaire activiste », *Bull. Joly Bourse*, janv. 2016, n° 1, p. 16.

**WERNER P.**, « La conformité comme outil de prévention du blanchiment », *Rev. Dr. banc. et fin.*, mai 2009, n°3, dossier 19.

**WESTER-OUISSE V.**, « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *REV. SC. CRIM...*, 2000, p. 352.

**ZABALA B. et ROHMERT A.**, « Le régime des bénéficiaires effectifs appliqués aux sociétés », *JCP E*, 2017, 1585.

**ZOLINSKIY C. :**

- « Blockchain et *smart contracts* : premiers regards sur une technologie disruptive », *Rev. Dr. banc. et fin.*, mars 2017, n°2 dossier 4.

- « La blockchain : la fin de l’ubérisation ? », *D., IP/IT*, 2017, p. 385.

**ZONDERVAN R.**, « Réflexion sur la division du patrimoine. À propos de la société d'une personne, du trust et de la fondation », *Rev. Banque*, n° 12, p. 94.

**V. Notes et observations****AVENA- ROBARDET V. :**

- sous Cass. com., 28 avril 2004, n° 02-15.054, Bull. civ. IV, n° 72, *D.* 2004, p. 1380.

**BARBIERI J.-F. :**

- sous T. corr. Paris, 21 janv. 2011, affaire *Vivendi*, *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p. 210.

**BONNEAU T. :**

- sous CE, 4 févr. 2005, n° 269001, Sté GSD Gestion, *Dr. sociétés*, 2005, comm. 197.

**BOULOC B. :**

- sous Cass. crim., 19 déc. 1973, Bull. crim. 1973, n° 480 ; *Rev. sociétés*, 1974, p. 364.
- sous Cass.crim., 22 octobre 1990, *Rev. sociétés*, 1991, p. 125.
- sous Cass. crim, 16 déc. 1997, n° 96-82.509, Bull. crim. n° 428, *Rev. sociétés* 1998, p. 402.
- sous Cass. crim., 2 déc. 1997, Bull. crim., n° 408, *Rev. sc. crim.*, 1998, 536.
- sous Cass. crim. 15 mai 1997, n° 96-80.399, *Rev. sociétés*, 1998, p. 135.
- sous Cass. crim. 7 juill. 1998, Bull. crim., n° 216, *Rev. sc. crim.*, 1999.317.
- sous Cass. crim. 14 juin 2006, n° 05-82.900, *RTD Com.*, 2007. 250.
- sous Cass. crim., 7 oct. 2009, n° 08-84.348, *RTD Com.*, 2010, p. 442.
- sous Cass. crim., 31 mai 2012, n° 12-80.715, Bull. crim. n° 139, *RTD Com.*, 2012, p. 628.
- sous Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-87.968, *Rev. sociétés*, 2015, p. 386.
- sous Cass. crim., 17 février 2016, n° 15-80050, *RTD Com.*, 2016, p. 346.

**COUSTET T. :**

- sous Cass. crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416, *D. actu.*, 2014.

**CUTAJAR C. :**

- sous Cass. crim., 20 février 2008, n° 07-82.977, Bull. crim. n° 43, *D.* 2008, p. 1585-1589.

**DAIGRE J-J. :**

- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, « Le Conseil constitutionnel sanctionne le cumul des sanctions... », *Banque et droit*, n° 160, mars-avril 2015, p. 3.

**DEBAT O. :**

- sous CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> chambres réunies, 12 octobre 2018, requête numéro 423044 et requête numéro 423118, « "Bitcoin": un nouveau régime d'imposition », 12 octobre 2018, *Dr. et patr.*, avr. 2019, n° 90, p. 53.

**DELMAS-SAINT-HILAIRE. J.-P.:**

- sous Cass. crim., 14 mai 1986, n° 85-93.052, Bull. crim. n° 163, *Rev. sc. crim.*, 1987, n° 3, p. 685.

**DESPORTES F. :**

- sous Cass. crim., 2 déc. 1997, Bull. crim., n° 408, *JCP G*, 1998. II. 10023.

**DETRAZ S. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555 QPC, *Rev. sc. crim.*, 2016, 529.

**DEZEUZE E. :**

- sous Cass. crim., 2 avr. 2008, n° 07-85.179, *RTDF*, 2008, n° 2, p. 98.
- sous CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *JCP G*, 2016. 41, p. 1087.
- sous CE, 10 juillet 2015, n° 369454, *RTDF*, 2015, n° 3, p. 96.

**DUCOULOUX-FAVARD C. :**

- sous Cass. crim., 25 juin 2003, , n° 02-86.182, *Gaz. Pal.*, 2004, doct., p. 790.

**DUPLAT J. :**

- sous Soc. 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *Dr. soc.*, 2000, 163.

**DURRY G. :**

- sous Cass., ch. mixte, 28 janv. 1972, *RTD civ.*, 1972, 406.

**GALLOIS. J. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, Comp. Crim. 22 févr. 2017, n° 14-82.526 ; *D. actu.*, 17 mars 2017.

**GARÉ T. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *D.*, 2017, 2501.

**GINESTET C. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *D.* 2017, 2501.

**GOZZI M.-H. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *D.* 2017, 2501.

**GRATTON L. :**

- sous Soc. 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *Dr. soc.*, 2016, 4.

**GIUDICELLI A. :**

- sous Cass. crim. 14 juin 2006, n° 05-82.900, *Rev. sc. crim.*, 2007, 114.

**HAUSER J. :**

- sous Soc. 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *RTD Civ.*, 2000, 801.

**JACQUINOT. N. et VAILLANT R. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *AJDA*, 2016, 1925 ; *D.*, 2017, 1328.

**JEANDIDIER W. :**

- sous Cass. crim., 18 février 1991, n° 90-82.288, Bull. crim. n° 81, *Rev. sociétés* 1991, p. 787.

**JOURDAIN P. :**

- sous Cass. civ. 2e, 24 juin 1992, n° 90-11.079, *RTD Civ.*, 1993, 140.
- sous Cass. crim. 7 nov. 2001, n° 01-80.592, *RTD Civ.*, 2002, 31,

**LASSERRE-CAPDEVILLE. J. :**

- sous Cass. crim., 20 février 2008, n° 07-82.977, Bull. crim. n° 43, *JCP G*, 2008, II, n° 10103.
- sous Cass. crim., 2 avr. 2008, n° 07-85.179, *Bull. Joly Bourse*, 2008, 301.
- sous CA Paris, 24 oct. 2012, n° 11/00404, *JCP E*, 2012. 1371.
- sous Cass. crim. 25 juin 2014, n° 13-84.450, Bull. crim. n° 163, *D.* 2014, 2332.
- sous CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *D.*, 2016, 1927.

**LELIEUR J. :**

- sous Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-82.124 et n° 04-81.758, *AJ Pénal*, 2008, p. 319.

**LIENHARD A. :**

-sous Cass. crim. 1<sup>er</sup> mars 2000, n° 99-86.299, Bull. crim. n° 98, p. 290, *Cah. D. aff.*, 2000, AJ, p. 229.

**MANCIET H. :**

- sous CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> chambres réunies, 12 octobre 2018, requête n° 423044 et requête n° 423118, « "Bitcoin": un nouveau régime d'imposition », 12 octobre 2018, *Dr. et patr.*, avr. 2019, n° 90, p. 53.

**MASCALA C. :**

- sous Cass. crim., 7 oct. 2009, n° 08-84.348, *D.*, 2010, p. 1663.
- sous Cass. crim. 11 avr. 2012, n° 10-86.974, *D.*, 2012. p.1699.
- sous Cass. crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416, *D.*, 2014, p. 1564.

**MATSOPOULOU H. :**

- sous Cass. crim., 7 oct. 2009, n° 08-84.348, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 631.
- sous Cons. Const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, John L. et a., *Rev. sociétés* 2015, p. 380.
- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, *Rev. sociétés* 2014, p. 675.

**MAYAUD Y.:**

- sous Cass. crim., 24 oct. 2000, Bull. crim., n° 308, *Rev. sc. crim.*, 2001,162.
- sous Cass. crim., 20 juin 2006, *Rev. sc. crim.*, 2006, 885.



**MIRABAIL S. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *D.* 2017, 2501.

**MORTIER R. :**

- sous Cass. crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416, *JCP E*, n° 18, mai 2014, 1234.
- sous Cass. crim. 25 juin 2014, n° 13-84.450, Bull. crim. n° 163 ; *D. actu.*, 7 juill. 2014.

**MULLER A.-C. :**

- sous CE, 20 mars 2013, n° 356476, *Rev. Dr. banc. et fin.*, Nov. 2013, n° 6, comm. 212.

**PAILLER P. :**

- sous Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, FS-P+B+R+I, “*Non bis in idem*”, *Rev. Dr. banc. et fin.*, n° 2, Mars 2014, comm. 83.

**PRADEL J.:**

- sous Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-82.900, *D.* 2007. 973.
- sous CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, Zolotoukhine c/ Russie, *D.* 2009, p. 2014.

**PRIOU-ALIBERT L. :**

- sous Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416, *D. actu.*, 27 mars 2014.

**PRUM A. :**

- sous CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *Dr. et patr.*, 2017. 113.

**RENAUD-DUPARC C. :**

- sous Cass. crim., 25 juin 2014, n° 13-84.450, Bull. crim. n° 163, *AJ Pénal*, 2015. 92.

**ROBERT J.-H. :**

- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, « Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délits d’initié », *JCP G*, 2015, 369 ; *Dr. pén.*, 2015.
- sous CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *JCP G*, 2016. 47, p. 2139.

**ROBERT H. :**

- sous Cass. crim., 31 mai 2012, n° 12-80.715, Bull. crim. n° 139, Réflexions sur la nature du de l’infraction de blanchiment d’argent, *JCP G*, 2008, I, 146 ;

**RONTCHEVSKY N. :**

- sous T. corr. Paris, 17 déc. 1997, *Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 485 ; *RTD Com.*, 1998, p. 640.
- sous CA Paris, 25 janv. 2000, *Bull. Joly sociétés*, 2000, p. 254.
- sous Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 03-82.777, *Bull. Joly Bourse*, 2005, p. 257.
- sous Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, FS-P+B+R+I, *D.* 2014, p. 600.

**ROUJOU de BOUBEE G. :**

- sous Cass. crim. 11 avr. 2012, n° 10-86.974, *D.*, 1999, somm. 152.
- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *D.*, 2017, 2501.

**ROYER G. :**

- sous Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-82.900, *AJ Pénal*, 2006. 447.

**SAENKO L. :**

- sous sous CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *RTD Com.*, 2016. 873.

**SALOMON R. :**

- sous CA Paris, 9<sup>e</sup> ch., sect. B, 2 févr. 2007, n° RG : 06/08079, Devaux et SA Fideuram Wargny, *Dr. sociétés*, 2007, comm. 123.
- sous Cass. crim., 31 mai 2012, n° 12-80.715, *Bull. crim.* n° 139, *Dr. sociétés*, 2012, p. 40, comm. 173.
- sous Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, FS-P+B+R+I, *Dr. sociétés*, 2014, comm. 56.
- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, *Dr. sociétés*, 2015, comm. 99.

**SALVAGE. P. :**

- sous Cass. crim., 2 déc. 1997, *Bull. crim.*, n° 408, *JCP E*, 1998.948.

**SEGONDS M. :**

- sous Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-82.124 et n° 04-81.758, *Rev. pénit.*, 2009, p. 176.

**STASIAK F. :**

- sous CA Paris, 24 oct. 2012, n° 11/00404, *Rev. sc. crim.*, 2013. 381.
- sous Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416, *Rev. sc. crim.*, 2015. 379 ; *RLDA*, 10/2014, n° 97.
- sous CA Versailles, 9e ch., 23 sept. 2016, n° 14/01570, *Rev. sc. crim.*, 2017, p. 530.

- sous T. corr. Paris, 5 oct. 2010, *Rev. sc. crim.*, 2012, 126.

**SUDRE. F. :**

- sous CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, Zolotoukhine c/ Russie, *JCP G*, 2009, 143, n° 31.
- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, « Principe de *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe-l'œil du Conseil constitutionnel, *JCP G*, 2015, 368.

**TRICOIRE E. :**

- sous Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-555, QPC, *D.* 2017, 2501.

**TUNC A. :**

- sous TGI Paris, 17 mars 1976, *JCP Cl*, 1980, II, n° 18496.
- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, « Principe de *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe-l'œil du Conseil constitutionnel, *JCP G*, 2015, 368.

**TORCK S. :**

- sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/Italie, *Dr sociétés*, 2015, comm. 94.

**VASSEUR M. :**

- sous Cass. com., 22 juill. 1986, n° 85-10.277, *D.*, 1987, somm., p. 299.

**de VAUPLANE H. :**

- sous Cass. crim. 11 avr. 2012, n° 10-86.974, *Banque et droit*, 1997, n° 55, p. 34.

**VERON M. :**

- sous Cass. crim., 24 oct. 2000, Bull. crim., n° 308, *Dr. pén.*, 2001, n° 29.
- sous Cass. crim., 22 févr. 2006, n° 05-84.921, *Dr. pén.*, 2006, comm. 88.
- sous Cass. crim., 25 juin 2008, *Dr. pén.*, 2008, n° 140.
- sous Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-82.124 et n° 04-81.758, *Dr. pén.*, 2008, comm. 102.
- sous Cass. crim., 8 janv. 2013, *Dr. pén.*, 2013, Comm. 55.

## **VI. RAPPORTS, DOSSIERS LÉGISLATIFS, PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOIS**

**BLESSIG E.**, Rapp. sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la justice : Doc. AN n° 2291, 2005, p. 27.

**BOCQUET E.**, Rapport du Sénat : Rapport n° 87 (2013-2014), fait au nom de la Commission d'enquête sur le rôle des banques, déposé le 17 octobre 2013, <http://www.senat.fr/rap/r13-087-1/r13-087-147.html>.

**FAUCHON P.**, Rapp. Sénat n° 30, 13 oct. 1994 ; Rapp. Sénat n° 116, 7 déc. 1994.

Assemblée Nationale, *XIVe Législature, session ordinaire de 2015-2016. Comptes-rendu intégral, deuxième séance, mardi 7 juin 2016*, p. 25 à 48.

**MARC F.**, Sénat, Rapport d'information sur l'amélioration de la transparence et de la régulation du système financier parallèle, n° 607, session 2015-2016, 12 mai 2016, p. 25.

## **VII. RÈGLEMENTS ET DIRECTIVES EUROPÉENNES**

### **A. RÈGLEMENTS**

- Règl. 90/08 du Comité de la Réglementation Bancaire et Financière.
- Règl. UE n° 575/2013 et de la directive 2013/36/UE (« Paquet CRD IV »).
- Règl. Parl. et Cons. Cen° 1781/2006, du 15 nov. 2006, JOUE 8 déc., n° L345.PE et Cons. UE, dir. 2005/60/CE, 26 oct. 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (dite la Troisième Directive), JOUE n° L 309, 25 nov. 2005, p. 15.
- Règl. UE, dir. 2006/70/CE, 1er août 2006 portant mesures de mise en oeuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée : JOUE n° L 214, 4 août 2006, p. 29.
- Règl. PE et Cons. UE, n° 596/2014, 16 avr. 2014, JOUE 12 juin 2014, n° L 173, art. 2, relative aux abus de marché.

### **B. DIRECTIVES EUROPÉENNES**

- Dir. Parl. et Cons. UE n° 85-611 du 20 décembre 1985 dite OPCVM 1.
- Dir. Parl. et Cons. UE n° 2000/12/CE, art. 1er, pt. 3.
- Dir. Parl. et Cons. UE 2001/108/CE du 21 janvier 2002 dite OPCVM III ou UCITS III.

- Dir. Parl. et Cons. UE 2004/39/CE du 21 avril 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.
- Dir. Parl. et Cons. UE 2011/89/UE du 16 novembre 2011.
- Dir. Parl. et Cons. UE 2014/57/EU du 16 avril 2014 sur les sanctions pénales en cas d'abus de marché.
- Dir. Parl. et Cons. UE n° 2014/91/UE du 23 juillet 2014. Directive n° 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009.
- Dir. Parl. et Cons. UE 2003/6/CE, du 28 janvier 2003.
- Dir. Parl. et Cons. 2014/57 UE, 16 avr. 2014, art. 7, 1°.
- Dir. Parl. et Cons. CE 2003/6/CE, 28 janv. 2013, proposition de directive COM (2011) 654 final, 20 oct. 2011 relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, approuvée par le Parlement européen le 4 févr. 2013 après accord de trilogue du 20 déc. 2013.
- Dir. Parl. et Cons. UE, n° 2015/849/UE du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, JOUE, n° L. 141, 5 juin 2015, p. 73.
- Dir. Parl. et Cons. UE 2018/843 du 30 mai 2018, modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE.
- Dir.Parl.et Cons. UE 2018/1673 du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal.
- Dir.Parl.et Cons. UE 2019/1937 du 23 octobre 2019, sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

## **VIII. LOIS, DÉCRETS, ORDONNANCES et CIRCULAIRES**

### **A. LOIS**

- Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.
- Loi n°77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, JORF du 30 décembre 1977 page 6279.
- Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985, modifiant diverses dispositions du droit des valeurs mobilières, des titres de créances négociables, des sociétés et des opérations de bourse.

- Loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987, relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal.
- Loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988 de Finances pour 1989.
- Loi n° 89-531 du 2 août 1989, relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.
- Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.
- Loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.
- Loi n° 95-125, 8 févr. 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.
- Loi n° 96-597, du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, JO du 4 juillet 1996.
- Loi n° 2010-1249, 22 oct. 2010 : Journal Officiel du 23 Octobre 2010, art. 36 XIII.
- Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010 page 12905.
- Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JORF n°0173 du 27 juillet 2013 page 12530.
- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013 page 16829.
- Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013.
- Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, adopté en 1<sup>re</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 14 juin 2016.
- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6.
- Loi n° 2017-261 du 1er mars 2017 visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs, JO 2 mars 2017.
- Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JO n°0024 du 28 janvier 2017
- Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JO n°0074 du 28 mars 2017.
- Loi n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO 0119 du 23 mai 2019.

## **B. DÉCRETS**

- Décr. n°2009-1087 du 2 septembre 2009 - art. 1.
- Décr. n° 2010-69 du 18 janvier 2010, JO n°0016 du 20 janvier 2010 page 1179.
- Décr. n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, JO n°0099 du 26 avril 2012, p.7439.
- Décr. n° 2017-1094 du 12 juin 2017 relatif au registre des bénéficiaires effectifs définis à l'art. L. 561-2-2 c. mon. fin., JO 14 juin 2017, texte n° 16.

- Décr. n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, JORF n°0063 du 15 mars 2017.
- Décr. n° 2017-564 du 19 avr. 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État, JO 20 avr. 2017.
- Décr. n° 2018-284 du 18 avr. 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, JO 20 avr. 2018, texte n° 28.
- Décr. n° 2020-118 du 12 févr. 2020, JO 13 févr. 2020, texte n° 16.
- Décr. n° 2020 119 du 12 févr. 2020, JO 13 févr. 2020, texte n° 17.

### **C. ORDONNANCES**

- Ord. n° 67-833 du 28 sept. 1967.
- Ord. n° 2008-1271 du 5 décembre 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.
- Ord. n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement.
- Ord. n° 2009-104, 30 janv. 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.
- Ord. n° 2014-559, 30 mai 2014, relative au financement participatif.
- Ord. n° 2016-413, 7 avril 2016, art. 4, JO 8 avr. 2016, texte n° 20.
- Ord. n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> déc. 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, JO 2 déc. 2016, texte n° 14.
- Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JORF n°0169 du 21 juillet 2017.
- Ord. n° 2020-115, 12 févr. 2020, JO 13 févr. 2020, texte 12.
- Ord. n° 2020-1342, 4 nov. 2020 : JO 5 nov. 2020, texte n° 10.

### **D. ARRÊTÉS**

- Arr. du 1<sup>er</sup> août 2017 relatif aux tarifs réglementés des greffiers des tribunaux de commerce, JO 3 août 2017, texte n° 29 ; Arr. du 18 sept. 2017 relatif aux modalités de transmission à l'INPI du document relatif au bénéficiaire effectif mentionné au

deuxième alinéa de l'art. L. 561-46 c. mon. fin., JO 26 sept. 2017, texte n° 21 ; Arr. du 18 sept. 2017 relatif aux justificatifs à fournir pour accéder au document relatif au bénéficiaire effectif, JO 26 sept. 2017, texte n° 22.

## **IX. JURISPRUDENCE**

### **A. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE**

- Cons. const., 2 févr. 1995, n° 95-360 DC.
- Cons. const. 16 déc. 1999, décis. N° 99-421 DC.
- Cons. const., 12 mai 2011, décis. N° 2011-629 DC.
- Cons. const., déc. 21 oct. 2016, n° 2016-591, QPC.
- Cons. const., 14 janv. 2016, déc. n° 2015-513/514/526 QPC.
- Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC.
- Cons. const., 27 sept. 2019, n° 2019-804 QPC.

### **B. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**

- CE, 23 nov. 1998, n° 180246 : RJF 12/98, n° 1424.
- CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460.
- CE, 28 nov. 2014, n° 3664463.
- CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084 et n° 390023, Société Fairvesta GmbH et autres et Société NC Numericable : JurisData n° 2016-004898 et JurisData n° 2016-004897.

### **C. JURISPRUDENCE JUDICIAIRE**

#### **COUR DE CASSATION**

- Cass. crim. 27 sept. 1839, Bull. 313.
- Cass. crim. 28 févr. 1956, JCP Cl 1956, II, n° 9304.
- Cass. crim., 24 févr. 1893, Bull. crim. n° 49.



- Cass. crim., 7 août 1908, Bull. crim. n° 348, S., 1909, jur., p. 486, Gaz. Pal. 1908, 2, jur., p. 383.
- Cass. 1re civ., 29 nov. 1983, n° 82-14.490.
- Cass. crim., 16 oct. 1985, n° 84-92.832.
- Cass. crim., 15 oct. 1990, n° 89-85.146.
- Cass. soc., 25 sept. 1991 n° 87-42.396.
- Cass. crim., 13 mai 1992, n° 91-83.204.
- Cass. crim., 14 juin 1993, n° 92-80. 763, Bull. crim. 1993, n° 208.
- Cass. crim. 4 févr. 1997, Bull. crim. n° 45.
- Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698.
- Cass. crim., 8 janv. 1998, n° 97-80.885.
- Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-83.366.
- Cass. crim., 9 nov. 1999, Bull. crim. n° 252.
- Cass. crim., 1er mars 2000, n° 99-86.299, Bull. n° 324.
- Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-26.024.
- Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86182.
- Cass. crim., 3 déc. 2003, n° 02-84.646.
- Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81165, Bull. crim. 2004, n°12 p. 39.
- Cass. crim., 11 févr. 2004, n° 03-80.596, Bull. crim. 2004, n° 39.
- Cass. crim., 7 avril 2004, n° 03-84889, Bull. crim. n° 92.
- Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-85743.
- Cass. crim., 23 févr. 2005, n° 04-82.532.
- Cass. crim., 20 avr. 2005, n° 04-84.619.
- Cass. crim., 30 nov. 2005, n° 04-86.240.
- Cass. crim., 14 déc. 2005, n° 05-83.898 ; Bull. crim. 2005, n° 333.
- Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-82.392.
- Cass. crim., 10 septembre 2008.
- Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17, Bull. civ. 2009, V, n° 276.
- Cass. crim., 8 avril 2010, n° 09-84.525.
- Cass. crim., 8 sept. 2010, n° 09-86281.
- Cass. crim., 16 juin 2011, n° 09-87.292.
- Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10.87.503
- Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 11-82.052.
- Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10-86.974.

- Cass. crim., 2 mai 2012, n° 11-84.290, Bull. crim. n° 102.
- Cass. crim., 27 mars 2013, n° 12-84.189 et 12-85.115, Bull. crim. n° 71.
- Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 13-80.810.
- Cass. crim., 1er avr. 2014, n° 12-86.501.
- Cass. crim., 25 mars 2014, n° 13-80.376.
- Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-86.916.
- Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.964.

## **COUR D'APPEL**

- Cour d'Aix, 6 décembre 1923, revue des sociétés 1924 p. 75.
- CA Paris, Pôle 4, ch. 11 E, 30 mars 2010, RG n° 08/02278.

## **PREMIÈRE INSTANCE**

- TGI Paris, 11e ch. Corr., 16 janv. 2008, JurisData n° 2008-351025.
- TGI Paris, 11e ch., 16 févr. 2004, n° 9612469010.

## **D. JURISPRUDENCE EUROPÉENNE**

- CEDH, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas, § 79 à 83.
- CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, Guja c/ Moldavie, spéc. § 73 à 78.
- CEDH, 19 févr. 2009, n° 4063/04, Marchenko c/ Ukraine, spéc. § 44 à 53.
- CEDH, 26 févr. 2009, n° 29492/05, Koudechkina c/ Russie, spéc. § 79 à 101.
- CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, Bucur et Toma c/Roumanie, spéc. § 95 à 120.

## **E. DECISIONS DE L'AMF**

- Déc. Commission des sanctions AMF, 19 juin 2007, Société Financière Galilée et M. Frédéric Ohana, Rev. AMF 2007, n° 40, p. 221.
- Déc. Comm. AMF, 13 mars 2008, Société J.-P. Klein Investissement et J.-J. Porte.

- Déc. Comm. Sanctions AMF, 15 mai 2008, Société Agilis gestion.
- Déc. Comm. sanctions AMF, 23 oct. 2008, M. Marc Bonnemoy.
- Déc. Comm. sanctions AMF, 18 janv. 2010, M. Julien Quistrebert, Mme Nathalie Pelras, M. A., Mme B., la société C., M. D., M. E. et la société F.
- Déc. Comm. Sanctions AMF, 5 décembre 2013, Sociétés ICMOS France.

## **F. RECOMMANDATIONS DE L'AMF**

- AMF, recommandation n° 2014-15, Communication des sociétés cotées sur leur site internet et sur les médias sociaux, DOC, 2014-15 du 9 décembre 2014.
- AMF, recommandation n° 2010-22 - « Lignes directrices en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme », section 2, p. 4.
- AMF, position n° 2010-05 du 15 octobre 2010 relative à la « Commercialisation des instruments financiers complexes ».

## **G. DECISIONS DE L'ACPR**

- ACPR, Comm. sanct., 24 juill. 2015, GENERALI VIE. déc. n° 2014-07.
- ACPR, Comm. sanct., 19 juin 2015, MUTUELLE D'IVRY- LA-FRATERNELLE. déc. n° 2014-08.
- ACPR, Comm. sanct. 16 oct. 2015, TICKET SURF INTERNATIONAL, déc. n° 2014-10.
- ACPR, Comm. sanct., 26 janv. 2015, BANK OF AFRICA FRANCE, déc. n° 2013-06.
- ACPR, Comm. sanct. 11 févr. 2015, STATE BANK OF INDIA, déc. n° 2013-07.
- ACPR, Comm. sanct., 19 juin 2015, MUTUELLE d'IVRY-LA-FRATERNELLE, déc. n° 2014-08.
- ACPR, Comm. sanct., 24 juill. 2015, GENERALI VIE, déc. n° 2014-07.
- ACPR, Comm. sanct., 16 oct. 2015, TICKET SURF INTERNATIONAL, déc. n° 2014-10.
- ACPR, Comm. sanct. 29 avr. 2016, ISBANK Paris, déc. n° 2015-06.
- ACPR, Comm. sanct. 8 déc. 2016, AXA FRANCE VIE, déc. n° 2015-08.

- ACPR, Comm. sanct. 28 déc. 2016, SAXO BANK FRANCE, déc. n° 2016-01.
- ACPR, Comm. sanct. 29 juill. 2016, SKANDIA LIFE S.A, déc. n° 2015-10.
- ACPR, déc. Comm. Sanctions 19 juil. 2017, SOCIETE GENERALE, décision n° 2016-07.
- ACPR, déc. Comm. Sanctions, 30 mai 2017, BNP, décision n° 2016-06.
- ACPR, Comm. sanct. 30 mars 2017, LEMON WAY, déc. n° 2016-05.
- ACPR, Comm. sanct., 18 octobre 2017, DIRHAM EXPRESS LIMITED France, déc. n° 2016-10
- ACPR, Comm. sanct., 30 mai 2017, BNP PARIBAS, déc. n° 2016-06.
- ACPR, Comm. sanct., 30 juin 2017, CAISSE RÉGIONALE DE CRÉDIT AGRICOLE MUTUEL ATLANTIQUE VENDÉE, déc. n° 2013-09.
- ACPR Comm. sanct., 22 mars 2018, ETABLISSEMENT DE CREDIT B, déc. n° 2017-08.
- ACPR, Comm. sanct., 17 avril 2018, CAISSE FÉDÉRALE DU CRÉDIT MUTUEL NORD EUROPE, déc. n° 2017-05.
- ACPR, Comm. sanct., 13 juin 2018, SIGUE GLOBAL SERVICES SAS, déc. n° 2017-07.
- ACPR, Comm. sanct., 21 déc. 2018, LA BANQUE POSTALE, déc. n° 2018-01.
- ACPR, Comm. sanct., 10 janv. 2019, WESTERN UNION PAYMENT SERVICES IRELAND LIMITED, déc. n° 2017-10.
- ACPR, Comm. sanct., 8 avr. 2019 ; RAGURAM INTERNATIONAL, déc. n° 2018-05.
- ACPR, Comm. sanct., 2 juill. 2019, TRANSACTION SERVICES INTERNATIONAL, déc. n° 2018-03.
- ACPR, Comm. sanct., 24 sept. 2019, PREPAID FINANCIAL SERVICES LIMITED, déc. n° 2018-08.

## **H. POSITIONS DE L'ACPR**

- ACPR, position 2016-P-01, 20 déc. 2016, concernant la mise en œuvre des orientations de l'Autorité Bancaire Européenne (ABE) relatives aux limites d'expositions sur les entités du système bancaire parallèle prévues par l'article 395 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013 ("CRR").

## **X. ARTICLES DE PRESSE ET SITES INTERNET**

<http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/03/01/97002-20160301FILWWW00291-sapin-veut-la-fin-de-l-anonymat-des-cartes-bancaires-prepayees.php>

[http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/23/finance-terrorisme-attentat-carte-prepayee-visa-mastercard-sapin-attentats\\_n\\_8627144.html](http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/23/finance-terrorisme-attentat-carte-prepayee-visa-mastercard-sapin-attentats_n_8627144.html)

Pricewaterhouse, IFACI, 2004, La pratique du Contrôle Interne, Paris, édition d'organisation, p. 110-114.

OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE", 2004, p. 13.

« La justice prédictive, mélange de droit et d'intelligence artificielle », Le Parisien, 1er févr. 2017.

<http://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/compliance>

[http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/23/finance-terrorisme-attentat-carte-prepayee-visa-mastercard-sapin-attentats\\_n\\_8627144.html](http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/23/finance-terrorisme-attentat-carte-prepayee-visa-mastercard-sapin-attentats_n_8627144.html)

<http://www.xavier-raufer.com/site/IMG/pdf/raufer1.pdf>

<http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/03/01/97002-20160301FILWWW00291-sapin-veut-la-fin-de-l-anonymat-des-cartes-bancaires-prepayees.php>

<http://www.alterecoplus.fr/economie/lehman-brothers-les-veritables-dessous-dune-faillite-201603180700-00003171.html>

[http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/17/comment-ubs-suisse-a-orchestre-un-vaste-systeme-d-evasion-fiscale-en-france\\_4866728\\_4862750.html](http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/17/comment-ubs-suisse-a-orchestre-un-vaste-systeme-d-evasion-fiscale-en-france_4866728_4862750.html)

<https://www.societegenerale.com/fr/newsroom/position-du-groupe/panama-papers>

AMF, Rapp. 2007 : [http://www.amf-france.org/documents/general/8137\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8137_1.pdf) ; AMF, Rapp. 2008 : [http://www.amf-france.org/documents/general/8584\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8584_1.pdf).

[http://www.amf-france.org/documents/general/7602\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/7602_1.pdf). Pour les valeurs petites et moyennes, l'AMF a publié en février 2008 un référentiel plus adapté : [http://www.amf-france.org/documents/general/8178\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8178_1.pdf).

<https://cclrf.banque-france.fr/accueil/presentation/missions.html>

[congres.afse.fr/docs/633525lareglementationdes\*\*hedgefunds\*\*avril2008.doc](http://congres.afse.fr/docs/633525lareglementationdes<b>hedgefunds</b>avril2008.doc)

Activités européennes permises par le « passeport européen » : <https://acpr.banque-france.fr/agrements-et-autorisations/procedures-secteur-banque/passeports-europeens.html>

<https://www.societegenerale.com/fr/connaitre-notre-entreprise/metiers/carte-des-implantations>

[https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp\\_ra2015\\_fr\\_10.pdf](https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp_ra2015_fr_10.pdf)

[https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp\\_paribas\\_securities\\_services\\_branches\\_us\\_patriot\\_act\\_2013.pdf](https://group.bnpparibas/uploads/file/bnp_paribas_securities_services_branches_us_patriot_act_2013.pdf)

<http://www.lefigaro.fr/societes/2013/05/17/20005-20130517ARTFIG00389-malgre-les-drames-et-scandales- l-industrie-a-la-memoire-courte.php>

Pour plus de détails sur l'historique du COSO : <http://www.coso.org/aboutus.htm>

<http://www.lepoint.fr/actualites-economie/2007-01-20/le-scandale-enron/916/0/60482>

<http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/quefaisons-nous/>

[http://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)

<http://www.transparency.org/cpi2015>

<http://www.transparency.org/cpi2014/results>.

[https://www.lesechos.fr/14/12/2016/lesechos.fr/0211594017118\\_1-etat-au-secours-des-comptes-truques-de-william-saurin-et-madrange.htm](https://www.lesechos.fr/14/12/2016/lesechos.fr/0211594017118_1-etat-au-secours-des-comptes-truques-de-william-saurin-et-madrange.htm)

[www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-announces-further-developments-in-international-tax-co-operation.htm](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-announces-further-developments-in-international-tax-co-operation.htm).

A. DEBOUTE, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2017/02/09/32001-20170209ARTFIG00015-samsung-veut-redorer-le-blason-de-ses-batteries.php>

Vigeo ; <http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/fr/2-1-notre-vision>.

MEDEF, « Cap vers la RSE : faire de la responsabilité sociétale de l'entreprise un levier de performance », juillet 2012.

Cadbury Report, 1992.

Greenbury Report, 1995 et Hampel Report, 1998.

[http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/09/25/la-cour-de-cassation-confirme-la-condamnation-de-total-dans-le-nauffrage-de-l-erika\\_1765467\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/09/25/la-cour-de-cassation-confirme-la-condamnation-de-total-dans-le-nauffrage-de-l-erika_1765467_3224.html)

[http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/17/comment-ubs-suisse-a-orchestre-un-vaste-systeme-d-evasion-fiscale-en-france\\_4866728\\_4862750.html](http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/17/comment-ubs-suisse-a-orchestre-un-vaste-systeme-d-evasion-fiscale-en-france_4866728_4862750.html)

<https://www.societegenerale.com/fr/newsroom/position-du-groupe/panama-papers>

<http://www.groupebpce.fr/Metiers-implantations/Marques->

[http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/02/05/le-hawala-banque-du-djihad\\_4570117\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/02/05/le-hawala-banque-du-djihad_4570117_3214.html)

GUINOT D., Le Figaro du 16 février 2018, disponible à cette adresse : <http://www.lefigaro.fr/societes/2018/02/16/20005-20180216ARTFIG00055-ouverture-de-compte-la-societe-generale-mise-sur-la-biometrie.php>.

[https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/04/23/fichiers-hsbc-le-parquet-de-paris-ouvre-une-information-judiciaire\\_3164510\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/04/23/fichiers-hsbc-le-parquet-de-paris-ouvre-une-information-judiciaire_3164510_3224.html).

[www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/afa/Decembre\\_2017\\_-\\_Fiche\\_Perimetre\\_article\\_17.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Decembre_2017_-_Fiche_Perimetre_article_17.pdf)

Mme Marie-Christine Blandin, Compte rendu des travaux parlementaires, séance du 4 juillet 2016, disponible à cette adresse : [http://www.senat.fr/seances/s201607/s20160704/s20160704\\_mono.html#Niv1\\_SOM10](http://www.senat.fr/seances/s201607/s20160704/s20160704_mono.html#Niv1_SOM10).

<https://www.lejdd.fr/sport/football/la-mafia-du-football-devant-ses-juges-3524426>

<https://www.lequipe.fr/Football/Actualites/Tas-chronologie-de-l-affaire-michel-platini-en-13-dates/670805>

[https://www.lemonde.fr/football/article/2018/05/25/fifa-michel-platini-blanchi-par-la-justice-suisse\\_5304837\\_1616938.html](https://www.lemonde.fr/football/article/2018/05/25/fifa-michel-platini-blanchi-par-la-justice-suisse_5304837_1616938.html)

« Du chaudron au purgatoire », L'Humanité, 10 mai 1990.

[https://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/03/panama-papers-la-mysterieuse-societe-offshore-de-michel-platini\\_4894849\\_4890278.html](https://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/03/panama-papers-la-mysterieuse-societe-offshore-de-michel-platini_4894849_4890278.html)

<https://www.lequipe.fr/Football/Actualites/Michel-platini-denonce-les-juges-de-pacotille-de-la-fifa-et-du-tas/888157>

<https://www.nouvelobs.com/economie/20161202.OBS2112/ronaldo-mourinho-des-journalistes-devoilent-un-vaste-scandale-financier-sur-le-football.html>

<http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20through%20the%20Football%20Sector.pdf>

WWF, « Into the wild ; intégrer la nature dans les stratégies d'investissement », Recommandations de WWF France et AXA pour les membres de la réunion ministérielle du G7 Environnement à Metz, les 5-6 Mai 2019.





# INDEX

**(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.)**

## **-A-**

**Abus de marché :** 90 ; 154 ; 393 et s. ; 471 et s.

**Action publique :** 491 ; 292 ; 352 ; 494 et s., 527 ; 534 et s. ; 542 ; 445 ; 549.

**Altération de l'information :** 58 ; 344 ; 418 ; 572 ; 574.

**Autorégulation :** 8 ; 9 ; 29 ; 200 ; 204 ; 206 ; 208 et s. ; 259. 268 et s. ; 518 ; 581.

**Autorité de régulation :** 61 et s. ; 120 et s. ; 206 ; 262 ; 340 ; 495 ; 508.

**Autorité de supervision :** 120 ; 513 et s.

## **-B-**

**Bénéficiaire effectif :**

- définition : 382 et s.
- registre : 386.

**Blockchain :** 376 et s. ; 412 et s. ; 559.

**Blanchiment :**

- autoblanchiment : 315.
- définition : 309 et s.
- élément intentionnel : 317 et s.
- élément matériel : 86 et s.
- externalisation des coûts : 293.

- formation à la lutte contre le : 392 et s.
- impact sur les marchés financiers : 345.
- origine historique : 305 et s.
- peines : 319 et s.
- non-justification de ressources : 322.
- GAFI : 347 et s.
- cellule de renseignement : 351 et s.
- sport : 579 et s.

## **-C-**

**Cartographie (des risques) :** 142 ; 239 ; 254 et s. ; 357 ; 375 ; 416 ; 458 et s. ; 503 ; 551 ; 589 ; 597.

**Chambre de compensation :** 343.

**Charte éthique :** 8 ; 24 et s. ; 154 ; 184 et s. ; 196 ; 211.

**Compliance officer :** 90 ; 110 ; 141 ; 302 ; 379 ; 391 et s. ; 407 et s., 450 ; 458 ; 470 ; 499 et s. ; 518 ; 522 ; 546 ; 554 ; 580 ; 585 ; 588 ets.

**Compte bancaire :** 332 ; 334 ; 337 ; 374 ; 405 ; 441 ; 443.

**Confiscation :** 309 ; 320 ; 426 ; 430 ; 435.

**Conflit d'intérêts** : 114 ; 141 ; 273 et s. ; 395 et s. ; 497 et s.

**Conformité** :

- définition : 39.
- consensuelle : 16.
- légaliste : 16.
- objective : 17.
- subjective : 17.

**Contrôle périodique** : 142.

**Contrôle permanent** : 64 et s. ; 142 ; 394 ; 512.

**Coopération internationale** : 309 ; 327 ; 415.

**Corruption** :

- active : 419 et s. ; 512 et s. ; 574.
- passive : 419 et s.
- sportive : 572 et s. ;

**Convention judiciaire d'intérêt public** : 447 ; 455 ; 538 et s.

**Criminalité organisée** : 14 ; 42 ; 303 ; 308 ; 320 ; 325 ; 578.

**Crise financière** : 1 ; 4 ; 27 ; 36 ; 233 ; 270.

**-D-**

**Déontologie** :

- définition : 20 et s. ;
- généralités : 109 ; 113 ; 191 ; 200 et s. ; 501 ; 506.
- issue du droit dur : 23.
- issue du droit mou : 24 et s ; 195.

**Déréglementation** : 3 ; 6 ; 7 ; 9 ; 31 ; 43 ; 146 ; 156 ; 200 ; 208 et s. ; 219 ; 599.

**Dérégulation** : 3 et s. ; 9 ; 43 ; 146, 518 ; 599 ; 603.

**-E-**

**Etablissement financier** :

- définition : 33.

**Efficienc**e : 24 ; 80 ; 112 ; 163 ; 191 ; 259 ; 278 et s.

**Evasion fiscale** : 31 ; 92 ; 417 ; 442 ; 469.

**-F-**

**Favoritisme** : 519 ; 548.

**Fiducie** : 382 ; 413.

**Fintech** : 399 et s.

**Flux financier** :

- illicites : 5 ; 42 ; 345 ; 291 et s. ; 415 ; 578.
- transitant par les organismes financiers : 305 et s. ; 383 ; 402 et s. ; 441 ; 581.

**Fraude fiscale** :

- CJIP : 538 et s.
- CRS : 469 et s.
- définition : 436 ;
- éléments matériels : 437.
- élément intentionnel : 438.
- établissements financiers : 441.
- FATCA : 462 et s.
- incrimination : 32 ; 292 et s. ; 418 et s.
- lanceur d'alerte : 565.
- régime juridique : 442 et s.
- sport : 576 et s.

**-G-****Gouvernance d'entreprise :**

- conformité : 234.
- définition : 214 ; 215.
- efficience : 282 et s.
- gestion des risques : 213 et s.
- origine : 24 ; 149.
- périmètre d'application : 217.
- responsabilité sociale des entreprises : 213 ; 235 ; 243 et s.
- *soft law* : 211 ; 270.
- théorie des parties prenantes : 218 et s.

**-H-**

**Habitus** : 45 et s. ; 547 et s. ; 570.

**Hedge Fund** : 7 ; 75 ; 126 ; 134 ; 139.

**Holding** : 28.

**-I-****Initié :**

- définition : 476 et s.
- délit d'initié : 108 ; 404 ; 472 et s. ; 484 ; 485 ; 487 ; 489 ; 492 ; 493. s
- liste (d') : 395 ; 404.
- manquement d'initié : 480 et s.
- non bis in idem : 491 et s.

**Instruments financiers** : 61 ; 76 ; 143 ; 204 et s. ; 340 et s. ; 479 ; 486.

**Intelligence artificielle** : 302 ; 398 et s ; 613.

**Interprétation stricte de la loi pénale** : 95.

**-K-**

**Know your customer** : 143 ; 370 ; 376 et s. ; 384 ; 393 ; 405 ; 411 ; 470 ; 507 ; 580 ; 581.

**-L-****Lanceur d'alerte :**

- conformité : 568.
- définition : 288 ; 555 et s.
- dispositif d'alerte : 559.
- droit comparé : 552.
- origines : 153 ; 549 ; 554 et s.
- régime juridique : 550 et s. ;
- relation avec le domaine sportif : 546 ; 584 ; 585.
- protections : 562 et s.

**Legaltech** : 276 ; 302.

**-M-**

**Manipulation de cours** : 486 ; 487 ; 489 ; 496.

**Ministère public** : 87 ; 300 ; 317 et s. ; 438 ; 453 ; 461 ; 492 ; 494 ; 533 et s.

**Monnaie virtuelle :**

- généralités : 754.
- Bitcoin : 376 et s., 508.

**-N-****Norme :**

- droit dur : 16 et s. ; 116 et s. ; 169 ; 201 et s. ; 234.
- droit mou : 12 ; 16 et s. ; 29 ; 112 ; 114 ; 170 et s. ; 193 et s. ; 234 et s. ; 560.
- Kelsen : 166.

- norme privée : 195 et s.

### **-O-**

#### **Off-Shore :**

- place : 292 ; 326 ; 327 et s. ; 581.
- société : 300 ; 413 ; 416 ; 443 ; 578. 584 ; 588.
- territoire : 313 ; 326.

#### **Ordre public :**

- économique : 18 ; 327 ; 395 ; 428 ; 461 ; 531.
- de protection : 291 ; 293 ; 307 ; 384 ; 543 ; 554.

#### **Open Data :** 302.

#### **Optimum de criminalité :** 279 ; 288 ; 289.

### **-P-**

#### **Paradis fiscal :** 92 ; 300 ; 326 et s. ; 332 ; 342 ; 427 ; 443 ; 469 ; 578.

#### **Personnes politiquement exposées :** 366 et s. ; 409 ; 508.

#### **Principe légaliste :** 16 ; 91 ; 94 ; 95 ; 317 ; 574.

#### **Probité :** 418 et s. ; 428 et s. ; 435 ; 457 ; 521 ; 537 et s. ; 549 et s. ; 574 et s.

#### **Programme de conformité :** 243 ; 298 ; 432 ; 456 ; 459 ; 521 et s. ; 543 et s.

### **-R-**

#### **Recel :** 309 ; 311 et s. ; 316 ; 322.

#### **Regtech :** 398.

#### **Responsabilité :**

- civile : 413 ; 453 ; 527 et s
- disciplinaire : 205.

- pénale : 83 ; 93 et s. ; 105 et s. ; 287 et s. ; 454 ; 564.

- sociale des entreprises : 91 ; 151 ; 160 ; 168 ; 212 ; 238 ; 241.

#### **Risque :**

- de non-conformité : 13 ; 33 ; 39 ; 49 ; 59 ; 69 ; 110 et s.
- systémique : 8 ; 27 ; 28 ; 37 ; 56 ; 68 ; 70 ; 126 ; 233 ; 298 ; 418 ; 451 ; 545.

### **-S-**

#### **Saisie :** 320.

#### **Secret bancaire :** 326 ; 365 ; 415.

#### **Shadow banking :** 76 ; 303 ; 569 ; 598 et s.

#### **Shareholder :** 26 ; 170 ; 218 et s. ; 244 ;

#### **Stakeholder :** 26 ; 170 ; 218 et s. ; 239 ; 244.

#### **Start-up :** 302 ; 399.

#### **Succursale :** 71 ; 73 ; 120 ; 147 et s. ; 166 ; 447.

### **-T-**

#### **Trafic de stupéfiants :** 5 ; 309 ; 310.

#### **Trafic d'influence :** 434 et s. ; 519 ; 539.

#### **Transactions financières :** 14 ; 32 ; 170 ; 303 ; 304 ; 314 ; 375 ; 402.

#### **Trust :** 414 et s.

### **-V-**

#### **Vigilance (obligation de) :**

- définition : 356 et s.
- renforcée : 366 ; 372 ; 508.

#### **Virement bancaire :** 72 ; 334 ; 339 ; 569.





# TABLE DES MATIÈRES

|   |           |
|---|-----------|
| REMERCIEMENTS.....  | I         |
| SOMMAIRE .....  | III       |
| LISTE DES ABRÉVIATIONS .....  | V         |
| INTRODUCTION .....  | 1         |
| <b>PARTIE 1. APPROCHE MÉTHODIQUE DE LA CONFORMITÉ DANS LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS</b><br>..... | <b>33</b> |
| TITRE 1. CONCEPTUALISATION DE LA CONFORMITE .....   | 37        |
| <i>Chapitre 1. Extension d'une exigence de conformité</i> .....                                   | 41        |
| Section 1. Les enjeux de la conformité au regard de la matière pénale .....                       | 42        |
| Paragraphe 1. La conformité appréhendée par la sociologie criminelle .....                        | 42        |
| A. Contexte historique et géopolitique de l'émanation du contrôle de conformité .....             | 43        |
| B. Un habitus criminogène inhérent aux élites du capitalisme dérégulé .....                       | 46        |
| Paragraphe 2. Un cadre de conformité spécifique aux établissements de crédit .....                | 51        |
| A. Création d'un bloc de conformité.....  | 52        |
| 1. Origine et délimitation du concept de droit interne .....                                      | 54        |
| 2. Les risques encourus .....   | 55        |
| a. Les risques financiers.....  | 55        |
| b. Les risques semi-juridiques .....  | 58        |

|  |  |     |
|--|--|-----|
| B.   | Vers un droit de la conformité bancaire et financière .....  | 60  |
| 1.   | Cause et contenu de l'arrêté du 3 novembre 2014 .....  | 60  |
| 2.   | Réorganisation des risques existants et nouveaux risques évoqués .....                                 | 63  |
| 3.   | Périmètre de l'arrêté du 3 novembre 2014 .....   | 66  |
| Section 2.   | Une approche multidimensionnelle du contrôle de conformité .....                                       | 70  |
| Paragraphe 1.  | Le management des risques par l'établissement financier .....  | 70  |
| A.   | Une approche plurale : le contrôle interne et les audits .....   | 71  |
| B.   | Une approche comptable : le contrôle de gestion .....  | 72  |
| Paragraphe 2.  | L'extension de l'influence de la conformité au domaine juridique .....                                 | 74  |
| A.   | Conformité bancaire et risque pénal .....  | 74  |
| B.   | La conformité : à la croisée des fonctions de gestion des risques et des fonctions<br>juridiques ..... | 91  |
| <i>Conclusion du chapitre 1</i>  | .....  | 95  |
| <i>Chapitre 2. Restriction du périmètre de la conformité au risque de non-conformité</i> | .....  | 97  |
| Section 1.   | Fixation nationale d'une conformité spécifique aux établissements financiers .....                     | 98  |
| Paragraphe 1.  | Les normes de fixation générales de la conformité bancaire et financière .....                         | 100 |
| A.   | Constatation d'une conformité légaliste .....  | 100 |
| B.   | Avènement d'une conformité consensualiste .....  | 102 |
| Paragraphe 2.  | Les normes spécifiques applicables aux organismes de gestion de portefeuille ...                       | 104 |
| A.   | Le contrôle interne en matière d'OPCVM et de FIA .....   | 104 |
| 1.   | Le contrôle interne appliqué aux OPCVM .....   | 105 |
| 2.   | Le contrôle interne appliqué aux FIA .....   | 108 |
| B.   | Risque de non-conformité et conformité réglementaire des OPCVM et des FIA .....                        | 110 |



|   |     |
|---|-----|
| 1. Conformité réglementaire et risque juridique .....                                     | 110 |
| 2. Le risque de non-conformité.....   | 113 |
| a. Les sociétés de gestion .....  | 113 |
| b. Les dépositaires .....   | 116 |
| Paragraphe 3. Les normes spécifiques à la lutte contre le blanchiment de capitaux .....   | 117 |
| Section 2. Fixation internationale des règles de conformité .....                         | 121 |
| Paragraphe 1. Les accords internationaux liant la conformité .....                        | 122 |
| A. Respect des normes extra-régionales ayant une influence sur les groupes bancaires ...  | 123 |
| 1. Les groupes bancaires : appréciation de leurs activités à l'international .....        | 123 |
| 2. Les normes internationales .....   | 125 |
| B. Le respect des normes régionales.....  | 126 |
| 1. Les normes issues de l'Union Européenne .....  | 127 |
| 2. Les normes issues de la CESDH .....  | 127 |
| Paragraphe 2. Les recommandations de groupements internationaux intégrés .....            | 128 |
| A. Recommandations du COSO .....  | 129 |
| 1. Origine du COSO .....  | 129 |
| B. Recommandations du GAFI .....  | 133 |
| <i>Conclusion du chapitre 2</i> .....   | 135 |
| <i>CONCLUSION DU TITRE 1</i> .....  | 136 |
| TITRE 2. OBJECTIVATION DE LA CONFORMITE .....   | 138 |
| <i>Chapitre 1. Déontologie et éthique : la soft law au cœur du domaine bancaire</i> ..... | 141 |
| Section 1. La soft law comme source et moyen de la conformité.....                        | 143 |

|  |     |
|--|-----|
| Paragraphe 1. La nature ambivalente du droit mou .....   | 144 |
| A.    Un droit réfuté .....  | 145 |
| 1.    La loi négociée .....  | 145 |
| 2.    La loi déclarée .....  | 150 |
| B.    Un droit accepté .....   | 151 |
| 1.    Analyse conceptuelle des chartes éthiques .....  | 152 |
| 2.    Analyse contrastée des chartes éthiques .....  | 154 |
| Paragraphe 2. Charte éthique, code de bonnes conduites : de nouvelles normes bancaires non<br>contraignantes comme vecteur de la conformité subjective ..... | 157 |
| A.    La <i>soft law</i> : source occultée du droit bancaire et financier .....  | 157 |
| 1.    Caractérisation de la norme privée .....   | 158 |
| 2.    Elaboration de la norme privée .....   | 162 |
| B.    La <i>soft law</i> : déploiement de la reconnaissance juridique de sa création en droit bancaire<br>et financier .....                                 | 166 |
| 1.    De l'homologation à l'approbation des codes de bonne conduite .....  | 166 |
| 2.    Reconnaissance juridique d'une nouvelle forme d'autorégulation .....   | 170 |
| Section 2. <i>Soft law</i> et gouvernance d'entreprise : une autorégulation nécessitée par la conformité<br>.....  | 173 |
| Paragraphe 1. La gouvernance comme facteur de responsabilisation et de performance de<br>l'établissement bancaire .....                                      | 174 |
| A.    Etiologie de la gouvernance d'entreprise .....   | 174 |
| 1.    Définition et périmètre d'application de la gouvernance d'entreprise .....   | 175 |
| 2.    L'essence de la gouvernance d'entreprise : la théorie des parties prenantes .....  | 177 |
| B.    Développement des pratiques de bonne gouvernance .....   | 181 |

|    |   |            |
|----|---|------------|
| 1. | Acculturation française des principes de bonne gouvernance .....  | 181        |
| 2. | La gouvernance d'entreprise : un concept juridique protéiforme .....  | 187        |
|    | Paragraphe 2. La Responsabilité Sociale des Entreprises : un cadre coercitif en construction pour une meilleure gestion du risque de réputation ..... | 190        |
| A. | Naissance et influences de la RSE .....   | 191        |
| 1. | La nécessaire prise en considération des parties prenantes .....  | 191        |
| 2. | La nécessaire réalisation de reporting extrafinanciers .....  | 196        |
| B. | Mise en œuvre juridique et normalisation des politiques de RSE .....  | 199        |
| 1. | Diffusion et valorisation de la politique de RSE .....  | 200        |
| 2. | La conceptualisation protéiforme de la RSE .....  | 203        |
|    | <i>Conclusion du chapitre 1</i> .....   | <i>208</i> |
|    | <i>Chapitre 2. Acculturation et analyse économique de la conformité</i> .....   | <i>211</i> |
|    | Section 1. Instauration d'une culture de conformité dans l'établissement financier .....  | 213        |
|    | Paragraphe 1. Application fonctionnelle : les règles de gouvernance spécifiques aux établissements financiers .....                                   | 214        |
| A. | Instauration d'une culture d'entreprise .....   | 215        |
| B. | La pratique acceptée du « <i>name and shame</i> » .....   | 216        |
|    | Paragraphe 2. Application substantielle : la règle appliquer ou s'expliquer .....   | 219        |
| A. | Le choix de déroger à un système normatif imposé .....  | 220        |
| B. | Le choix d'appliquer des systèmes normatifs diversifiés .....   | 224        |
|    | Section 2. Efficacité de l'autorégulation des établissements financiers .....   | 231        |
|    | Paragraphe 1. Analyse économique du droit pénal et du droit de l'entreprise .....   | 232        |
| A. | Etiologie de l'analyse économique du droit .....  | 232        |

|    |  |            |
|----|--|------------|
| B. | Application de l'analyse économique du droit à la matière pénale .....   | 241        |
|    | Paragraphe 2. Analyse économique de la conformité : entre opportunisme et résignation .....                    | 250        |
| A. | De l'opportunisme à la contrainte de conformité .....  | 250        |
| B. | Performance de la conformité .....   | 253        |
|    | <i>Conclusion du chapitre 2</i> .....  | 260        |
|    | <i>CONCLUSION DU TITRE 2</i> .....   | 263        |
|    | <b>CONCLUSION DE LA PARTIE 1</b> .....   | <b>265</b> |
|    | <b>PARTIE 2. APPROCHE EMPIRIQUE DE LA CONFORMITE DANS LES ETABLISSEMENTS FINANCIERS</b>                        | <b>267</b> |
|    | TITRE 1. D'UNE APPROCHE RESTRICTIVE A UNE APPROCHE EXTENSIVE DES FINALITES DE LA CONFORMITE .....              | 271        |
|    | <i>Chapitre 1. Approche restrictive de la conformité : la lutte contre le blanchiment de capitaux</i><br>..... | 273        |
|    | Section 1. Hétérogénéité du périmètre classique de la conformité .....   | 275        |
|    | Paragraphe 1. Hétérogénéité des flux financiers transitant par les organismes financiers .....                 | 276        |
| A. | Origines et définition juridique du blanchiment de capitaux .....  | 276        |
| 1. | Les activités criminelles .....  | 276        |
| 2. | Les acteurs criminels .....  | 278        |
| 3. | Définition juridique du blanchiment de capitaux .....  | 280        |
| a. | Origines normatives du blanchiment de capitaux .....   | 280        |
| b. | Éléments matériels de l'infraction de blanchiment de capitaux .....  | 281        |
| B. | Les techniques de blanchiment de capitaux .....  | 289        |
| 1. | Typologie économique du blanchiment de capitaux .....  | 289        |
| 2. | Les techniques traditionnelles de blanchiment .....  | 292        |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Les techniques sophistiquées de blanchiment .....   | 295 |
| Paragraphe 2. Organisation des moyens de prévention du risque de blanchiment de capitaux ..                        | 302 |
| A. Les acteurs de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme .....                 | 302 |
| 1. Les instigateurs de normes anti-blanchiment .....   | 303 |
| 2. Les organismes dédiés au respect de la mise en œuvre effective des normes anti-blanchiment .....                | 305 |
| B. Philosophie des moyens de luttés contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.....         | 306 |
| 1. Une approche fondée sur les risques .....   | 307 |
| 2. Réalisation d'obligations de vigilance .....  | 308 |
| Section 2. Homogénéité de la mise en œuvre du contrôle de conformité dans les établissements financiers .....      | 311 |
| Paragraphe 1. D'une obligation de vigilance « standard » à une obligation de vigilance renforcée .....             | 312 |
| A. Hiérarchisation des obligations de vigilance .....  | 312 |
| 1. Une vigilance standard .....  | 313 |
| 2. Une vigilance renforcée.....  | 316 |
| 3. Allègement et exonération de vigilance .....  | 318 |
| B. « Know Your Customer » : un concept en pleine mutation .....  | 319 |
| 1. Les différents types de procédures permettant la connaissance du client ( <i>Customer Due Diligence</i> ) ..... | 320 |
| 2. La recherche impérative du bénéficiaire effectif .....  | 328 |
| Paragraphe 2. Détection du blanchiment par la cellule conformité .....   | 335 |
| A. Moyens humains et technologiques de détection des flux financiers illicites .....                               | 336 |

|  |   |            |
|--|---|------------|
| 1.   | Formation et information des opérationnels .....  | 336        |
| 2.   | Le digital au soutien du contrôle de conformité .....   | 340        |
| 3.   | Les moyens technologiques de lutte contre les flux douteux .....                                | 342        |
| B.   | Le trust : une structure criminogène sous surveillance .....                                    | 349        |
| <i>Conclusion du chapitre 1</i> .....  |   | <i>353</i> |
| <i>Chapitre 2. Approche extensive de la conformité : le contrôle des valeurs protectrices des marchés financiers, des biens de l'Etat et de la probité</i> ..... |   | <i>355</i> |
| Section 1. Vigilance en matière de corruption, de trafic d'influence et de fraude fiscale : nouvelles obligations à la charge de la fonction conformité .....    |   | 357        |
| Paragraphe 1. Obligation de vigilance accrue envers les infractions étroitement liées au blanchiment de capitaux .....   |   | 357        |
| A.   | Corruption, trafic d'influence et fraude fiscale : l'établissement financier comme écran<br>358 |            |
| 1.   | L'infraction de corruption publique .....   | 358        |
| 2.   | L'infraction de corruption privée et le trafic d'influence .....                                | 362        |
| a.   | La corruption privée .....  | 362        |
| b.   | Le trafic d'influence .....   | 366        |
| 3.   | L'infraction de fraude fiscale .....  | 368        |
| B.   | Une influence anglo-saxonne coercitive comme fruit d'une concurrence normative prégnante .....  | 372        |
| Paragraphe 2. Moyens de vigilance et de contrôle mis en œuvre par la cellule conformité .....  |   | 376        |
| A.   | Une obligation légale de vigilance et cartographie des risques de corruption .....              | 377        |
| B.   | Le traitement préventif de la fraude fiscale par les établissements financiers .....            | 383        |
| Section 2. Vigilance relative aux informations reçues et diffusées : prévention des abus de marché et des conflits d'intérêts .....                              |   | 388        |

|   |     |
|---|-----|
| Paragraphe 1. Obligation de vigilance accrue en matière d’infractions portant atteinte aux marchés financiers ..... | 389 |
| A. Les établissements financiers face aux abus de marché.....   | 389 |
| B. Cumul des sanctions et cumul des risques pour les établissements financiers .....                                | 400 |
| Paragraphe 2. Application des procédés mis en œuvre par la cellule conformité .....                                 | 405 |
| A. Traitement des conflits d’intérêts et élaboration d’une « muraille de Chine ».....                               | 405 |
| B. Minimisation des conflits d’intérêts : de la transparence à la préservation des marchés financiers .....         | 408 |
| <i>Conclusion du chapitre 2</i> .....   | 411 |
| CONCLUSION DU TITRE 1 .....   | 412 |
| TITRE 2. DES DEFAILLANCES ET DE L’EXTENSION DU CHAMP D’APPLICATION DE LA CONFORMITE .....                           | 413 |
| <i>Chapitre 1. La répression des défaillances du système de contrôle de conformité</i> .....                        | 415 |
| Section 1. Régulation administrative des cellules de conformité .....   | 416 |
| Paragraphe 1. Le contrôle de la fonction conformité réalisé par les autorités de régulation et de supervision ..... | 416 |
| A. Le contrôle de la fonction conformité réalisé par l’ACPR et l’AMF .....  | 417 |
| B. Sanctions appliquées aux défaillances de la fonction compliance .....  | 424 |
| Paragraphe 2. Le contrôle du programme de conformité anti-corruption par l’agence française anti-corruption.....    | 426 |
| A. Présentation de l’agence française anti-corruption .....   | 427 |
| B. Liens entre l’agence française anti-corruption et la cellule de conformité.....                                  | 429 |
| Section 2. Régulation judiciaire des cellules de conformité .....   | 432 |
| Paragraphe 1. Application d’un régime de responsabilité civile partagée .....                                       | 433 |
| A. Défaillance du contrôle interne et partage de responsabilité civile .....  | 433 |

|    |   |     |
|----|---|-----|
| B. | Sanctions de l'absence d'efficacité des procédures de contrôle interne .....  | 437 |
|    | Paragraphe 2. Application de peines négociées .....   | 439 |
| A. | Avènement de la transaction pénale de droit commun et acculturation au modèle anglo-saxon.....  | 440 |
| B. | Mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public .....  | 444 |
|    | <i>Conclusion du chapitre 1</i> .....   | 450 |
|    | <i>Chapitre 2. Evolution ratione personae et ratione materiae de la conformité</i> .....  | 451 |
|    | Section 1. Emergence d'un nouvel acteur de la conformité : le lanceur d'alerte.....   | 454 |
|    | Paragraphe 1. Un rôle de contrôle issu de la pratique : la vigilance des salariés .....   | 454 |
| A. | Origine et définition du lanceur d'alerte .....   | 455 |
| B. | Reconnaissance de l'alerte et caractéristiques du lanceur d'alerte .....  | 461 |
|    | Paragraphe 2. Une protection légale améliorée mais inaboutie du lanceur d'alerte en droit interne.....  | 464 |
|    | Section 2. Les perspectives d'évolution de la conformité : d'un élargissement substantiel de son périmètre aux limites structurelles de ses facultés d'action ..... | 469 |
|    | Paragraphe 1. Extension des matières intégrant le périmètre de la conformité .....  | 471 |
| A. | Avènement d'une conformité sociale et environnementale .....  | 472 |
| 1. | Développement d'une conformité sociale .....  | 473 |
| 2. | Affirmation d'une compliance environnementale .....   | 475 |
| B. | De la financiarisation criminogène du domaine sportif : l'ouverture souhaitée du mécanisme de conformité .....  | 479 |
| 1. | Transfert de la criminalité d'affaires au domaine sportif .....   | 480 |
| 2. | Extension des solutions de compliance au domaine sportif .....  | 485 |
| C. | Les avocats et la conformité : la conquête d'un nouveau marché juridique .....  | 489 |



|  |            |
|--|------------|
| Paragraphe 2. La persistance des risques inhérents à la finance de l'ombre ..... | 492        |
| A. Le mécanisme de titrisation comme vecteur de la finance de l'ombre .....      | 493        |
| B. La conformité au défi de la finance de l'ombre .....                          | 501        |
| <i>Conclusion du chapitre 2</i> .....  | 504        |
| CONCLUSION DU TITRE 2 .....  | 505        |
| <b>CONCLUSION DE LA PARTIE 2</b> .....   | <b>507</b> |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....   | <b>509</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....   | <b>517</b> |
| <b>INDEX</b> .....   | <b>569</b> |
| <b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....  | <b>575</b> |

## Résumé en français

La compliance est un concept issu du droit anglo-saxon, transposé en France sous la dénomination de « conformité ». Il s'agit d'un concept à la fois protéiforme et pluridisciplinaire. Au croisement du droit dur et du droit mou, c'est par ce dernier qu'il devient un vecteur d'éthique et de responsabilité sociale au sein de l'organisme financier. La mise en œuvre de la conformité par les cellules dédiées est l'apanage des établissements financiers et peut représenter soit un coût, soit un investissement efficient. Les gestions du risque réputationnel et du risque systémique des établissements financiers par les cellules de conformité résultent d'une vigilance - voire d'une défiance - à l'égard des faits de blanchiment, d'abus de marché ou encore de corruption commis au sein de ceux-ci. En raison d'une externalisation des coûts par l'Etat, les établissements financiers sont désormais délégataires de la lutte contre la délinquance financière dissimulée en leur sein. De nouveaux outils, tels que la blockchain, peuvent alors devenir essentiels dans l'objectif de connaissance complète des clients et faciliter l'uniformisation des données au cœur du groupe bancaire. La conformité consistant en une forme d'autorégulation, elle nécessite un contrôle externe de la part des régulateurs administratifs et judiciaires et les défauts de conformité font l'objet d'un régime de sanction parfois spécifique. Enfin, la fonction conformité au sein des établissements financiers, comprenant les *compliance officers*, composent avec les nouveaux acteurs du contrôle de conformité que sont les lanceurs d'alerte. Dans cette perspective et prenant en compte l'ensemble de ces éléments, il est intéressant d'analyser le phénomène d'acculturation de la compliance en droit français et l'avènement d'une conformité à la française.

---

## Résumé en anglais

Coming from common law, compliance is a concept, which is usually translated in French by « conformity ». This concept is both a protean and a multidisciplinary one. At the crossroads of hard law and soft law, it is through this last one that it becomes an ethic and social responsibility vector inside the financial institution. The implementation of compliance in these institutions directly depends on dedicated units and can either be conceived as a cost or as an efficient investment. The duty that lies on these « compliance units » - which is to manage both the reputational and the systematic risks in the financial institutions to which they belong to - is the direct and immediate result of a vigilance – or even a mistrust – towards money laundering, market abuse or corruption that can take place inside them. Given the leading policy and the wish of States to externalize their own costs, financial institutions have now a delegation of combating financial crime. New tools, such as blockchain, can become essential to achieve the goal of a full knowledge of clients and to ease data uniformisation inside the bank group. Being self-regulation, compliance implies an extern control from administrative and judiciary regulators. Furthermore, compliance defects are sometimes specifically punished. Finally, the compliance function in financial institutions, including compliance officers, need to work with whistleblowers, which can also be considered as new compliance actors. Through this perspective and taking into account these elements, it's interesting and useful to analyze the acculturation which results from the introduction of compliance in french law and the achievement of a new notion of « french compliance ».

---

## Mots-clés

- Conformité • Compliance • Établissements financiers • Blanchiment • Corruption • Abus de marché
- Délinquance financière • KYC • Blockchains • Analyse économique du droit • Sociologie criminelle •