

# Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2017

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Leçon n°10

## **RÉGULATION ET COMPLIANCE**

Mercredi 5 avril 2017

## Problème premier de **traduction**

- *Compliance* **traduit en français en** *Conformité*

Définition incertaine mais compréhensible de ce qu'est la *Compliance* dans les textes anglophones

Définition claire mais inadéquate de ce qu'est la **Conformité** dans les textes francophones

Perspectives :

- Garder le terme anglophone (*Accountability*),
- Le garder même si le droit évolue différemment : « Droit de la Compliance »
- Terminologie francophone à trouver

**I. LES LÉGISLATIONS NOUVELLES, RADICALEMENT NOUVELLES**

**II. LES RAISONS D'ÊTRE DU DROIT POSITIF RADICALEMENT NOUVEAU**

**III. L'AVENIR DU MOUVEMENT JURIDIQUE DE « COMPLIANCE »**

**I. LES LÉGISLATIONS NOUVELLES**

**A. LA LOI DU 9 DECEMBRE 2016 SUR LA TRANSPARENCE, LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LA MODERNISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE, .... Dite « SAPIN 2 »**

**B. LA LOI DU 27 MARS 2017 SUR LE DEVOIR DE VILIGANCE DES SOCIÉTÉS MÈRES ET DES ENTREPRISES DONNEUSES D'ORDRE**

## I. LES LÉGISLATIONS NOUVELLES

- **LOI DU 9 DECEMBRE 2016 SUR LA  
TRANSPARENCE, LA LUTTE CONTRE LA  
CORRUPTION ET LA MODERNISATION  
DE LA VIE ÉCONOMIQUE**
- Article 1<sup>ier</sup> et suivant de la Loi

### **A. LA LOI « SAPIN 2 »**

#### **1. L'Agence Française Anticorruption**

**Art.1** : L'Agence française anticorruption est un **service à compétence nationale**, placé auprès du **ministre de la justice et du ministre chargé du budget**, ayant pour mission d'**aider les autorités compétentes** et les **personnes qui y sont confrontées** à **prévenir** et à **détecter** les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

**Article 2** :L'Agence française anticorruption est dirigée par un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable. Il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement ou en cas de manquement grave.

Le magistrat qui dirige l'agence ne reçoit ni ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice des missions mentionnées aux 3° et 4° de l'article 3. Il ne peut être membre de la commission des sanctions ni assister à ses séances.

L'agence comprend une commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions mentionnées au IV de l'article 17.

**Art. 3** : L'Agence française anticorruption :

1° Participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Dans ce cadre, elle **apporte son appui aux administrations de l'Etat, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale** ;

2° Elabore des **recommandations** destinées à **aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits** de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Ces recommandations sont **adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés**.

Elles sont régulièrement mises à jour pour prendre en compte l'évolution des pratiques et font l'objet d'un avis publié au Journal officiel ;

3° **Contrôle, de sa propre initiative**, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17.

- **LOI DU 9 DECEMBRE 2016 SUR LA TRANSPARENCE, LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LA MODERNISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE**

Suit immédiatement les dispositions relatives à l'Agence Française Anticorruption.

Le chapitre a pour titre non pas « le lanceur d'alerte, mais « La protection des lanceurs d'alerte ».

## **I. LES LÉGISLATIONS NOUVELLES**

### **A. LA LOI « SAPIN 2 »**

#### **2. Le lanceur d'alerte**

- **LOI DU 9 DECEMBRE 2016 SUR LA TRANSPARENCE, LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LA MODERNISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE**

## Chapitre II : De la protection des lanceurs d'alerte

Art. 6 : Un 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**.

Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le **secret** médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont **exclus** du régime de l'alerte défini par le présent chapitre.

- **LOI DU 9 DECEMBRE 2016 SUR LA TRANSPARENCE, LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LA MODERNISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE**

Chapitre II : De la protection des lanceurs d'alerte

Art. 8 : **I.** Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

**II.** - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public.

**III.** - Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les

Art. 8 : **I.** Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En **dernier ressort**, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

**II.** - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public.

**III.** - Des **procédures appropriées de recueil des signalements** émis par les membres de leur personnel ou par des **collaborateurs** extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes ... Conseil d'Etat.

**IV.** - Toute personne peut adresser son signalement au **Défenseur des droits** afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte.

**Droit de la régulation bancaire et financière**

• Article 9 En savoir plus sur cet article...

Art. 8 :

IV. - Toute personne peut adresser son signalement au **Défenseur des droits** afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte.

Art. 9 :

I. - Les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements, dans les conditions mentionnées à l'article 8, garantissent une **stricte confidentialité de l'identité des auteurs** du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement.

Les **éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte** ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le **consentement** de celui-ci.

Les **éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement** ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte.

II. - Le fait de divulguer les éléments **confidentiels** définis au I est puni de deux ans d'**emprisonnement** et de 30 000 € d'amende.

- Nouveaux articles 41-2-1 et 180-2 du Code de procédure pénale
- Nouvelle terminologie : convention + judiciaire + intérêt public
- Procureur : personnage central
- Validation par le président du TGI
- Possibilité de l'adoption au stade de l'instruction
- Pour certains faits : principalement corruption
- Lien avec l'Agence Anticorruption
- Insertion dans la convention judiciaire d'intérêt public de « programme de conformité » et de la réparation de la victime

## I. LES LÉGISLATIONS NOUVELLES

### A. LA LOI « SAPIN 2 »

### **3. La convention judiciaire d'intérêt public**

- Nouveaux articles 41-2-1 et 180-2 du Code de procédure pénale
- Nouvelle terminologie : convention + judiciaire + intérêt public
- Procureur : personnage central
- Validation par le président du TGI, au terme d'une procédure contradictoire
- Droit de rétractation de la personne morale
- Possibilité de l'adoption au stade de l'instruction
  
- Pour certains faits : principalement corruption, trafic d'influence
  
- Lien avec l'Agence Anticorruption
  
- Insertion dans la convention judiciaire d'intérêt public de « programme de conformité » et de la réparation de la victime

- Loi du 27 mars 201 *sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*
- Non plus modification du Code pénal, mais modification du Code de commerce
- Nouvel article L.225-102-4.-I du Code de commerce
- Nouvelle technique de numérotation ....

## I. LES LÉGISLATIONS NOUVELLES

### **B. LA LOI SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE**

#### **1. L'obligation structurelle de certains opérateurs d'adopter un « plan de vigilance »**

**Art. L. 225-102-4.-I.-**

Toute société qui emploie, 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, établit et met en œuvre de manière effective un **plan de vigilance**.

Les **filiales ou sociétés contrôlées** qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

**Art. L. 225-102-4.-I.-**

Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

- 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
- 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
- 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

...

**Art. L. 225-102-4.-II.-**

Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, **à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir**, lui enjoindre, le cas échéant sous **astreinte**, de les respecter.

Le **président du tribunal**, statuant en **référé**, peut être saisi aux mêmes fins.

(les sanctions répressives qui étaient également associées ont été déclarées contraires à la Constitution)

- Le Droit de la Régulation au-delà des *Market failures*
- Environnement, droits sociaux, droits humains
- L'indisponibilité des opérateurs privés
  - Territorialité et disponibilité
  - Finalité des opérateurs privés
- Observation de puissances doublement inversées

## **II. LES RAISONS DE CES LÉGISLATIONS RADICALEMENT NOUVELLES**

### **A. L'INTERNATIONALISATION D'UN DROIT MONDIAL DE LA RÉGULATION DANS LES OPÉRATEURS PRIVÉS GLOBAUX**

#### **1. Le hiatus entre les buts du Droit de la régulation et les contours de ses émetteurs originels**

- Solution de l'internalisation des buts dans les entreprises du Droit de la Régulation, lui-même défini par ses buts
- Cohérence entre la loi « Sapin 2 » et la loi sur le devoir de vigilance
- Cohérence avec la jurisprudence précédente
- Versailles, 2016, *Kerviel*
- Cohérence avec le Droit américain (« traduit-collé »).

## II. LES RAISONS DE CES LÉGISLATIONS RADICALEMENT NOUVELLES

### **A. L'INTERNATIONALISATION D'UN DROIT MONDIAL DE LA RÉGULATION DANS LES OPÉRATEURS PRIVÉS GLOBAUX**

#### **2. Les opérateurs privés, agents de la légalité**

- Traduit- collé : *Corporate Social Responsibility*
- Code de conduite
- Engagement unilatéral
- Enjeu juridique de la crédibilité de « l'engagement »
- Transposition de l'enjeu probatoire de l'engagement, non pas « initial » mais « continué »

## II. LES RAISONS DE CES LÉGISLATIONS RADICALEMENT NOUVELLES

### **B. LA VOLONTÉ AFFICHÉE DES OPÉRATEURS PRIVÉS DE PRENDRE EN CHARGE UN INTÉRÊT QUI LES DÉPASSE**

#### **1. La Responsabilité Sociétale des Entreprises**

- Amphibologie du terme « responsabilité »
- Responsabilité en *Ex Ante* et en *Ex Post*
- Retour sur la loi sur le « devoir de vigilance »

**II. LES RAISONS DE CES  
LÉGISLATIONS  
RADICALEMENT NOUVELLES**

**B. LA VOLONTÉ AFFICHÉE  
DES OPÉRATEURS PRIVÉS DE  
PRENDRE EN CHARGE UN  
INTÉRÊT QUI LES DÉPASSE**

**2. La Responsabilité juridique en  
résultant**

Nouvel article 225-102-5 du Code de commerce :

Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le **manquement** aux **obligations définies à l'article L. 225-102-4** du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à **réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.**

....

Article 1240 du Code civil : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Article 1241 du Code civil : Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

## L'AVENIR DU DROIT DE LA COMPLIANCE

Immense

Le pire

- Domination américaine
- Disparition du droit continental
- Process aveugle et sans fin et sans résultat
- Répression omnipotente et instrumentalisation politique

Le meilleur

- Réalité de l' « entité d'intérêt général »
- Mode juridique de se soucier encore de la situation du faible
- Mode juridique de se soucier encore de l'intérêt général