



HAL
open science

”Le droit de la compliance au secours de la stabilité financière”

Anthony Maymont

► **To cite this version:**

Anthony Maymont. ”Le droit de la compliance au secours de la stabilité financière”. *Revue Banque*, 2020, n° 845, pp. 50-53. hal-02937582

HAL Id: hal-02937582

<https://uca.hal.science/hal-02937582>

Submitted on 28 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit de la *compliance* au secours de la stabilité financière

Anthony Maymont

Maître de conférences en droit privé

Membre du Centre de recherche Michel de l'Hospital (EA 4232)

Université Clermont Auvergne

La *compliance*, dont la notion est souvent assimilée à celle de conformité, est essentielle dans nos sociétés. Principalement liée à la mondialisation, la *compliance* est d'abord apparue dans le secteur bancaire et financier avant de s'étendre à différents domaines et entreprises d'une certaine taille. Elle ne se cantonne pas uniquement au respect par les entreprises et leurs membres des règles qui leur sont applicables. Dans une telle hypothèse, elle n'aurait guère d'intérêt dans la mesure où elle correspondrait seulement au principe de légalité existant en droit interne. Au contraire, elle dépasse la simple vérification de la violation des règles qui n'est plus l'unique critère. Dès lors, la *compliance* offre une perception différente de notre culture juridique en ce qu'elle est « *un raisonnement, une méthode, une vision* »¹. Elle représente « *un ensemble de techniques, juridiques et de gestion, dont la mise en œuvre est imposée aux entreprises de taille significative dans le but de contrôler l'application effective des règles, juridiques et éthiques, qui leur sont applicables et de diminuer le risque de violation de ces règles* »².

Au cas particulier, et par un contrôle de l'application des règles, la *compliance* impose aux entreprises de préserver leur intérêt social, les intérêts de leurs actionnaires, salariés, clients ainsi que les intérêts généraux relevant initialement de l'Etat et des pouvoirs publics³. Partant, elles doivent instituer un dispositif de transparence et de vigilance adéquat afin de prévenir le risque d'infraction aux règles qui leur sont applicables. Certes, les entreprises resteront responsables en cas d'infractions à la réglementation. Cependant, elles le seront également en l'absence de dispositif efficace destiné à prévenir le risque d'infraction à ces règles. En raison de ces caractéristiques, la *compliance* a vocation à assurer la stabilité du système financier, en particulier face aux crises.

Préservation de la stabilité financière par la *compliance*. Au sein du secteur bancaire et financier, lequel retiendra notre attention, la *compliance* a pour principal objectif d'éviter la survenance des crises systémiques⁴. Pour ce faire, elle incorpore le principe de stabilité qui est central⁵. Le recours à cette notion viserait à écarter toute perspective de crises, que celles-ci soient bancaires, financières, écologiques ou sanitaires. Toutefois, il importe de mettre en exergue que toute crise, quelle que soit sa nature, pourra incontestablement avoir des conséquences sur la stabilité du système financier.

¹ Dossier *Compliance – Nouveau paradigme pour l'avocat*, dir. W. Feugère, *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre* mars 2020, p. 139.

² A. Gaudemet, « La compliance en quête de définition », *Défis* n° 9, INHESJ, décembre 2018, p. 6 *sq.*, spéc. p. 8.

³ J.-J. Daigre, « Compliance, entreprise et Europe », in *Pour une Europe de la compliance*, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2019, p. 61 *sq.*

⁴ A. Maymont, *La liberté contractuelle du banquier, Réflexions sur la sécurité du système financier*, avant-propos J. Stoufflet, préf. D. Legeais, LGDJ, 2014.

⁵ M.-A. Frison-Roche et O. Dufour, « Le Droit de la Compliance peut contribuer à prévenir les crises mondiales », *Actu-Juridique.fr*, Lextenso, 21 avril 2020.

A fortiori, le système financier est exposé à de nouvelles menaces, notamment liées à l'environnement et aux nouvelles technologies. En effet, en 2018, Nathalie Aufauvre, directrice générale de la stabilité financière et des opérations de la Banque de France, précisait que « *la stabilité climatique, à savoir la prévention des risques que fait peser le changement climatique sur le système financier, est, à long terme, l'un des déterminants de la stabilité financière* »⁶. En 2019, Marie Anne Barbat-Layani, alors directrice générale de la Fédération bancaire française, indiquait que « *L'hypothèse de crise qui est aujourd'hui la plus sérieusement regardée par les dirigeants bancaires est une crise extra-financière : c'est le cyber-risque* »⁷. En 2020, la crise sanitaire liée au coronavirus, dit Covid-19, a eu des répercussions importantes sur le plan du financement des entreprises et de la stabilité du système financier. Cela a abouti à l'adoption d'aides diverses en faveur des entreprises⁸. Comme l'a indiqué le Président de l'Autorité des marchés financiers à l'occasion de la publication du rapport annuel 2019, cette crise sanitaire « *est devenue une crise financière en anticipation de la crise économique* »⁹.

Au regard de ce constat, le droit de la *compliance* peut-il juguler les risques d'instabilité du système financier liés à la survenance de telles crises systémiques ? Une réponse positive semble s'imposer. La *compliance* vise effectivement à incorporer le principe juridique de stabilité financière (I), révélant son efficacité face aux crises financières (II).

I – L'incorporation d'un principe juridique de stabilité financière par la *compliance*

Méthode d'incorporation du principe juridique de stabilité. La méthodologie de la *compliance* est l'élément déterminant s'agissant de l'objectif de stabilité du système financier. Elle tend à l'incorporation des dispositifs de conformité par l'entreprise et au sein de l'entreprise, ce qui assure aux Etats un soutien dans la réalisation de leurs objectifs¹⁰. Cela est d'autant plus indispensable que les entreprises peuvent agir au-delà des frontières nationales alors que l'Etat est, quant à lui, restreint par celles-ci. C'est la raison pour laquelle la puissance publique délègue à des personnes privées, à savoir des entreprises, certaines missions. La poursuite des finalités visées est ainsi imposée aux entreprises assujetties aux règles de *compliance*. A travers les systèmes institués, l'intérêt est d'atténuer au maximum la survenance des risques et des crises potentiels.

Rôle des autorités administratives et publiques indépendantes. Les autorités administratives et publiques indépendantes se développent du fait de la déréglementation dans la régulation de l'économie¹¹. Ces autorités prennent le relais de l'Etat en s'adaptant à un secteur donné par une approche plus appropriée. En l'occurrence, de nombreuses autorités veillent à la préservation de la stabilité du système financier, y compris le juge. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, dénommée par son acronyme ACPR, assure un contrôle permanent que ne pourrait réaliser efficacement une intervention étatique. Ce faisant, le contrôle opéré par l'administration s'effectue par le truchement d'organes de régulation. L'autorité administrative intervient parfois en matière contractuelle afin d'inciter un banquier à agir dans un sens donné. Le régulateur sectoriel opère alors dans le jeu contractuel, tant dans la formation du contrat que

⁶ E. Coulomb, « Jusqu'où les GAFA iront-ils ? », *Banque* juin 2018, p. 3.

⁷ E. Coulomb, « Face aux risques de crise cyber », *Banque* septembre 2019, p. 3.

⁸ J. Lasserre Capdeville, « Soutien et aides des banques en faveur des entreprises dans le contexte du coronavirus », *RD bancaire et fin.* mars-avril 2020, étude n° 4.

⁹ AMF, « Robert Ophèle détaille les actions de l'AMF dans le contexte de crise liée au Covid-19 », 30 avril 2020.

¹⁰ M.-E. Boursier, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », in *Dossier Compliance – Nouveau paradigme pour l'avocat*, dir. W. Feugère, *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre* mars 2020, p. 140 sq.

¹¹ P. Chrétien, N. Chiffot et M. Tourbe, *Droit administratif*, 16^e éd., Sirey, 2018-2019, n° 266 sq.

dans son contenu, à la fois en forçant un acteur économique à contracter et en façonnant le contrat. Il peut effectivement influencer d'une part, les conditions de formation des contrats en déterminant les personnes aptes à contracter et d'autre part, le contenu du contrat en précisant les prestations, leurs qualités et leurs prix¹². Par ailleurs, cela confirme le phénomène selon lequel la conformité est exigée dans les contrats bancaires et financiers¹³.

En matière de stabilité financière, la loi impose que l'ACPR « *veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* »¹⁴. Notons que la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires est une mission importante assignée à cette autorité. Elle participe à l'objectif de stabilité financière qui s'étend au-delà des frontières au regard de sa coopération, au sein de l'Espace économique européen, avec les autorités compétentes des autres Etats. Cette disposition rappelle que l'objectif unitaire de la réglementation bancaire et financière est d'assurer la stabilité du système financier à laquelle les banquiers participent. L'ACPR contribue donc à cette unité d'objectif qui consacre un véritable principe juridique de stabilité. L'Autorité des marchés financiers, dénommée par son acronyme AMF, doit également prendre en compte les objectifs de stabilité financière dans l'ensemble de l'Union européenne et de l'Espace économique européen¹⁵. Elle doit mettre tout en œuvre pour réaliser au mieux ses missions et assurer la stabilité du système financier. Cet impératif est mis en exergue à travers le droit de la *compliance* afin d'éviter la survenance de crises financières.

II - L'efficacité du droit de la *compliance* face aux crises financières

L'intervention *ex ante* des autorités. La *compliance* est présente au sein de l'Union européenne. Son efficacité dépend moins du législateur que des autorités et juridictions européennes en charge de l'appliquer. Il faut citer respectivement l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) et l'Autorité bancaire européenne (ABE) ainsi que le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne. En l'occurrence, les superviseurs européens participent indéniablement à l'efficacité de la *compliance* tant par leur action éducative que par leur action punitive¹⁶. Néanmoins, les autorités ont tout intérêt à intervenir en amont, à savoir *ex ante*, pour faciliter les missions des entreprises et l'obtention de résultats satisfaisants. Une telle approche n'est possible que par l'explication et l'interprétation des règles qu'il s'agit d'appliquer.

Les régulateurs incitent fortement les entreprises à coopérer avec les autorités existantes, ce qui met en exergue l'instauration d'une véritable exigence de conformité. En effet, en fournissant volontairement des informations pouvant être incriminantes et en établissant des procédures correctives, les entreprises concernées seront sensiblement moins sanctionnées que celles qui tentent de dissimuler des manquements¹⁷. Un véritable effort pédagogique est alors réalisé en amont d'une sanction éventuelle. En outre, les banquiers centraux disposent des prérogatives nécessaires pour prévenir et gérer les crises, et ce au nom du principe de stabilité. A titre

¹² B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, dir. M.-A. Frison-Roche, *Presses de Sciences Politiques et Dalloz*, 2006, p. 239 *sq.*, spéc. p. 240, n° 450.

¹³ A. Maymont, « L'exigence de conformité des contrats bancaires et financiers », *CCC* juin 2019, Focus, n° 23.

¹⁴ C. mon. fin., art. L. 612-1, I, al. 1.

¹⁵ C. mon. fin., art. L. 621-1, al. 2.

¹⁶ Th. Bonneau, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la compliance*, dir. M.-A. Frison-Roche, *Dalloz*, 2019, p. 79 *sq.*, spéc. n° 6 et n° 24.

¹⁷ M. Perez et K. Amouzou, « L'introduction de la *compliance* et de la justice négociée en France (1/2) – De la conformité à la *compliance* », *Banque et droit* novembre-décembre 2019, n° 188, p. 12 *sq.*, spéc. p. 14.

d'illustration, et lors de la crise du Covid-19, la Banque centrale européenne a agi sur deux pans de la stabilité du système financier, à savoir la liquidité et la solvabilité. Pour ce faire, elle a favorisé la liquidité du marché interbancaire et a allégé les exigences en fonds propres des établissements de crédit¹⁸. Cette intervention des autorités participe ainsi au développement croissant de la *compliance*, lequel entraîne une évolution de l'ordre public financier.

L'évolution de l'ordre public financier. – L'ordre public financier peut se définir comme un ordre public destiné à assurer le bon fonctionnement des marchés financiers et la stabilité financière inhérente à la *compliance*. Il aurait vocation à restreindre la liberté contractuelle du banquier soit à titre préventif, soit lorsque la stabilité du système financier serait menacée ou devrait faire face à un danger immédiat. Ce faisant, les autorités démontreraient leur volonté d'agir rapidement pour contrôler la réalisation de certaines opérations financières. De telles mesures peuvent être parfaitement justifiées lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent tels une crise financière ou des chocs financiers passagers. L'ordre public financier varierait donc en fonction des circonstances et aurait tendance à évoluer vers un ordre public de stabilité.

L'interdiction de principe des aides d'Etat, laquelle est affirmée par l'article 107, § 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permet d'illustrer ce phénomène. Ces aides sont notamment incompatibles avec l'objectif d'un Marché commun européen sauf pour les cas exceptionnels limitativement énumérés par le traité. En effet, lorsque l'économie d'un Etat membre est gravement perturbée, les aides d'Etat peuvent être compatibles avec le marché intérieur sous certaines conditions, dont celle du respect de la concurrence. L'interdiction de principe des aides d'Etat et la dérogation envisagée, justifiée par une grave perturbation de l'économie, entrent en contradiction. Cependant, la seconde règle l'emporte sur la première au nom de la stabilité du système financier. La Commission européenne fut incitée, lors de la crise financière de 2007, à modifier son approche en adoptant un cadre d'aides temporaires permettant aux Etats membres d'affronter les difficultés financières des banques et de favoriser l'accès au financement des entreprises¹⁹. Par conséquent, la Commission peut exceptionnellement intervenir quand les conditions économiques et financières le justifient. Cette situation est récemment survenue dans le contexte de la propagation du Covid-19 lors duquel la Commission européenne a adopté un encadrement temporaire des mesures d'aides d'Etat afin de soutenir l'économie²⁰. Dès lors, il existe un véritable principe juridique de stabilité permettant à la Commission de déroger, en période de crises, aux dispositions applicables en période ordinaire afin de préserver la stabilité du système financier.

Outre ce système d'aides d'Etat, l'ACPR, l'AMF et les autorités européennes de surveillance peuvent exercer un contrôle spécifique en présence de circonstances exceptionnelles. Cela vise à limiter la liberté du banquier de réaliser des opérations financières, généralement admises en période ordinaire. Ce contrôle peut aboutir à suspendre, soumettre à conditions voire interdire la réalisation de telles opérations. La négociation des instruments financiers, les ventes à découvert et les *credit default swaps* sont principalement visés. La récente crise sanitaire du Covid-19 est un exemple en ce qu'elle a abouti à l'adoption de mesures d'urgence. L'AMF a décidé d'interdire la vente à découvert sur les actions les plus affectées par le recul des cours. De surcroît, elle a interdit avec effet immédiat au 18 mars 2020 toute nouvelle création de position courte nette et toute augmentation d'une position existante pendant une durée d'un

¹⁸ C. Feunteun, « Mesures bancaires européennes face au Covid-19 : entre flexibilité et rigueur ou la recherche d'un délicat équilibre... », *RD bancaire et fin.* mars-avril 2020, étude n° 5.

¹⁹ J.-P. Markus, « Aides aux entreprises affectées par la crise financière », *JCP E* 2010, 1730.

²⁰ Comm. UE, comm. C/2020/1863, 19 mars 2020 ; comm. C/2020/2215, 4 avril 2020.

mois, laquelle a été prorogée d'un mois supplémentaire. Dans le même temps, l'AEMF a également décidé d'abaisser le premier seuil de déclaration des ventes à découvert²¹.

La notion de stabilité financière est donc indissociable de la notion de *compliance* en ce que la première est intégrée à la seconde. Partant, l'efficacité de la *compliance* est assurée par diverses mesures élaborées *ex ante* ainsi que par les banques centrales, les autorités de contrôle et l'intervention des juges.

²¹ AMF, communiqués, 17 mars 2020 ; communiqué, 15 avril 2020.