La quête de l'effectivité dans la régulation financière à travers les sanctions dissuasives et la conformité

Hugues BOUTHINON-DUMAS
ESSEC Business School

Forum « Droit des produits et marchés financiers
Tendances et défis. Perspectives transnationales »

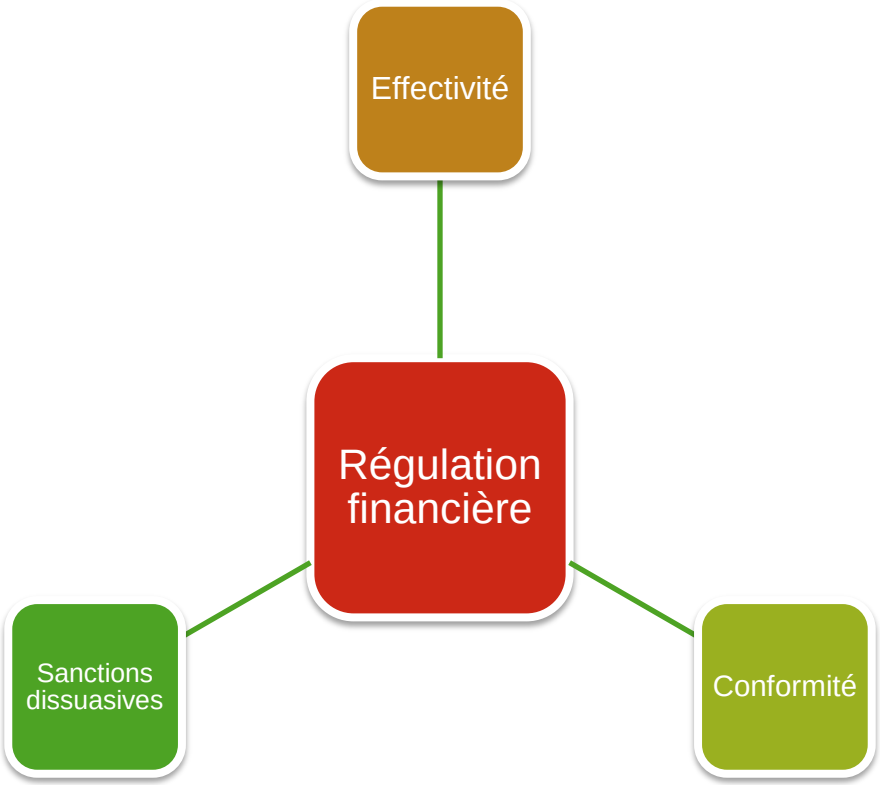
Montréal, 14 octobre 2016

Université de Montréal

ESSEC BUSINESS SCHOOL

CDACI

Objet de la communication



Face aux défis adressés à la régulation financière :

Les crises financières (subprimes…)

Les scandales (Madoff, SoGé-Kerviel; affaire du Libor…)

Les conflits d'intérêts (agences de notation…)

Les défaillances financières (AIG, Lehman Brothers…)

… une tendance de la régulation financière :

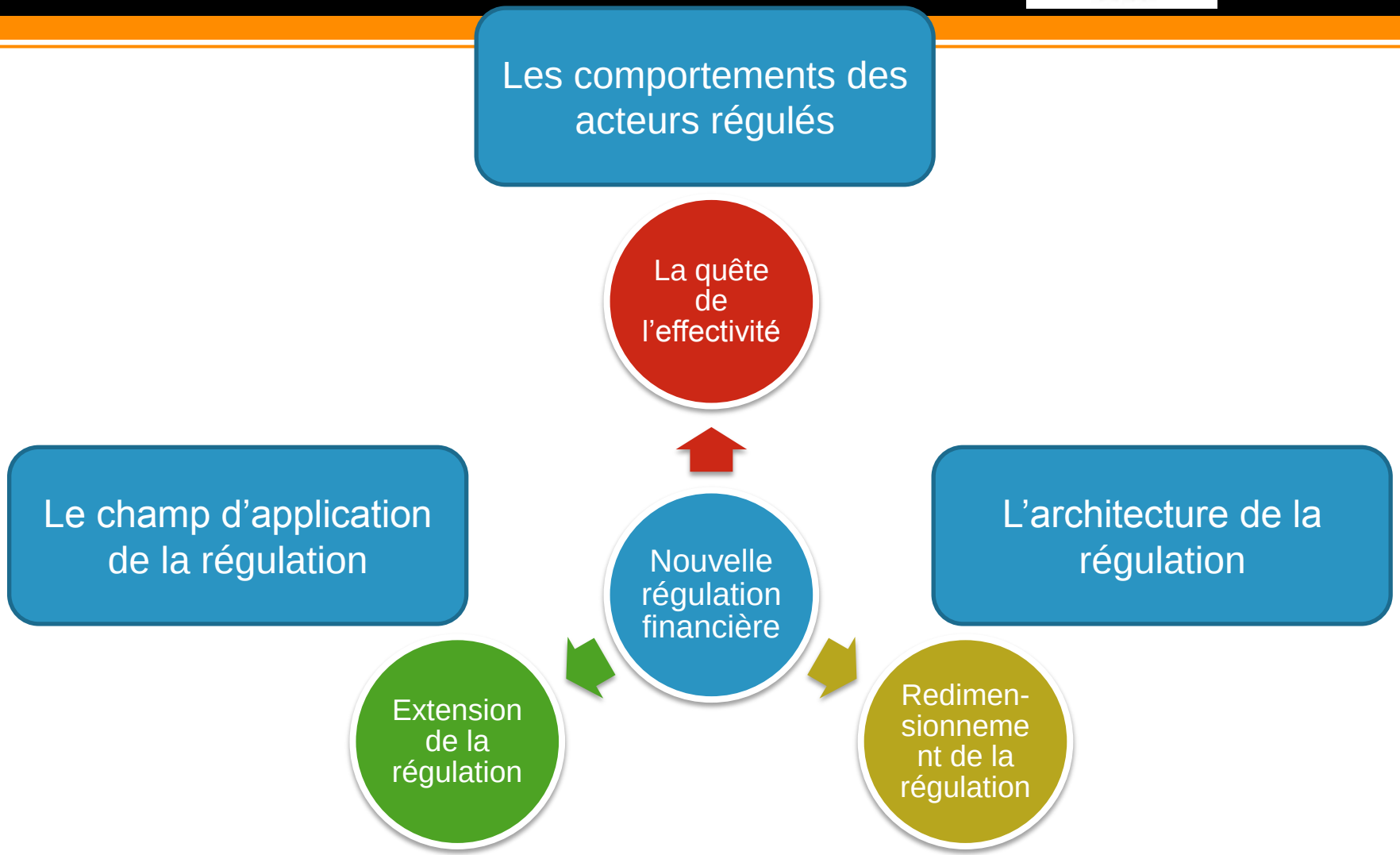
La recherche de l'efficacité la régulation financière via l'effectivité des règles,

A travers :

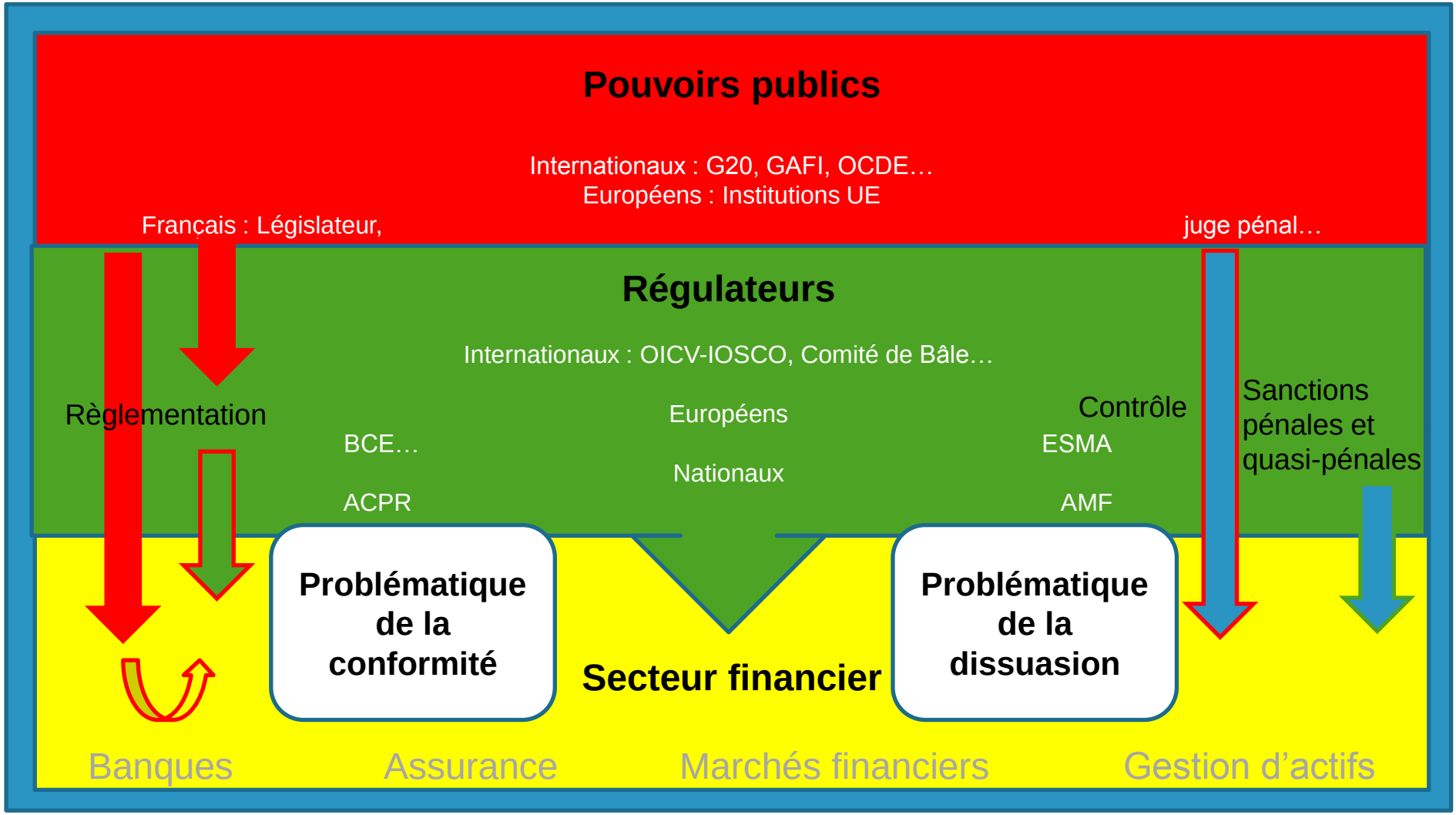
- Des sanctions dissuasives
- La conformité

… mise en lumière à partir du cas de la France

La recherche de l'effectivité, l'une des dimensions de la nouvelle régulation financière



Les conditions de la bonne application des règles



Définitions

L'effectivité

Le fait pour une norme d'être appliquée

Elle conditionne l'aptitude d'un dispositif juridique ou institutionnel à remplir la fonction qui lui a été assignée

Les sanctions dissuasives

La sanction est classiquement définie comme toute disposition qui a pour objet d'assurer l'effectivité d'une règle, plus précisément la conséquence (généralement négative) attachée au non-respect d'une règle

Parmi les sanctions, une attention particulière doit être portée aux sanctions pénales ou quasi-pénales (sanction ayant le caractère d'une punition, même si elles ne sont pas prononcées par un juge pénal *stricto sensu*)

Une sanction sera dissuasive si elle est suffisamment redoutée par le destinataire de la règle pour le convaincre de ne pas la transgresser et donc d'adopter un comportement conforme

Définitions (suite)

La conformité (*compliance*)

La conformité renvoie à la fois à un état et à une fonction qui elle-même se présente sous différents aspects :

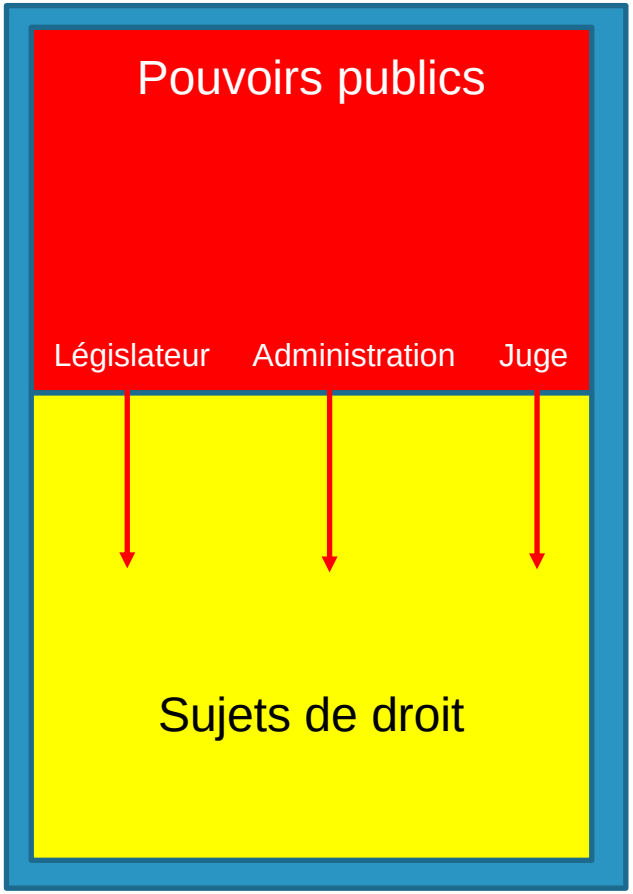
- Le fait de respecter les règles plutôt que de s'en écarter (déviance)
- Un outil de communication interne et externe sur les normes (pas seulement règlementaires: *soft law*, RSE, etc.) que l'entreprise s'engage à respecter, voire à promouvoir, qui se traduit par des objets à la normativité originale (codes de conduite, procédures internes, chartes…)
- Un instrument de gestion des risques attachés au non respect des normes applicables (risques financiers, commerciaux, d'image, etc.) se traduisant par des démarches telles que la veille, la cartographie des risques, les systèmes de dénonciation des comportements
- Une procédure de mise en application des règles à l'intérieur de l'entreprise, à travers des programmes d'actions (sensibilisation, formation, évaluation…)

Cette diversité de significations reflète une relative immaturité du vocabulaire et les tâtonnements concernant une pratique récente et en voie d'acculturation

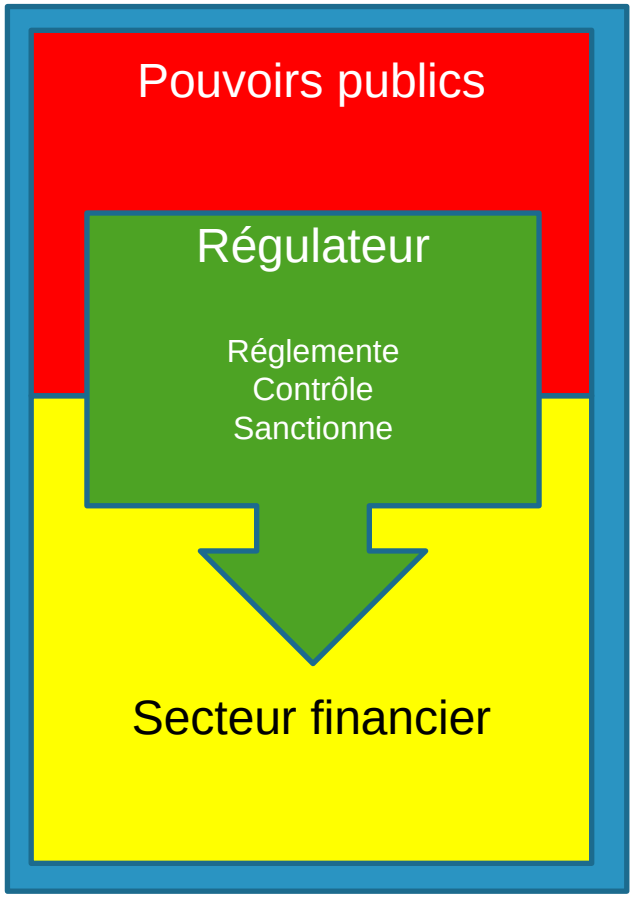
➔ Les différences de significations dépendent surtout du contexte de leur application…

Différents systèmes d'application des règles

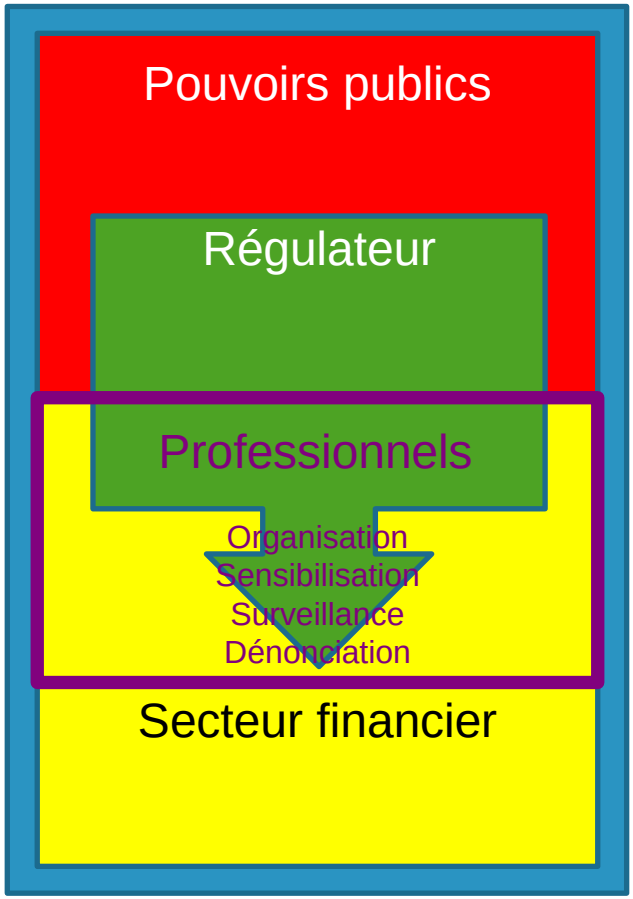
Modèle juridique de base
Degré zéro de la régulation



Modèle de la régulation classique



Modèle de la régulation avancée



Les sanctions dissuasives et la conformité, des approches *a priori* opposées…

Sanction

- *A posteriori*
- Contrainte extérieure

Conformité

- *A priori*
- Adhésion interne

… contribuant toutes les deux à l'effectivité des règles

Un enjeu essentiel pour la régulation financière : contrer les risques d'ineffectivité

- Si la transgression de la règle apparaît bénéfique ou si la sanction n'est pas crédible
- Si l'application de la règlementation est contradictoire avec d'autres normes d'action
- Si les comportements au sein de l'entité régulée ne sont pas cohérents à l'égard au risque de non-conformité
- Si les règles sont ignorées ou incomprises par ceux qui doivent les appliquer
- Si les contrôles opérés par les régulateurs sont inefficaces…

Le renouvellement de l'approche de l'effectivité

L'approche juridique traditionnelle : la césure entre l'ordre du droit et l'ordre socio-économiques et une conception séquentielle de l'application du droit à la réalité

L'approche de la sociologie juridique (analyse des non-recours…)

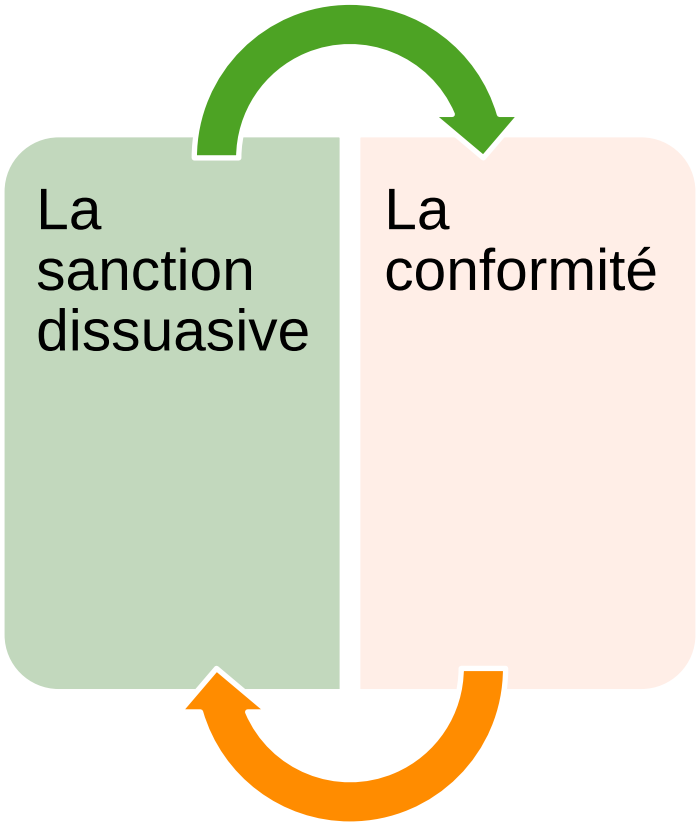
Mais l'effectivité peut aussi être un enjeu pour le droit qui se préoccupe de son application

Comment la règle peut-elle favoriser sa propre application ?

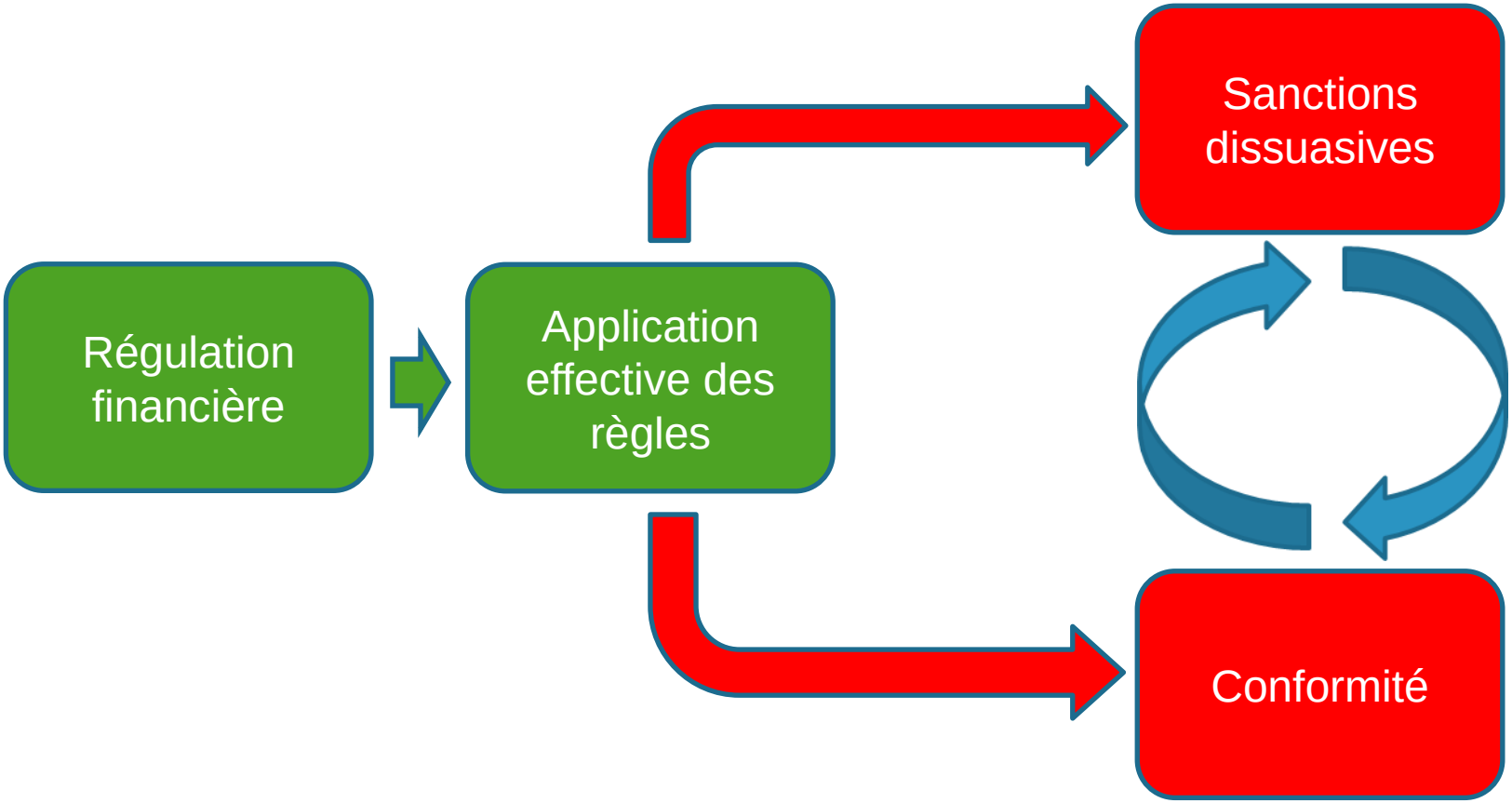
- A travers la sanction efficace → dissuasive s'il s'agit d'une sanction pénale ou quasi-pénale
- A travers l'organisation de l'appropriation de la règle par son destinataire → au-delà de l'intelligibilité de la règle, veiller à son assimilation par les acteurs concrets

➔ L'effectivité de la régulation passe par l'anticipation de l'application des règles et l'intégration de la rationalité concrète des acteurs

Des approches étroitement complémentaires



Idée centrale



La quête de l'effectivité par des sanctions dissuasives

La théorie des sanctions dissuasives

La théorie économique inspirée par Gary Becker de la sanction efficace

$$S > G \times P$$

Alternatives :

- La dissuasion par l'introduction de sanctions redoutables et incommensurables (incarcération…)
- La dissuasion par la sanction anticipée du marché consécutive à la publicité de la sanction (pression des pairs et atteinte à l'image sur le marché)

Le standard des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives »

La norme internationale et européenne en matière de détermination et d'application des peines:

Cf. Affaire dite du « maïs grec-yougoslave » (*Commission c/ République hellénique*, 21 septembre 1989)

Exigence formulée dans de nombreux règlements et directives européennes, particulièrement en matière financière:

Les « *autorités compétentes* » que les Etats membres devront instituer pour assurer la mise en œuvre de la législation européenne devront appliquer des sanctions « *efficaces, proportionnées et dissuasives* »

Des sanctions dissuasives

Au-delà de l'intention affichée…

Comment assurer l'effectivité de la régulation financière à travers des sanctions dissuasives ?

- Par l'alourdissement des sanctions encourues…

… mais pas seulement

Des sanctions plus dissuasives

Les sanctions administratives

Le pouvoir de sanction conféré à la COB, puis à l'AMF et ACPR

Des sanctions administratives et disciplinaires et le pouvoir de transiger (la « composition administrative »)

Des montants maximum en forte croissance : 1,5 M€, 10 M€, 100 M€…

Un plafond indexé sur les avantages retirés (facteur 10), puis multiple du CA annuel (10%)

Un plancher en cas d'avantage retiré (facteur 3)

La publicité de principe des décisions de sanction

Les sanctions pénales *stricto sensu*

La compétence exclusive du Tribunal correctionnel de Paris en matière de délits boursiers

Le maintien de la voie pénale après l'invalidation du cumul des poursuites

L'alourdissement des sanctions encourues : peines d'emprisonnement : 2 → 5 ans (et même 10 ans en bande organisée) + amendes : 150 k€/1,5 M€ → 100 M€

L'adoption du plafond indexé (facteur 10) et plancher (facteur 1)

Les conséquences procédurales : le renforcement des pouvoirs d'investigation et de contrainte

Les conséquences pénales : l'emprisonnement n'est plus théorique

→ Une plus grande sophistication des modèles de détermination des sanctions pourrait les rendre plus dissuasives

La diversité des ressorts du caractère dissuasif des sanctions

Les manquements à la conformité visés par la sanction dissuasive

Les manquements sanctionnables par les autorités de régulation :

- Les comportements sur le marché (abus de marché…)
- Les défauts de coopération dans le cadre des procédures (entraves…)
- Les manquements aux obligations professionnelles…

Un dispositif instituant une véritable régulation déléguée aux intermédiaires

Les sanctions des manquements aux obligations professionnelles visent notamment le non-respect des obligations visant

- La prévention, la détection et la dénonciation des comportements prohibés sur le marché (abus de marché, lutte contre le blanchiment…)
- L'organisation intègre et robuste des activités financières (contrôle des risques, conflits d'intérêts, intérêt des clients…)

La quête de l'effectivité et l'efficacité de la régulation financière

Mécanisme de subsidiarité : localiser la surveillance et le contrôle des comportements là où c'est le plus efficace

La responsabilisation des professionnels

Coopération entre les autorités de régulation et les professionnels

➔ La sanction dissuasive des manquements à certaines obligations professionnelles institue une forme de corégulation

La conformité au service de l'effectivité de la régulation financière

Une conformité justifiée

Par l'intérêt des entreprises (image, intégrité de leur patrimoine…)

Par l'intérêt du système financier

Une conformité obligatoire

Une conformité encadrée

Une conformité sanctionnée

La conformité obligatoire dans le secteur financier

La conformité applicable à toute entreprise

- La conformité volontaire

Une démarche volontaire, justifiée par la taille (entreprises multinationales), la culture des entreprises (anglo-saxonne) ou la conscience de risques particuliers de non-conformité

Application: concurrence, sécurité des produits, protection de l'environnement, données personnelles…

- La conformité imposée à titre de sanction ou de condition d'une transaction

Ex: en droit de la concurrence

- La conformité imposée à toutes les entreprises sur certains sujets

Ex : La conformité anti-corruption. Cf. Projet de loi Sapin II

La conformité spécifique au secteur financier

- Une conformité obligatoire en raison du statut des entreprises du secteur financier
- Une conformité obligatoire en raison des activités des entreprises du secteur financier

Ex: La règlementation anti-blanchiment

La conformité contribuant à l'effectivité de la régulation financière

Les sujets traités au titre de la conformité

La maîtrise des risques

La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

La prévention des abus de marché

Le respect des sanctions financières internationales (embargos)

Le respect des règles en matière de commercialisation des produits et services financiers

Le respect des règles en matière protection de la vie privée et de données personnelles

Les opération réalisées par les collaborateurs…

Les techniques mises en œuvre au titre de la conformité

La désignation d'un responsable (RCSI, RCCI, responsable conformité) ou d'un correspondant (Tracfin…) ; rapport à la direction ; centralisation de l'information sensible

La veille règlementaire, suivie d'une analyse dans une perspective opérationnelle et contextualisée

L'élaboration de procédures internes, chartes, codes de bonne conduite…

Actions de sensibilisation

Programme de formation

Contrôle du respect des règles

Dispositifs de détection et de dénonciation des comportements problématiques ou déviants…

La conformité sanctionnée de façon dissuasive dans le secteur financier

Les obligations des entreprises du secteur financier relativement à la conformité

Elles doivent se doter d'une fonction de conformité

Elles doivent la structurer et l'organiser en suivant les prescriptions légales et règlementaires (Document CESR 2002, Solvency II, CRD4, AIFM, arrêté du 3 nov. 2014…)

Elles doivent la mettre en œuvre de façon effective

La sanction quasi-pénale des défaillances de la conformité :

Les défaillances de la fonction de conformité sont sanctionnables par les autorités de régulation dans leur domaine de compétence (ESMA, BCE, ACPR, AMF…)

Le contrôle exercé dans le cadre de l'application de sanction est non seulement formel (existence même de la fonction), mais aussi substantiel (moyens suffisants, diligences suffisantes…)

Des sanctions non négligeables (souci explicite d'être dissuasif et pédagogique)

Les conséquences de la sanction des obligations de conformité sur le fonctionnement interne des entreprises du secteur financier : dissuasion et effectivité

La concrétisation du risque de non-conformité ➔ quantification permettant une meilleure prise en compte dans la définition des politiques internes

Un levier essentiel pour assurer la primauté du respect des lois sur les autres déterminants des comportements (incitations à la prise de risque, à la gestion à la marge du risque juridique…)

Conclusion : l'internalisation de l'exigence d'application des règles

Pour s'assurer de l'effectivité de l'application des règles relevant de la régulation financière relatives aux comportements des acteurs

Il faut percer quatre « boites noires » :

- Au-delà du droit, au niveau des faits
- Au delà du secteur financier dans sa globalité, au niveau des intermédiaires
- Au-delà de la personne morale, à l'intérieur des organisations
- Au-delà de la contrainte juridique, au niveau de la détermination concrète des comportements

➔ Une expression du réalisme du droit économique et financier

➔ L'appropriation juridiquement organisée de l'application des règles, condition de l'effectivité de la régulation financière

➔ Les risques: association problématique entre la relative imprécision de la conformité et les sanctions de nature pénale qui doivent obéir au principe de légalité stricte ; le coût de la conformité ; le développement mal maîtrisé des normes

➔ La légitimité de la démarche de recherche d'effectivité est conditionnée à une rationalisation de la règlementation, des sanctions et de la conformité

Merci pour votre attention

Hugues Bouthinon-Dumas

bouthinondumas@essec.edu

http://www.essec.fr/professeurs/bouthinon-dumas-hugues