

## La *soft law*, typologie, portée normative et contrôle juridictionnel

Gérard Gardella, Haut Comité Juridique de la place financière de Paris

La *soft law*, apparue dans les années 1930 en droit international, se situe à la confluence de la recherche d'efficacité et du respect de l'Etat de droit.

On a affaire à une nébuleuse aux contours imprécis. Dans les années 1930, les Etats ont recherché des outils plus souples et plus rapides à mettre en œuvre que les traités : chartes, déclarations, *gentlemen' agreements*... La *soft law* s'introduit dans les droits internes dans les années 1970, avec des recommandations, des positions, des codes de bonne conduite, etc, édictés par des autorités administratives ou par des associations professionnelles.

Elle est, par ailleurs, indispensable, comme complément au droit dur, dont les textes peuvent manquer de précision, mais pas si souple que cela pour ceux qui y sont assujettis, particulièrement aux Etats-Unis, et doit s'inscrire dans le cadre de l'Etat de droit, qui garantit de pouvoir contester une décision devant un juge.

### Typologie du droit souple

Stéphane Gerry Vernières, Université de Grenoble Alpes

Le droit souple est insaisissable en raison de la multiplicité de ses outils (codes de conduite, lignes directrices, préconisations...), qui ont cependant une unité : ils s'inscrivent dans un cadre non contraignant qui vient en complément du droit dur.

Sa reconnaissance, qui n'allait pas de soi (on a parlé de droit mou, de droit flou...), est récente. Le Conseil d'Etat, qui le considérait dangereux quelques années plus tôt, lui a donné ses lettres de noblesse en 2013 dans un rapport où il prend acte de son omniprésence et préconise d'en faire un allier du droit dur. Le Conseil d'Etat en donne une définition constituée de trois conditions cumulatives : il s'agit d'instruments i) ayant pour objet d'orienter les comportements des destinataires, si possible avec leur adhésion ii) qui ne créent pas par eux-mêmes des droits ou des obligations iii) qui présentent un degré

de formalisation et de structuration qui l'apparente aux règles de droit. Le droit souple ne se définit donc pas par son origine.

Ses contours demeurent cependant incertains, si bien qu'en présence de certaines normes, comptables par exemple, on peut se demander s'il convient de les intégrer au droit. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs pris soin d'élaborer une échelle de normativité allant du souple au dur. Par ailleurs, certains auteurs considèrent qu'il y a trop d'instruments soumis à des régimes juridiques différents. Des divergences peuvent exister si l'on se réfère à la légitimité des normes, à leur accessibilité et à leur contrôle.

Les droits financier et bancaire constituent des terrains propices au développement et à l'expérimentation du droit souple. En droit bancaire, on a par exemple de nombreuses règles déontologiques édictées par la profession, tandis que les pouvoirs publics se sont délestés d'une partie de leurs prérogatives normatives en créant des autorités administratives émettrices de droit souple et d'un droit de plus en plus technique. L'Union européenne, de son côté, a créé des autorités de contrôle (Autorité européenne des marchés financiers, Autorité bancaire européenne...) qui diffusent du droit souple.

Si le développement du droit souple peut s'expliquer par un certain nombre de vertus (renforcement de la prévisibilité, capacité de proposer des normes techniques, caractère évolutif), il convient de ne pas faire preuve de naïveté à son égard (le droit dur, par exemple, peut rassembler ces avantages).

On est en présence de deux types de dynamiques. Le droit souple se structure avec l'édification de véritables corpus (à l'intérieur desquels tous les instruments n'ont pas la même valeur) ou encore avec l'utilisation des questions-réponses. Enfin, son adhésion gagne du terrain (même si, de plus en plus souvent, elle est forcée ou contrainte).

### Emmanuel Jouffin, La Banque postale

Les normes du droit souple sont produites soit par les établissements financiers, soit par les superviseurs. Elles peuvent être des précurseurs du droit dur.

Pourquoi faut-il y recourir ? Les professionnels se doivent de connaître l'état de l'art, selon la Cour de cassation, qui estime toutefois que « *les juges du fond ont tout pouvoir pour reconnaître ou dénoncer l'existence d'un usage* ». Mais aussi prévenir les risques de réputation, disciplinaire et de conformité.

Le droit souple voulu (une entreprise, une profession, prend elle-même des engagements) peut être un droit dur qui s'ignore. Dans l'affaire du naufrage de l'Erika, un navire affrété par Total, la cour d'appel de Paris a considéré que le pétrolier avait contrevenu à ses propres règles Vetting (contrôle par les compagnies pétrolières des navires affrétés par elles). Dans celle opposant Samsung à l'UFC Que choisir, l'entreprise avait pris des engagements s'agissant des droits des travailleurs, qu'elle n'a pas respectés, ce qu'un juge d'instruction a estimé relever de pratiques commerciales trompeuses.

En ce qui concerne le droit souple subi (normes édictées par les superviseurs), il est parfois délicat de s'y retrouver. Si les positions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) explicitent la manière dont l'autorité administrative analyse les textes, qu'en est-il de ses notes d'enseignement (produisent-elles des effets ?). A propos des lignes directrices sur la gouvernance des produits de banque de détail de l'Autorité bancaire européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé (15 juillet 2021) que les établissements avaient la faculté de ne pas les respecter sous réserve d'indiquer les raisons, mais prévient aussi que « *les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations* ».

## Table ronde : Portée normative du droit souple

Laurent Schwebel, ACPR

Lors de la création de l'ACPR en 2010, on s'est aperçu qu'on avait affaire à une profusion anarchique de normes, d'où la publication d'un document intitulé La Politique de transparence de l'ACPR.

Le droit souple produit par l'autorité administrative a trait à trois domaines : la réglementation, le contrôle (le cœur de l'activité), et les orientations des autorités de contrôle européennes.

Dans le domaine de la réglementation, on trouve des documents généraux, plutôt techniques, notamment à propos des règles régissant la solvabilité des établissements financiers. En ce qui concerne la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, ces documents généraux prennent soit la forme de lignes directrices, soit de principes d'application sectoriels. Les autres documents sont dits ponctuels, car publiés de façon opportuniste, et se déclinent en positions (qui explicitent la façon d'appliquer une règle, par exemple s'agissant d'exemption d'agrément) et en réponses aux questions.

Dans le domaine du contrôle figurent la charte du contrôle (droits et obligations des contrôlés et des contrôleurs), des notes techniques et guides méthodologiques concernant les modalités de contrôle (on se situe là entre le droit souple et le droit dur), et enfin des recommandations et des codes de bonne conduite (édités par la profession et approuvés par l'ACPR) s'agissant des pratiques commerciales.

Enfin, les orientations des autorités de contrôle européennes sont commentées par des avis de conformité et des avis de conformité partielle. En matière de gouvernance des produits bancaires par exemple, on a affaire à une confrontation des droits souples européens et nationaux.

### Daniela Quelhas, BNP Paribas

L'Union européenne est notamment définie par la poursuite d'intérêts communs atteints au moyen de compétences transférées (on nomme attribution le principe régissant l'exercice des compétences). Si l'on applique ce principe au mécanisme de supervision unique (MSU), on trouve le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont l'article 127.6 énonce que le Conseil, par voie de règlements, peut confier à la Banque centrale européenne (BCE) des missions spécifiques, ou encore le règlement MSU, dont l'article 1er confie des missions spécifiques à la BCE en matière de surveillance prudentielle.

L'examen du règlement MSU, toutefois, apprend qu'il ne confère pas à la BCE le pouvoir d'adopter des instruments contraignants de portée générale fixant des exigences prudentielles, mais le pouvoir d'adopter des recommandations et des guides de conduite qui relèvent du droit souple. Par ailleurs, si l'on se réfère à la jurisprudence concernant la BCE et les autorités de contrôle européennes, on constate

que i) les délégations ne se présument pas ii) l'attribution des pouvoirs d'exécution doit être nettement limitée iii) l'usage du pouvoir est soumis à un contrôle rigoureux du juge européen.

La jurisprudence européenne, cependant, pose plus de questions qu'elle ne répond à des interrogations. Par exemple, dans un arrêt du 15 juillet 2021, il est mentionné que les recommandations des autorités de contrôle européennes sont non contraignantes, mais aussi qu'elles complètent le droit dur et doivent être prises en compte par le juge national à l'occasion d'un litige, ou encore qu'elles sont invocables par un particulier à l'occasion de litige vertical l'opposant à l'Etat.

Même en l'absence du juge, le pouvoir contraignant d'un organe comme la BCE est encadré et surveillé. En octobre 2017, la banque centrale avait publié un projet d'addendum sur les prêts non performants qui comportait des éléments quantitatifs dont on ne trouvait aucune trace dans la législation. En présence de réactions très étayées de la part des services juridiques du Conseil et du Parlement européens, la BCE a été amenée à suspendre son projet.

Les assujettis évoluent donc dans une zone grise. S'ils attendent des précisions qui sont parfois apportées par le droit souple (les quelques 4.440 questions posées à l'Autorité bancaire européenne depuis 2010 illustrent ce besoin de clarté), ils ressentent aussi le poids écrasant que fait peser sur eux la conformité aux multiples orientations, en particulier quand elles sont publiées tardivement par rapport aux textes de droit dur.

### Agathe Bonnigal, Coface

On a recours au droit souple privé notamment pour des raisons d'affichage vers l'extérieur de l'entreprise, mais aussi dans un souci de dépassement de la norme et d'exemplarité à diffuser dans toute l'entreprise. Le fait de s'imposer des normes a des effets positifs directs sur toutes les parties prenantes de l'entreprise et permet d'orienter en douceur les pratiques professionnelles des salariés. Il faut toutefois se méfier des engagements illusoires qui peuvent, au contraire, miner la crédibilité de l'organisation.

En ce qui concerne le droit souple d'origine public, on constate qu'il fait l'objet d'une large adhésion de la part des assujettis, cela en raison de l'expertise des autorités émettrices, de la réactivité dont elles font preuve, du caractère quasi-négocié des normes, et du surcroît de prévisibilité apporté. Mais l'application du droit souple d'origine publique nécessite, notamment, que les services de conformité et juridique travaillent main dans la main, d'intégrer le droit souple dans les procédures et de modifier les systèmes d'information en conséquence, ou encore de sensibiliser les salariés (à partir, notamment, des cas de sanctions appliquées par les autorités de contrôle).

Parmi les principaux écueils à éviter : la présence de normes internes paradoxales créant de la confusion pour les salariés ; la tentation pour l'entreprise de se doter du pouvoir de punir (la conformité devrait s'en tenir à un accompagnement des opérations) ; la marchandisation excessive des engagements.

### Table ronde : Le contrôle juridictionnel du droit souple

Stéphane Torck, Paris Panthéon-Assas

Si le droit souple n'est pas un droit au sens de la constitution, il vient tout de même modifier la pyramide normative. Il répond surtout à un besoin, celui d'interpréter le droit dur. L'articulation de ces deux droits ne trouve pas d'autres solutions que le contrôle juridictionnel.

Le recours à l'encontre d'une disposition de droit souple devant le Conseil d'Etat est un recours pour excès de pouvoir (le juge administratif procède à un contrôle de légalité). Il n'appartient pas au juge de se substituer aux autorités de contrôle, qui sont détentrices de compétences techniques. Le délai de recours est de deux mois à compter de la publication de l'acte de droit souple.

Les conditions d'ouverture d'un recours ont évolué pas à pas depuis le début des années 2000. Le Conseil d'Etat a d'abord limité les conditions d'ouverture, puis a évolué jusqu'à contrôler tous les actes de droit souple. Deux arrêts remarquables à signaler, tous les deux du 21 mars 2016 : Fairvesta et NC Numéricâble. Sont par exemple susceptibles d'être contestées des dispositions produisant des effets notables (économiques par exemple) et qui visent à modifier les comportements.

Le contrôle est dans tous les cas léger (pas d’empiètement du juge sur les prérogatives des autorités de contrôle), le juge se contentant d’apprécier la cohérence de l’acte de droit souple avec le droit dur. Deux arrêts du Conseil d’Etat, parmi la vingtaine rendus dans ce domaine depuis 2016, ont conduit à l’annulation des dispositions de droit souple car les actes examinés entraînent en opposition frontale avec le droit dur.

Les sanctions prennent la forme d’une annulation (il n’y a donc pas réparation), voire, très rarement, d’une mise en cause de la responsabilité de l’Etat ou de l’autorité administrative.

### François Boucard, avocat au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation

Il existe deux types de recours : en annulation directe (cela dès la publication de la norme) et préjudiciel, beaucoup plus long et difficile à mettre en œuvre. Dans le cas du recours préjudiciel, le juge national, qui doit examiner un litige, pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE), avant retour devant le premier juge.

La CJUE s’est prononcée clairement en faveur du recours préjudiciel, ce qui exclut le recours en annulation directe. Dans l’arrêt FBF-ACPR du 15 juillet 2021 (l’affaire portait sur l’article 16 du règlement de l’Autorité bancaire européenne), la CJUE se réfère à l’article 263 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne qui précise expressément que le recours en annulation directe n’est possible qu’à l’égard des actes produisant des effets juridiques et obligatoires, ce qui exclut de facto le droit souple.

La CJUE exerce un contrôle plein (entier) et rigoureux ; le pouvoir des autorités de contrôle européennes d’émettre des orientations est strictement encadré.

Qu’en est-il des orientations de l’Autorité bancaire européenne (ABE) ? Pour la CJUE, les orientations de l’ABE ne produisent pas d’effets obligatoires, l’ABE se bornant à donner son avis. Et le règlement de l’ABE est assimilable à des recommandations, lesquelles sont dépourvues d’effets juridiques. Par ailleurs, selon la CJUE, les autorités de contrôle nationales peuvent ne pas respecter les orientations de

l'ABE. La CJUE distingue, à cet égard, les orientations (pas d'effets) des normes techniques d'exécution, qui, elles, peuvent produire des effets.

Cependant, selon la jurisprudence européenne, les juges nationaux peuvent suivre les orientations, notamment si elles complètent des dispositions de l'Union européenne ayant un caractère contraignant (dans ce cas, il y a incorporation du droit souple au droit dur). On a donc bien affaire à une incohérence de la jurisprudence de la CJUE, même si l'on doit noter que les prérogatives de l'ABE sont limitées par le fait que ses actes ne doivent pas contrarier des dispositions de l'Union européenne.