

Le droit « souple » en questions.

Par Emmanuel JOUFFIN.

Depuis de nombreuses années les juristes ont appris à côtoyer un droit associé à diverses épithètes, « pré-droit », « droit mou », « droit vert », « droit assourdi » ou « immature », « droit flou »¹, ce droit que nous nommerons « souple » complétant, avec plus ou moins de bonheur et de cohérence, le droit dit « dur », dont les sources sont mentionnées dans la pyramide de Kelsen. Les questions que soulèvent ces « petites sources du droit »² sont nombreuses, nous nous bornerons ici à en évoquer quelques-unes.

❖ Le droit souple - Brève sociologie

Le droit mou, « nouveau paradigme de la normativité »³, est essentiellement subi en tant que production des superviseurs européens et français, mais aussi d'entités à statuts diverses produisant des bonnes pratiques ou des référentiels. A cet égard, sont soulignés « l'insécurité juridique » ainsi que les « coûts subis par les destinataires du droit souple »⁴.

Il est également voulu. On ne compte plus les chartes de « bonne conduite », de « déontologie », sans parler des normes dites « professionnelles » destinées à générer un impact réputationnel favorable, évoquant ce qu'un auteur a nommé « la morale de l'intérêt bien compris »⁵. Cette production poursuit parfois un objectif « prophylactique »⁶ : soit la norme volontaire doit permettre d'écarter la prise d'un texte de portée « plus directement contraignante » soit, en présence d'un tel texte, de tenter d'en aménager certains effets, dans l'espoir d'écarter ainsi l'apparition d'un droit mou subi.

L'interpénétration des droits « durs » et « souples » est particulièrement mise en évidence avec la responsabilité sociale et environnementale. Si l'article 1835 du Code civil offre la possibilité de se doter d'une raison d'être inscrite dans les statuts, l'intensité des obligations des organes sociaux dépendra de la manière dont sera délimitée cette raison d'être.

« Le droit souple peut être un droit voulu, cette production poursuivant alors, parfois, un objectif prophylactique. »

❖ Le droit souple - Quelles responsabilités envers les superviseurs ?

D'emblée, rappelons que selon l'arrêté « contrôle interne » le risque de conformité est le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît, notamment, du « non-respect de normes professionnelles et déontologiques »⁷.

¹ Sur ces diverses appellations, cf. M. Grégoire, « *Libres marchés et droit masque – Pourquoi des instruments juridiques non contraignants en matière bancaire et financière ?* », RDBF, n° 1, janv. 2012.

² Expression reprise de la thèse de référence de Mme Gerry-Vernières, *Economica Recherches Juridiques*, 11 octobre 2012.

³ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, sur le droit souple.

⁴ Ibid.

⁵ *Droit et modernité*, B. Oppetit, PUF, 1998, p. 275.

⁶ Pour des exemples, cf. J. Lasserre Capdeville, *Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques - Huitième Journée Internationale de Droit Bancaire et Financier de Monaco* organisée par l'AEDBF Monaco.

⁷ Arrêté du 3 novembre 2014 sur le 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 – art 10 p.

De ce point de vue, la réglementation bancaire est claire, on ne peut émettre des normes déontologiques par pure commodité. Le risque de réputation évoqué par ce même arrêté n'est jamais loin⁸.

A titre d'exemple, le rapport de la BCE sur la révision prudentielle des approches des banques en matière de gestion des risques climatiques et environnementaux du 27 novembre 2021⁹ mentionne, dans son attente n° 9, le fait que les institutions doivent examiner comment les événements liés au climat et à l'environnement pourraient avoir un impact négatif sur la continuité des activités et dans quelle mesure la nature de leurs activités pourrait accroître les risques de réputation et/ou de responsabilité.

❖ Le droit souple – Quelle responsabilité envers les tiers ?

Parmi de nombreuses décisions, l'une d'entre elle semble évocatrice de la portée des normes professionnelles. La Cour d'appel de Paris¹⁰, dans le contexte du naufrage de l'Erika, a reproché à Total de ne pas avoir satisfait à des règles d'inspection des navires que cette dernière considérait comme étant facultatives. La réponse de la Cour est claire, ce corps de règles d'inspection (ou « vetting ») n'a pas été créé pour satisfaire un quelconque caprice, mais bien pour échapper au reproche de négligence que pouvait encourir Total au cas d'affrètement d'un navire ».

Ce raisonnement peut se recommander de l'article 1300 du Code civil consacré aux quasi-contrats qui « *sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de*

celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ».

La jurisprudence, dans le but de sanctionner des organisateurs indéliques de loteries, a eu recours à l'article 1371 (devenu depuis l'article 1300) afin de dégager la notion de « création d'illusion »¹¹.

❖ Le droit souple des superviseurs – Quels recours ?

Deux arrêts fondateurs du Conseil d'Etat¹² (dits « Fairvesta » et « Numericable ») ont conduit ce dernier à accepter de juger des recours en annulation contre des actes de droit souple, pour autant que le requérant justifie d'un intérêt direct et certain à l'annulation s'ils sont « *de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse* ».

Si les portes du contentieux administratifs sont ouvertes, ce n'est qu'à demi. Une jurisprudence, semble-t-il établie, conduit au rejet au fond de pareils recours au motif que les dispositions des actes déferés « invitent » à adopter un comportement, sans pour autant y contraindre.

Plus qu'un conseil mais moins qu'un ordre, tel semble être la marque de fabrique de ce nouveau droit.

⁸ « *Risque résultant d'une perception négative de la part des clients, des contreparties, des actionnaires, des investisseurs ou des régulateurs qui peut affecter défavorablement la capacité d'une banque à maintenir ou engager des relations d'affaires et la continuité de l'accès aux sources de financement [...]* ». Enhancements to the Basel II framework, July 2009, § 47 et s.

⁹ The state of climate and environmental risk management in the banking sector - Report on the supervisory review of banks' approaches to manage climate and environmental risks.

¹⁰ CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.

¹¹ Cass. Ch. mixte, 6 septembre 2002, D. 2002. 2963.

¹² Conseil d'Etat, Assemblée, 21 mars 2016, 368082 et 390023, publiés au recueil Lebon publié au recueil Lebon. Recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un tel acte mais rejet au fond du recours en annulation, Th. Samin : RD bancaire et fin., septembre 2016 2017, n°5, comm. 186 et les références citées. E. Jouffin, Le Conseil d'Etat a-t-il tué le droit mou ? Brèves remarques au sujet de l'émergence des documents de portée générale à effets notables : Mélanges AEDBF VIII.

Au niveau européen, la CJUE¹³ a rendu une décision de principe énonçant que les recommandations de l'ABE ne sont contraignantes ni pour les autorités compétentes, ni pour les établissements financiers, « uniquement tenus », aux termes de l'article 16 §3 4° alinéa du règlement 1093/2010 instituant l'ABE, de rendre précisément compte du respect desdites orientations.

De l'art et de la manière d'être contraignant, en obligeant le récalcitrant à un *comply or explain* justifiant de son attitude, sans toutefois l'être totalement. Comme l'aurait dit La Fontaine, « *Je suis oiseau : voyez mes ailes (...) - Je suis souris, vivent les rats* ». ■



L'AUTEUR

Emmanuel JOUFFIN est responsable du département de veille réglementaire au sein de la direction juridique d'un établissement bancaire. Il est également membre du Conseil Scientifique de l'ANJB.



Ces différents sujets, et bien d'autres, seront l'objet d'une matinale, qui se tiendra le 9 juin prochain, co-organisée par l'ANJB et l'AEFR.



[Je m'inscris ►](#)

¹³ Gde ch., 15 juill. 2021, aff. C-911/19.