

CHRONIQUE

RÉGULATION ET CONFORMITÉ



MARTINE BOCCARA
Conformité -
Protection des intérêts
Clients
BNP Paribas



**EMMANUEL
JOUFFIN**
Docteur en droit
Responsable
juridique
de banque



MYRIAM ROUSSILLE
Agrégee
des facultés de droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne
Affaires-Finance

■ LE DROIT MOU OU L'ART DE FAIRE « SUBREPTICEMENT » GRIEF

Commentaire d'Emmanuel Jouffin et Martine Boccara

Par trois arrêts des 21 mars 2016 et 20 juin 2016¹, le Conseil d'État a poursuivi la construction de sa jurisprudence sur la faculté de recours contre des actes de droit « mou », amenant la doctrine à acter « du durcissement du droit mou », ou encore de « la solidification du droit souple »².

La place grandissante de la *soft law* dans le paysage normatif français

La *soft law* – ou « droit souple » ou encore « droit mou » – prend une place grandissante dans l'ordre juridique français. Cette expression recouvre des normes aussi diverses que les directives, circulaires, avis, chartes, guides de déontologie, codes de conduite, recommandations d'autorités administratives indépendantes, lettres d'intention, déclarations internationales, résolutions... Ces textes ont, du moins en principe, pour point commun de ne pas faire grief, c'est-à-dire de ne pas créer ni modifier les droits des intéressés. À ce titre, le droit souple n'est pas directement sanctionné.

Et pourtant, ils s'imposent subrepticement aux acteurs auxquels ils s'adressent, sous le contrôle ou du moins, le risque de contrôle et de sanction, des régulateurs et superviseurs : Autorité des marchés financiers (AMF), Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

Pour ce qui concerne l'activité bancaire, l'exemple de la doctrine des régulateurs est révélateur de ces nou-

velles normes qui, sans imposer d'obligations, n'en deviennent pas moins des règles incontournables dont il devient risqué de s'écarter. L'ACPR dispose, à cet égard, d'un ensemble d'instruments juridiques³ : notices, lignes directrices, principes d'application sectoriels, positions (documents d'analyse et d'interprétation des lois et règlements), instructions et chartes de contrôle, relatifs à sa mission de contrôle, recommandations de bonnes pratiques et, enfin, approbation des codes de bonne conduite élaborés par les associations professionnelles. L'AMF a également fait œuvre pédagogique en classant ses normes par thématique, entre instructions, positions, recommandations, pratiques de marché admises et rescrits, en définissant chaque catégorie et précisant leur portée⁴.

Les régulateurs se veulent rassurants sur la portée des normes qu'ils prennent ; ainsi l'ACPR soutient que les bonnes pratiques « ne doivent pas se confondre avec les dispositions légales ou réglementaires obligatoires »⁵, que la méconnaissance des bonnes pratiques (qui peuvent être regroupées dans des recommandations) n'est pas, per se, répréhensible, qu'elle ne peut donner lieu à mise en garde qu'en présence d'une mise en danger des intérêts des clients⁶. Cela reviendrait à dire qu'un régulateur exerce un pouvoir « para-normatif », mais qu'il pourrait ensuite renoncer à en surveiller la bonne application. Il est permis d'en douter. En tout état de cause, le pouvoir de police administrative de l'ACPR vis-à-vis du contre-

1. CE 21 mars 2016, n° 368082, n° 390023 : RJDA 6/2016, p 419 ; CE 20 juin 2016, n° 384297. F. Bourcard, RDBF n° 5, septembre 2016, comm. 194. Ibid. le savant commentaire de Thierry Samin, comm. 186, « Recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un tel acte mais rejet au fond du recours en annulation » (recommandation de l'ACPR n° 2014-R-01, 3 juill. 2014).

2. Cf. « Le droit mou est-il en train de durcir ? », éditorial de J.-J. Daigre de Banque et Droit n° 167 ; N. Mathey, « Vers une solidification du droit souple », RDBF n° 3 mai 2016.

3. Site ACPR « Politique de transparence » 2011.

4. Site AMF, « Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF », juillet 2014. On notera que l'AMF dispose d'un pouvoir réglementaire.

5. Politique de transparence de l'ACPR, p. 4, § 5.

6. Art. L. 612-30, CMF.

venant prendra la forme d'une mise en garde, laquelle, si elle n'est pas suivie d'effet, pourrait alors conduire à une procédure disciplinaire. Tout ceci démontre – si besoin est – le caractère peu convaincant de ces affirmations lénifiantes⁷.

L'AMF de son côté affirme que la recommandation « ne revêt pas de caractère impératif » et que « d'une manière générale, le non-respect d'une recommandation ne peut, en lui-même, caractériser une violation de la réglementation ». Mais elle admet que « le fait de se conformer à une recommandation contribue généralement à nourrir une présomption de conformité à la réglementation. Dans certains cas, les dispositions d'une recommandation peuvent, compte tenu des circonstances de l'espèce, constituer l'un des éléments d'appréciation pris en compte dans le traitement d'un cas individuel, par exemple une demande de visa ou d'agrément⁸. »

Une évolution soulignée par le Conseil d'État

Le Conseil d'État avait mis en exergue, dès 2013⁹, l'importance du droit souple dans les nouveaux modes d'action des autorités de régulation. Son étude prend la mesure « du phénomène »¹⁰, décrit le développement du droit souple et en propose une définition, qui repose sur trois éléments cumulatifs : l'acte a pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; il ne crée pas en lui-même de droits ou d'obligations pour les destinataires ; il présente, par son contenu et son mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui l'apparente aux règles de droit.

Le Conseil d'État, par la voix de son vice-président, Jean-Marc Sauvé, affirmait alors qu'« il n'existe aucune contradiction entre la reconnaissance du droit souple ainsi que son expansion et une meilleure qualité du droit. En donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilités, le droit souple contribue à oxygéner notre ordre juridique. Par un emploi raisonné, il peut pleinement contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation. » Mais il mettait aussi en avant la nécessité d'atténuer « la rigueur du principe selon lequel seuls les actes créant des obligations sont susceptibles de recours », en admettant, que des instruments de droit souple peuvent faire grief au vu de leur formulation impérative ou de leurs effets, ce qui justifie par là même le contrôle du juge¹¹.

Si l'étude marquait un premier pas dans la reconnaissance officielle du droit souple, elle affirmait aussi la nécessité d'exercer dans certaines situations un contrôle

judiciaire¹².

Il faut savoir que la même question se pose sur le plan européen, au sujet des orientations et recommandations des autorités européennes de supervision (AES). Celles-ci, bien que non juridiquement contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques à l'égard des tiers. Dès lors, peuvent-elles faire l'objet d'un recours en annulation devant la CJUE, alors même que le texte fondateur ne prévoit pas de voies de recours¹³ ?

Des inquiétudes légitimes...

Si le développement du droit souple paraît inéluctable, avec l'imprimatur d'une certaine opinion qui lui reconnaît des « effets positifs » dans la voie de la contribution « au renouvellement de l'État, par un élargissement de la gamme des moyens d'action des Pouvoirs Publics »¹⁴, il suscite aussi des inquiétudes légitimes, soulignées par l'étude du Conseil d'État : il y est question de « dégradation des qualités attendues du droit, telles que la clarté et la sécurité juridique », de « contournement des institutions démocratiques », le développement du droit souple étant souvent regardé « comme un symptôme de la dégradation de la norme, et ce faisant de l'affaiblissement de l'État »¹⁵.

Entre autres critiques, il est reproché à ces normes de vider de leur portée les habilitations législatives au profit du pouvoir réglementaire¹⁶ et d'apporter des limitations à la liberté contractuelle en violation de l'article 34 de la Constitution. En agissant par la voie du droit souple, le régulateur s'arrogé un pouvoir réglementaire général n'appartenant qu'au Premier ministre en application de l'article 21 de la Constitution.

Les opérateurs du monde bancaire sont particulièrement inquiets du développement de ce corpus de règles, dont ils ne maîtrisent ni la portée ni les coûts et qui rajoute des contraintes supplémentaires à celles découlant d'une réglementation déjà foisonnante et complexe.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu le recours contre une recommandation de l'ACPR.

Le recours contre la recommandation de l'ACPR sur la distribution des contrats d'assurance vie

La recommandation de l'ACPR n° 2014-R-01 relative aux conventions conclues entre les entreprises d'assurance et les intermédiaires en assurance¹⁷, a

7. Article L. 612-30 du Code monétaire financier sur les mesures de police administrative de l'ACPR.

8. « Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF » précité.

9. Étude annuelle du Conseil d'État « Le droit souple », La Documentation française, coll. « Études et documents », mai 2013 : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2013-Le-droit-souple> ; première partie de l'étude « Prendre acte de l'omniprésence du droit souple, 1.1. Le droit souple, un phénomène très présent ».

10. Selon l'expression utilisée dans l'étude.

11. Première partie de l'étude du Conseil d'État : « Prendre acte de l'omniprésence du droit souple, 1.1. Le droit souple, un phénomène très présent ».

12. Rapport annuel du Conseil d'État précité : « Le juge administratif en tout cas ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations ; il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir, dont on a vu l'effectivité tout au long de cette étude, à l'abri de tout contrôle juridictionnel. »

13. Le tribunal de première instance de l'UE avait eu à connaître d'un recours introduit par le Royaume-Uni à l'encontre du cadre de surveillance de l'euro système. Le tribunal avait déclaré le recours recevable.

14. Étude du Conseil d'État précitée.

15. Parmi les opposants, le Parlement européen a ainsi adopté en 2007 une résolution critiquant de manière véhémente le recours aux « instruments juridiques non contraignants ».

16. Sur la prévalence du pouvoir réglementaire gouvernemental sur celui d'autres autorités, cf. Cons. const. 25 février 1982, décisions n° 82-137 et 82-138 DC.

17. Recommandation n° 2014-R-01 du 3 juillet 2014 de l'ACPR sur les conventions concernant la distribution des contrats d'assurance vie ; ce pouvoir de recommandation s'exerce en vertu de l'article L. 612-29-1, al. 2, du Code monétaire

fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir formé par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), à laquelle s'étaient joints la Chambre syndicale des courtiers d'assurances (CSCA), le Groupement des entreprises mutuelles d'assurance (GEMA) et la Fédération bancaire française (FBF).

Les requérants soutenaient que, sous couvert d'une simple recommandation, l'ACPR avait en réalité produit un document de portée normative. En effet, l'article L. 132-28 II du Code des assurances renvoie à un décret en Conseil d'État les modalités d'application de l'obligation légale de conclure une convention, ce qui aurait dû exclure une quelconque intervention normative de l'ACPR sur ce sujet. Le grief était également fait à l'ACPR d'ajouter¹⁸ au corpus de règles relatives aux conventions entre assureur et intermédiaire, domaine relevant également du domaine réglementaire puisque l'article L. 132-28 du Code des assurances renvoie aux articles R. 132-5-1 et R. 132-5-2 du même code le soin d'organiser ces relations.

Il était demandé en conséquence à la Haute Juridiction d'annuler la recommandation n° 2014-R-01 précitée.

Par un arrêt du 20 juin 2016, le Conseil d'État a déclaré recevable l'action des requérants, mais a rejeté leur recours. Cet arrêt, qui fait suite à deux arrêts du 21 mars 2016¹⁹ rendus dans le même sens trois mois auparavant, marque une évolution importante de la jurisprudence du Conseil d'État sur les recours contre des actes de droit souple²⁰. Pour mesurer l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, il est nécessaire de replacer cet arrêt dans son contexte.

Un nouveau pas dans la construction jurisprudentielle

Le Conseil d'État avait précédemment admis que le droit souple pouvait faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir lorsqu'il produit des effets de droit.

Après avoir jugé qu'une recommandation de la Haute Autorité de santé (HAS) ne pouvait être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir²¹, le Conseil d'État a opéré un revirement de jurisprudence en jugeant que les recommandations de bonnes pratiques professionnelles faisant grief aux motifs « qu'eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du Code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données

acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »²².

Quelques mois plus tard, cette même juridiction jugeait que « les prises de position et recommandations que l'Autorité de la concurrence formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief, il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »²³.

Dans les arrêts de mars 2016, les actes contestés ne répondaient pas à ces critères.

La première affaire, jugée le 21 mars 2016, visait des communiqués de presse publiés par l'AMF sur son site Internet dans la rubrique « Mises en garde », par lesquels celle-ci invitait les investisseurs à la prudence quant à des placements immobiliers proposés par une société avec des perspectives de rendement élevées. Selon la formulation utilisée, « ces placements sont souvent commercialisés en France de manière très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques en capital encourus ».

La seconde affaire mettait en cause une délibération de la Commission permanente de l'Autorité de la concurrence et une lettre du président de cette Autorité, qui prenaient position sur une demande du Groupe Canal Plus concernant l'incidence d'une fusion des plateformes propriétaires de Numericable et de SFR.

Dans la mesure où, ni les communiqués de presse de l'AMF, ni la prise de position et la lettre de l'Autorité de la concurrence ne faisaient grief, un contrôle de légalité était délicat à envisager.

Mais, et c'est l'enseignement de ces arrêts, le Conseil d'État a considéré qu'ils pouvaient néanmoins faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par un requérant justifiant 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 ».

C'est en raison de leur impact, de nature à influencer fortement les acteurs des marchés concernés, par la publicité qui en était faite et la qualité de leur auteur, qu'ils doivent être susceptibles de recours. Le principe étant posé, le contrôle du juge doit porter, en dehors de la question de la recevabilité du recours, sur « les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ».

Ces arrêts viennent confirmer la reconnaissance d'une « magistrature d'influence » du droit mou, bien que dans les affaires en question, le Conseil d'État ait rejeté les recours qui lui étaient soumis²⁴.

et financier : « L'Autorité peut constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle. » La recommandation ACPR n° 2014-R-01 a été clonée par l'ACPR dans une « position recommandation » n° 2014-05, relative aux « Conventions concernant la distribution d'instruments financiers », laquelle n'a pas fait l'objet de recours.

18. 4^e partie de la recommandation.

19. Cf. renvoi 1.

20. F Chaltiel, « La recevabilité des recours contre des actes de droit souple (À propos des décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016) », *Petites Affiches* 185-186/2016, pp. 11-22; François Boucard, « Le nouveau recours contre les actes de droit souple : mode d'emploi », *Banque et Droit* n° 169, sept.-oct. 2016, pp. 4-6; « Le droit souple : quelle portée et quels contrôles ? » *Revue Banque* n° 797, p. 82.

21. CE 12 oct. 2009, n° 322784.

22. CE 27 avril 2011, n° 334396.

23. CE 11 octobre 2012 n° 357193.

24. Pour rejeter les recours qui lui étaient soumis, le Conseil d'État a considéré, dans l'affaire n° 368082, qu'il « appartient à l'Autorité des marchés financiers de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de

C'est dans ce contexte qu'a été rendu l'arrêt du 20 juin 2016. Le Conseil d'État a déclaré recevable l'action des requérants sur le même fondement que dans ses arrêts précédents, reconnaissant en l'espèce que la recommandation a pour objet d'inciter les entreprises d'assurance et les intermédiaires, à modifier sensiblement leurs relations réciproques.

Il a toutefois rejeté leur recours, estimant que les recommandations émises par l'ACPR visaient uniquement à « inviter » les professionnels du secteur concerné à adopter des règles de bonne pratique professionnelle en matière de distribution des contrats d'assurance vie, en leur laissant la faculté d'adopter d'autres pratiques qui préserveraient de façon équivalente les intérêts de leurs clients. Dès lors, lesdites recommandations ne présentaient pas de caractère impératif et n'avaient pas vocation à modifier l'ordonnement juridique. Pour les magistrats, cet acte n'édictant pas des règles nouvelles relevant du domaine de la loi ou du règlement, l'ACPR était donc compétente pour le formuler. Au soutien de ce rejet, on peut souligner que l'article L. 612-39 du CMF²⁵, siège du pouvoir répressif de l'ACPR, ne fait aucune référence aux recommandations. Toutefois, au-delà de la lettre de ce dernier texte, imaginer que le superviseur bancaire puisse produire des normes dont il renoncerait à vérifier et, éventuellement, sanctionner l'effectivité relève de l'ingénuité.

Le constat

Sous couvert d'officialiser leur politique, de préciser l'interprétation de la règle, les régulateurs et superviseurs s'octroient une liberté certaine dans l'élaboration des normes en multipliant les formes d'intervention et

en s'arrogeant un pouvoir réglementaire dont ils sont, de droit, dépourvus²⁶. Leur catégorisation en tant que *soft law* n'est pas convaincante en raison de l'ambiguïté relative à leur portée et à la magistrature morale des autorités desquelles elles émanent, lesquelles détiennent en tout état de cause un pouvoir de police administrative et de sanction²⁷.

En acceptant de se livrer à un contrôle de légalité approfondi sur les actes de droit souple, le Conseil d'État confirme – si besoin en était – que ces actes peuvent « faire grief » en dépit de leur absence de valeur obligatoire.

Ne faut-il pas y voir une évolution inéluctable du rôle des régulateurs ? Entre droit dur et juge, ils ont endossé le rôle de « vigie », celui qui alerte, qui met en garde, qui recommande, avec l'objectif de préserver les intérêts privés, ceux des contractants et des clients des personnes qu'ils contrôlent et, *in fine*, l'intérêt général. Les crises récentes (et notamment celle des subprimes), qui ont mis en évidence certaines dérives largement commentées et sanctionnées, leur ont permis d'occuper ce positionnement.

Les entreprises sont tenues de se conformer à ce nouveau droit ou, si elles ne le font pas à la lettre, de pouvoir en expliquer la raison : « se conformer ou s'expliquer », traduction littérale du « *comply or explain* », que l'on ne retrouve plus seulement dans le droit international des sociétés cotées. Les services de Conformité des banques, vigilants dans l'application de la réglementation en ce compris les normes des régulateurs, en ont pris leur parti. Ainsi, comme le constatait Marie-Anne Frison-Roche, c'est aussi par l'autorégulation, par l'internationalisation de la contrainte, que le droit mou se durcit²⁸.

Si le superviseur est une vigie, il ne lui reste plus qu'à exercer sa mission en évitant de se muer en législateur. Il serait ainsi de bon goût que la mention d'une date d'application n'agrément plus des documents supposés ne pas faire grief²⁹. ■

certain types de placements ou de pratiques financières risqués » et que « les communiqués attaqués ne sont entachés d'aucune des inexactitudes alléguées par les sociétés requérantes » ; en conséquence, l'AMF n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil a considéré, dans l'affaire n° 390023 que l'Autorité de la concurrence est compétente pour veiller à la bonne exécution de ses décisions, notamment en modifiant la portée pratique d'une injonction ou d'une prescription en fonction de l'évolution du marché et que pour édicter sa prise de position, la procédure suivie par l'AC avait respecté les droits de la défense.

25. Une sanction peut viser un professionnel enfreignant « une disposition législative ou réglementaire au respect de laquelle l'Autorité a pour mission de veiller ou des codes de conduite homologués applicables à sa profession, n'a pas remis à l'Autorité le programme de rétablissement demandé, n'a pas tenu compte d'une mise en garde, n'a pas déféré à une mise en demeure ou n'a pas respecté les conditions particulières posées ou les engagements pris à l'occasion d'une demande d'agrément, d'autorisation ou de dérogation prévue par les dispositions législatives ou réglementaires applicables [...] ».

26. Hormis le cas de l'AMF. Pour l'absence de pouvoir réglementaire de l'ACPR, cf. CE 30 juin 2016, 9^e et 10^e ch. réunies, n° 382822, *Crédit Agricole SA et al.*, spéc. consid. 5).

27. Magistrature morale d'autant plus efficace qu'une recommandation peut conduire, via une mise en garde (art. L. 612-30 du CMF) non suivie d'effet, à une sanction sous le visa de l'article L. 612-39, alinéa 1^{er}, du CMF.

28. Marie-Anne Frison-Roch, « Le droit de la compliance », *Dalloz* 2016, p. 1871.

29. Th. Bonneau, « L'ACP, un législateur occulte ? », *RDBF* janvier 2013, repère 1. Au risque d'ailleurs de porter atteinte au principe constitutionnelle de liberté contractuelle puisque concernant des contrats en cours d'application (argument toutefois rejeté par le Conseil d'État).