



La *soft law* ou « droit souple » :

**Typologies, portée normative et contrôle
juridictionnel
Jeudi 9 juin 2022**

I - Les typologies de « droit souple »

Stéphane GERRY VERNIERES

Professeure de droit privé et sciences criminelles, *Université Grenoble Alpes*
Vice-doyenne en charge des affaires pédagogiques et de la professionnalisation
Co-directrice de l'Institut d'études judiciaires

Emmanuel JOUFFIN

Responsable du Département Veille réglementaire, *La Banque Postale*

01. Aux origines du droit souple



Le droit souple dans la doctrine du Conseil d'Etat : d'un droit souterrain à un droit utile et pertinent

Rapport du Conseil d'Etat pour 2006, Sécurité juridique et complexité du droit

Rapport du Conseil d'Etat pour 1991

Dangers du droit souple

« avènement d'un droit mou, d'un droit à l'état gazeux »
« droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique »

Première série de critiques : I développement du droit souple marquerait une dégradation des qualités attendues du droit, telles que la clarté et la sécurité juridique.

Deuxième série de critiques : idée le contournement des institutions démocratiques.

Rappr. Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law) une résolution critiquant de manière véhémente le recours aux « instruments juridiques non contraignants »

Rapport du Conseil d'Etat pour 2013, Le droit souple

Oxygénation du droit dur, instrument des politiques publiques, Outil d'auto-régulation

Devant l'omniprésence du droit souple, le Conseil d'Etat fait le choix de l'envisager comme un **outil utile**, comme une manière d'**oxygéner le droit dur**.

Sans ignorer les risques que le droit souple fait peser sur la démocratie, les auteurs du rapport préconisent **une doctrine d'emploi du droit souple** pour en faire un allié du droit dur.

Aussi bien, dans l'environnement juridique contemporain, **le déploiement du droit souple, phénomène inéluctable, apparaît désormais utile à condition d'en encadrer l'utilisation.**

Définition du droit souple

Définition proposée dans le Rapport du Conseil d'Etat pour 2013, Le droit souple

Il s'agit de l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives :

- 1/ ils ont pour objet de **modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion** ;
- 2/ ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- 3/ ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

Implication

Echelle de normativité graduée : du droit souple au droit dur

A. DROIT SOUPLE <i>ne crée pas directement d'obligation</i>	Droit souple non reconnu par le droit dur Droit souple bénéficiant sous diverses formes d'une reconnaissance par le droit dur (prévu par un texte, homologué par une autorité publique, susceptible de recours devant le juge, pris en compte par le juge) n'allant pas jusqu'à leur conférer une portée obligatoire	normativité graduée
B. ENTRE DROIT SOUPLE ET DROIT DUR <i>existe une gamme d'instruments à portée normative graduée</i>	Obligation de justifier les écarts par rapport à l'instrument Obligation de prouver sa conformité au droit dur lorsque l'on s'écarte de l'instrument, qui crée une présomption de conformité Obligation d'être compatible avec l'instrument	
C. DROIT DUR <i>crée des obligations de conformité</i>	Instruments de droit souple auxquels le droit dur confère une portée obligatoire Droit dur traditionnel	

Définition du droit souple : qui trop embrasse mal étreint ?

Des frontières incertaines

1/ Frontière entre droit dur et droit souple incertain.
Mouvement accentué par la juridicisation du droit souple.

2/ Frontière entre droit souple et non droit incertain.
Mouvement inéluctable en raison de la perméabilité de la norme de droit dur à des préoccupations éthiques et/ou techniques (données financières, comptables, etc.).

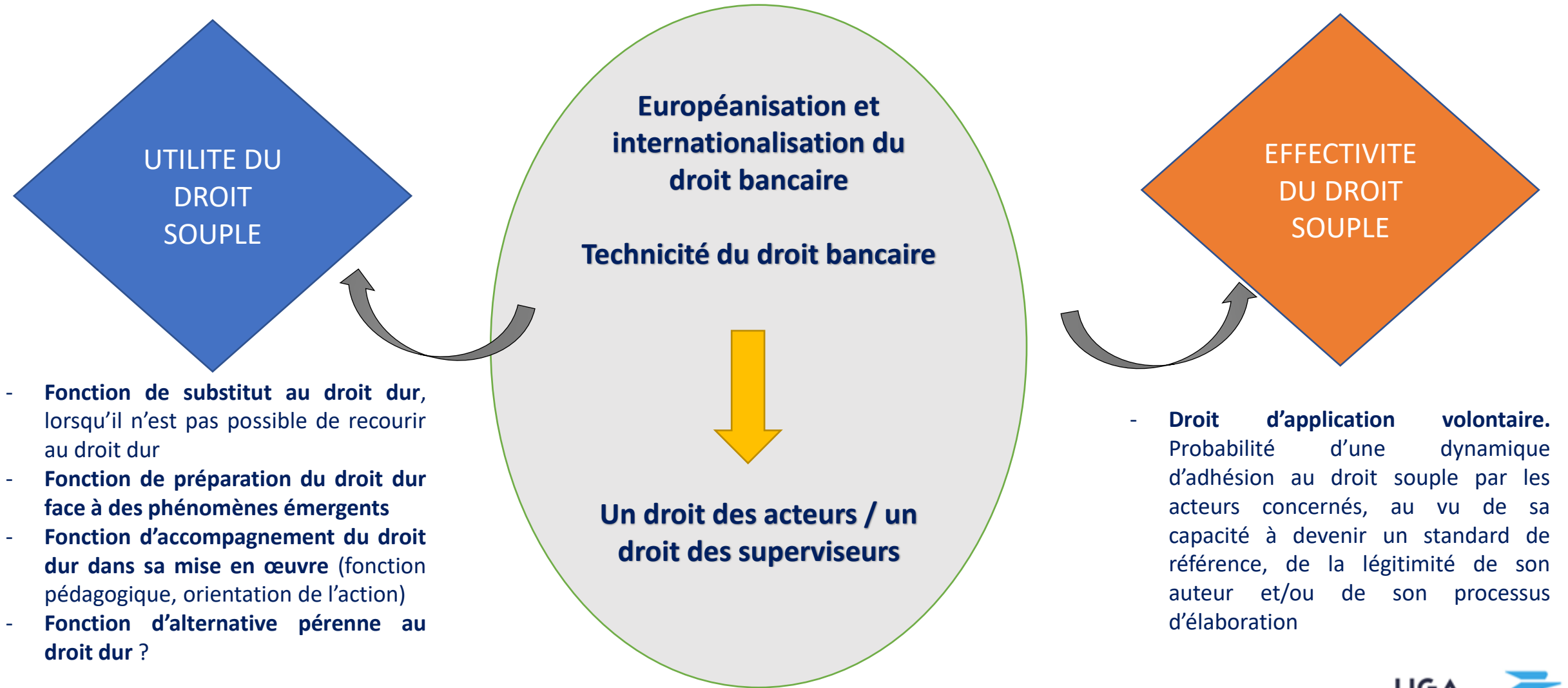
Des enjeux identiques mais emportant des remèdes différents

1/ Légitimité du droit souple « public » ne se pose pas dans les mêmes termes que la légitimité du droit souple « privé »

2/ Accessibilité du droit souple « public » ne repose pas sur les mêmes leviers que la légitimité du droit souple « privé »

3/ Contrôle du droit souple « public » ne repose pas sur les mêmes outils que ceux du droit souple « privé ».

Le droit bancaire : un terrain propice au développement du droit souple



- **Fonction de substitut au droit dur**, lorsqu'il n'est pas possible de recourir au droit dur
- **Fonction de préparation du droit dur face à des phénomènes émergents**
- **Fonction d'accompagnement du droit dur dans sa mise en œuvre** (fonction pédagogique, orientation de l'action)
- **Fonction d'alternative pérenne au droit dur ?**

- **Droit d'application volontaire.** Probabilité d'une dynamique d'adhésion au droit souple par les acteurs concernés, au vu de sa capacité à devenir un standard de référence, de la légitimité de son auteur et/ou de son processus d'élaboration

Les mutations du droit souple

Des comités aux autorités européennes de surveillance

Le processus Lamfalussy (2001) : comitologie

Comités d'experts participant à l'élaboration des normes

4 niveaux :

- **Niveau 1** : adoption de principes cadres par voie de directive ou de règlement par le Conseil et le Parlement selon la procédure de codécision
- **Niveau 2** : adoption de mesures d'exécution par voie de règlement ou de directive de la Commission
- **Niveau 3** : mise en place d'un réseau de régulateurs européens pour renforcer leur coopération et assurer une transposition efficace des actes législatifs adoptés au niveau 1 et 2
- **Niveau 4** : contrôle renforcé de l'application de la législation européenne accompagné d'une coopération renforcée entre les Etats membres, leurs autorités de régulation et le secteur privé

2010

Les autorités européennes de surveillance

Trois autorités sectorielles

- Autorité bancaire européenne
- Autorité européenne des marchés financiers
- Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles

+ **Approche intersectorielle** : comité mixte des autorités européennes de surveillance et système européen de surveillance financière (SESF)

Actes de droit souple

- **Orientations et recommandations** : Un droit souple au service de pratiques de surveillance cohérentes adossée à des outils assurant son effectivité (technique du comply or explain/name and shame)
- **Questions and answers (Q&A)** : un droit souple au service de pratiques communes dans un contexte de complexification du droit
- **Manuels de surveillance européen** : un droit souple établissant les meilleures pratiques en matière de surveillance ainsi que des méthodologies et des procédures de grande qualité

Les mutations du droit souple

Dialectique des sources privées/para-publiques

Ex. de la protection de la clientèle

Codes de conduite

Codes élaborés par des associations professionnelles



ACPR « approuve » les codes

Bonnes pratiques professionnelles

Pratiques des professionnels



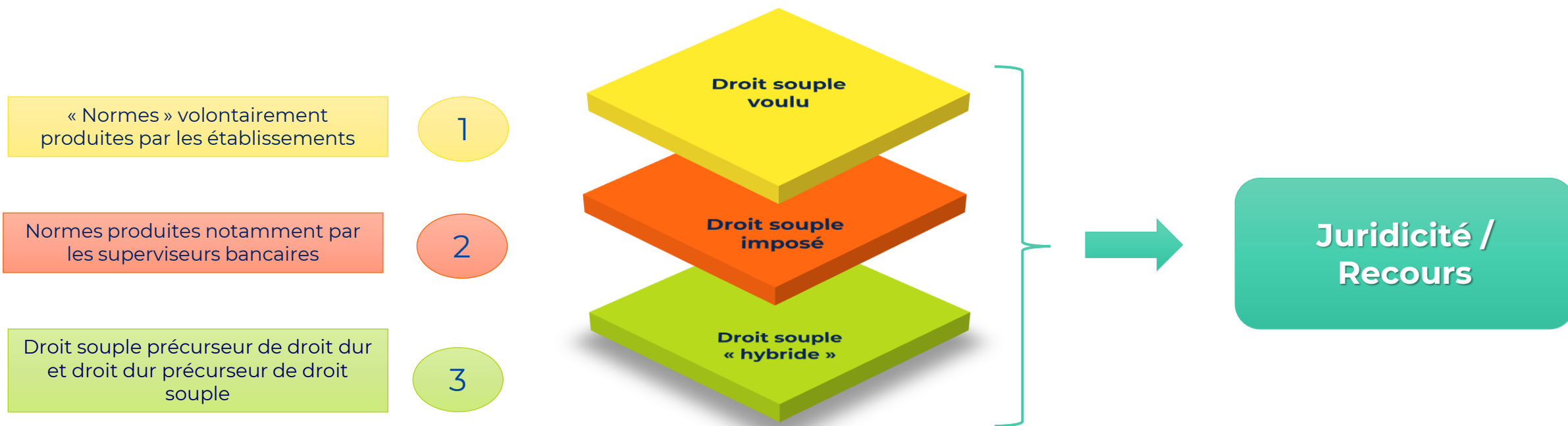
ACPR :

- « constate » l'existence de bonnes pratiques professionnelles
- « formule » des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle

02. Petite sociologie du droit souple - Présentation



Les différents droits souples



Le droit souple : Les préoccupations des professionnels

Être un professionnel diligent

La connaissance de « l'état de l'art »

« ... Niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est **raisonnablement censé faire preuve** vis-à-vis du consommateur, conformément **aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité** ». Directive n° 2005/29/CE, article 2- h.

Cour de cassation Cass. Civ. 3ème ch., 4 février 1976, Bull. civ. III, n° 49 :
"l'existence d'une norme permet de représenter un état de l'art dans le domaine auquel elle se rapporte".

Une libre appréciation par les juges

- Cass. Crim. 17 janvier 1996 : Bull. Crim. 1996, n° 30. Les "juges du fond ont tout pouvoir pour reconnaître ou dénoncer l'existence d'un usage".

Prévention des risques

Risque réputationnel

« *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...* »

Traduction non-officielle-Comité de Bâle, Enhancements to the Basel II Framework, July 2009, § 47 et s.

Risque disciplinaire

- Pouvoir de mise en garde de l'ACPR s'agissant de "*pratiques susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients...*", dès lors que ces pratiques "*portent atteinte aux règles de bonne pratique de la profession concernée*". Art. L. 612-30 du CMF

Risque de conformité

« *Risque de non-conformité : le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, [...] qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, [...]* »

Article 10 p – arrêté contrôle interne du 3 novembre 2014.

Le droit souple voulu ... Un peu d'histoire

Des usages bancaires

Usages conventionnels (par opposition à la coutume)

- Les parères **constatant un usage professionnel : 32 parères (depuis 1803)** dont la plupart ont perdu toute raison d'être ou intérêt.
- Plus aucun parère depuis 1999.
- Raisons de cette disparition :
 - dimension corporatiste,
 - accessibilité médiocre,
 - inflation législative et réglementaire laissant de moins en moins de place aux usages conventionnels.

Cf. Th Samin : *L'ancienne pratique des parères en matière bancaire*, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2020, dossier 22

Aux codes d'entreprises

Diverses appellations ...

- Code de conduite, charte éthique, code de bonne conduite, code déontologique, code général de principes

Un même objectif

- Marquer l'adhésion collective aux valeurs de l'entreprise, laquelle est partie intégrante de la société civile
- Manifester l'intérêt de l'entreprise pour les préoccupations de la société civile

Un contenu identique : Un mélange d'éthique et de juridique

- **Des rappels déclaratif renvoyant plus ou moins directement à des textes de droit dur** : Reprise des principes de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, du Pacte International des droits civils et politiques, des principes directeurs de l'OCDE, du Global Compact, de la loi Sapin II...
- **Des prescriptions comportementales à la charge des salariés en fonction des « valeurs » de l'entreprise**

Droit souple voulu, subi ou hybride



Le droit souple voulu ... un droit dur qui s'ignore

L'apparition de nouveaux risques : des engagements qui engagent

☐ CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278 -

Total : affaire du naufrage du pétrolier Erika

- « Il est reproché à la SA Total d'avoir **contrevenu à ses propres règles Vetting**, en acceptant l'Erika [alors que ces règles Vetting imposaient des contrôles annuels des pétroliers et que la dernière inspection de l'Erika par les services de Total avaient eu lieu depuis plus d'un an].
- La société Total observe, pour justifier cette situation, que **ce délai n'est qu'indicatif**, qu'il s'agit d'une règle qu'elle s'est imposée à elle-même, qu'il lui était loisible [sous-entendu légalement] d'affréter des navires que le service Vetting n'avait pas inspectés.
- **C'est oublier que le 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 [...]** ».

☐ Cass. Ch. mixte, 6 sept. 2002, D. 2002. 2963.

- L'article 1300 du Code civil vise les « quasi-contrats » qui « sont des faits purement volontaires dont il résulte [...] parfois un engagement de leur auteur envers autrui ».
- Notion de « **création d'illusion** ».

☐ Affaire SAMSUNG c/ UFC QUE CHOISIR

- **Reproche** : afficher des engagements éthiques sur les droits des travailleurs non respectés
- Pour la première fois, un juge d'instruction estime que de tels agissements relèvent des pratiques commerciales trompeuses
- Irrecevabilité de la plainte de Sherpa – Action reprise par UFC- Que choisir

☐ Droit social

- Art. L1321-5 du Code du travail : **tout document portant prescriptions générales et permanentes dans divers domaines** [hygiène, sécurité, discipline] est, lorsqu'il existe un règlement intérieur, **considéré comme une adjonction à ce règlement intérieur**.

Le droit souple subi

Le droit « semi-souple » des superviseurs

Une juridicité à géométrie variable

Lignes directrices de l'EBA –

Absence « apparente » de juridicité des lignes directrices

☐ Lignes directrices sur la gouvernance des produits de banque de détail : [CJUE 15 juillet 2021](#)

- Sont libellées en des **termes non impératifs** (§40),
- les autorités compétentes et les établissements financiers **ont la faculté de ne pas les respecter sous réserve d'en indiquer les raisons** à l'ABE (§41, 43 et 44),
- Les LG sont émises sous le même régime juridique que des « recommandations » lesquelles **ne lient pas leur destinataire** (article 288 TFUE) (§41)

MAIS :

- « ... *les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations* » (§ 1 des lignes directrices).+

Production de l'ACPR - Juridicité variable

- ☐ **Positions** : exposent la manière dont l'ACPR **analyse le texte et dont il doit être appliqué** par les organismes soumis à son contrôle ([politique de contrôle ACPR](#))

v/s

- ☐ **Note d'enseignement** (mai 2022) :
« Commercialisation de produits d'épargne et d'instruments financiers sur Internet » issue du pôle commun ACPR AMF

Théorie des effets notables

(arrêts *Fairvesta International GmbH* [CE 21 mars 2016, 368082] et *Numericable* [CE 21 mars 2016, 390023])

Le Conseil d'État estime qu'un acte peut faire l'objet d'un **recours pour excès de pouvoir** s'il est :

« **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 ».

Le droit souple hybride

Droit souple précurseur de droit dur et droit dur précurseur de droit souple

Droit souple précurseur de droit dur

Parmi les 15 mesures du Comité Consultatif du Secteur Financier (CCSF) du 9 novembre 2004 pour l'amélioration des relations des français avec leurs banques : **engagement sur l'accroissement des obligations informatives lors du rejet d'un chèque pour défaut de provision** :

Cet engagement a pris corps dans l'article L. 131-73 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier.

Droit dur précurseur de droit souple

- ❑ Art. 1883 Code civil : La société est gérée dans son intérêt social, en prenant **en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité**.
- ❑ Art. 1835 Code civil : Les statuts peuvent préciser une **raison d'être**, constituée des **principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité**.
- ❑ Art. L. 210-10 Code Civil : statuts précisant un ou plusieurs **objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre** dans le cadre de son activité
- ❑ Article 13-1° du Règlement « disclosure » n° 2019/2088 du 27 novembre 2019 : « *durabilité dans le secteur financier (application 10 mars 2021)* » : les communications ne doivent pas contredire les informations publiées en vertu du règlement disclosure.

Droit « souple-dur »

- ❑ [Loi 2021-1104 du 22 août 2021 climat et résilience](#) – art 14

L'ARCOM (Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique) promeut « **des codes de conduite** » appelés « **contrats climats** » dont l'objet est notamment la **prévention de communications « optimistes »** au sujet de l'impact environnemental

Ces codes sont :

- **obligatoires** pour certaines activités
- **sanctions** : name & shame + sanction de 30.000€

Merci de votre attention

