

David LOVATO

Master 2 Recherche
Secteur Financier

LES NORMES PRUDENTIELLES

Droit privé



UNIVERSITÉ
TOULOUSE 1
CAPITOLE

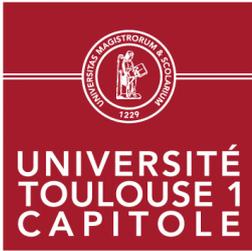
INSTITUT
FÉDÉRATIF
de
RECHERCHE
Mutation des
normes juridiques

Directeur du mémoire :
Sébastien NEUVILLE

Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2016 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



David LOVATO

Master 2 Secteur Financier

Année universitaire 2015/2016

SUJET DU MÉMOIRE

LES NORMES PRUDENTIELLES

DIRECTEUR DU MÉMOIRE : Monsieur Sébastien NEUVILLE
Professeur des Universités

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - www.ut-capitole.fr

L'Université Toulouse 1 Capitole n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes remerciements à Monsieur le Professeur Sébastien Neuville non seulement pour m'avoir offert ce sujet jusqu'alors peu exploré mais encore pour la confiance et le soutien dont il m'a gratifié au long de ces mois de recherche.

Que soit en outre remercié mon ami et condisciple Thomas Puech pour ses conseils avisés et sa bienveillance.

Je souhaiterais aussi remercier mes très chers amis Justine Gago, Alisson Lledo, Barbara Cecotti, Sarah Bourgeat, Pierre-Yves Balanant et Thomas Bruneau pour leur présence et leur soutien.

J'adresse ma reconnaissance à mes relectrices Justine Gago, Pénélope Ferrer, Barbara Cecotti, Alisson Lledo, et mon relecteur Thomas Lovato.

PREFACE

Lorsque le Cercle de Vienne se réunit dans la première moitié du vingtième siècle, la science semble parvenir à dépasser la philosophie de manière définitive. Après des siècles de lutte, l'empire de la technique triomphe, car le monde n'est en apparence rien de plus que ce qu'en dit la science.

Alors que les systèmes philosophiques paraissent multiples, discordants, incertains, aléatoires, la science devient, quant à elle, le type-même de la connaissance : elle est le lieu de la certitude alors que la philosophie ou le droit relèvent plutôt de l'opinion. On comprend dès lors que le positivisme ait cherché à rendre scientifique la règle juridique pour éviter toute incertitude.

La norme prudentielle n'est-elle donc pas l'aboutissement de ce positivisme lorsqu'elle cherche à *juridiciser* une technique ? Telle est la tâche à laquelle s'attèle Monsieur David Lovato lorsqu'il s'empare d'un sujet d'une redoutable complexité et dont les contours relèvent autant de la théorie du droit que du droit financier, de la réflexion sur la norme que de l'incidence de la technique. Cette technique dont il s'agit ici n'est plus celle de Galilée ou de Gustave Eiffel ; elle s'incarne dans des pratiques bancaires et financières ; elle s'inscrit dans le vaste courant de la dématérialisation.

On peut néanmoins se demander comment une simple technique financière peut acquérir une dimension juridique. C'est tout l'enjeu du travail de recherche de Monsieur Lovato. Avec force de conviction, élégance de plume et vaste culture tant générale que juridique, l'auteur emmène le lecteur au sein des réseaux de la régulation, qu'elle soit internationale, européenne ou nationale ; il ouvre les portes des opérateurs du secteur, lesquels font preuve d'un grand pragmatisme pour répondre aux évolutions.

Pour autant, l'essor de la norme prudentielle ne sonne-t-elle pas le glas d'une certaine pratique démocratique ? Telle est l'une des questions que se pose à juste titre Monsieur Lovato.

Il ne reste à l'auteur de ces lignes qu'à souhaiter un brillant succès à Monsieur Lovato. Déjà lauréat de l'Université à de nombreuses reprises, il n'est pas à douter qu'il saura continuer sur cette voie, lors de la rédaction de sa thèse, puis dans l'ensemble de ses travaux de recherche.

Sébastien NEUVILLE
Professeur des Universités

LISTE DES ABRÉVIATIONS FRÉQUEMMENT UTILISÉES

al.	alinéa
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AMF	Autorité des marchés financiers
APD	Archives de philosophie du droit
art.	article
Ass.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BCE	Banque centrale européenne
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
BNP Paribas	Banque Nationale de Paris Paribas
BRI	Banque des Règlements Internationaux
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C.civ.	Code civil
CÉ	Conseil d'État
CÉ Sect.	Conseil d'État section
CECEI	Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales
CERVM	Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières
cf.	se référer à
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ. (1 ^e , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
C. monét. fin.	Code monétaire et financier
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
c/	contre
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Décisions constitutionnelle
<i>Dictionnaire de la culture juridique</i> 2003	D. ALLAND, S. RIALS (dir.), <i>Dictionnaire de la culture juridique</i> , PUF, 2003
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen
Déc.	Décision
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
dir.	Sous la direction de
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
DSI	Directive 93/22/CEE du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières
éd.	édition
EMIR	European Market Instruments Regulation -
ESMA	European Supervision Market Authority - Autorité européenne des marchés financiers
FED	Federal Reserve System - Réserve fédérale américaine
FMI	Fond monétaire international

<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>idem</i>	identique
JCI.	<i>Encyclopédies JurisClasseur</i>
JCP E	<i>JurisClasseur Périodique (Semaine juridique) édition entreprises</i>
JCP G	<i>JurisClasseur Périodique (Semaine juridique) édition générale</i>
J.D.I.	<i>Journal du Droit International</i>
L.	Loi
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
MAF	Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières
MIFID	Market in Financial Instruments Directive
MIFIR	Market in Financial Instruments Reglement
not.	notamment
obs.	observations
OICV	Organisation Internationale de la Commission des Valeurs
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
PSI	Prestataire de services d'investissement
PU	Presses universitaires
PUF	Presses universitaires de France
PUSST	Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse
PUT1	Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
RDBF	<i>Revue de Droit Bancaire et Financier</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD fin.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit financier</i>
s.	et suivant(e)s
SGP	Société de gestion de portefeuille
T.	Titre
t.	tome
th.	thèse
trad.	traduction
V.	Voir
V°	<i>verbo</i>
<i>Vocabulaire juridique</i>	G. CORNU (dir.), <i>Vocabulaire juridique</i> , PUF, 10 ^e éd. 2014
vol.	Volume

SOMMAIRE

(Une table détaillée figure à la fin de l'ouvrage).

REMERCIEMENTS

PRÉFACE

LISTE DES ABRÉVIATIONS

INTRODUCTION

PARTIE 1. LES CARACTÈRES DE LA NORME PRUDENTIELLE

TITRE 1. LA TECHNICITÉ

CHAPITRE 1. LES PRATIQUES CRÉATRICES

CHAPITRE 2 : LES VECTEURS INSTRUMENTAUX

TITRE 2. LA NORMATIVITÉ

CHAPITRE 1. L'ÉMISSION DE LA RECOMMANDATION PRUDENTIELLE

CHAPITRE 2. LA CONVERSION EN NORME PRUDENTIELLE

PARTIE 2. LES INCIDENCES DE LA NORME PRUDENTIELLE

TITRE 1. LES INCIDENCES BÉNÉFIQUES

CHAPITRE 1. LA NORME PRÉVENTIVE

CHAPITRE 2. LA NORME CURATIVE

TITRE 2. LES INCIDENCES NÉFASTES

CHAPITRE 1. LA NORME FRILEUSE

CHAPITRE 2. LA NORME CONTOURNÉE

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE

INDEX

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Florence, 1307. – Une idée n'évolue point. Le vulgaire ne varie point. La réputation de l'usurier naguère, du banquier aujourd'hui dure. Pas de Béatrice¹, pas de salut mais *L'Enfer*. Ici Dante place les Cahorsins². Le Chant XI de la *Comédie* scelle leur sort dans le septième cercle³. Les Cahorsins composent une corporation de banquiers issus de la bonne ville de Cahors dont l'expansion au XII^e siècle témoigne de leur talent. Ils allaient *de l'aube à la brune* sans couardise *convoier* sur les routes pour manier ces monnaies⁴ à l'*aloi* parfois douteux⁵. Ces gents usuriers partirent alors *finer*⁶ et diffuser leur commerce dans la Chrétienté hostile à l'usure⁷. Ce succès scelle une forme d'essor. Proposant espèces sonnantes et trébuchantes contre quelques tourments, ils endossèrent cette réputation d'êtres pauvres de scrupules, roués, âpres aux gains. Ce portrait demeure pour leur *géniture*. Il est éternel comme l'œuvre du poète. Le Moyen-Âge tardif donne les clefs des marchés financiers contemporains, pourrait-on parler de foire financière. Cette époque brillante voit la naissance des lettres de change, de la rente⁸ ainsi que l'intensification des échanges. Les Templiers, dont l'ordre fut dissous le 13 octobre 1307, augurèrent cette mécanique alors que Dante écrivait la *Divine Comédie*. Sept cents ans ont passé. L'opinion se dresse là, sentencieuse, inquisitrice à l'égard de cette masse informe, ce monstre⁹ de la finance dont la spectaculaire beauté laisse paraître des pans d'un monde redevenu plat. Ses hommes coupables d'un pacte infernal couvrent le monde d'une onde bruyante et

¹ DANTE, *Œuvres complètes - Vie nouvelle*, trad. par A. PÉZARD, Bibliothèque de la Pléiade n° 182, Gallimard, 1965.

² DANTE, *Œuvres complètes - Divine Comédie*, trad. par A. PÉZARD, Bibliothèque de la Pléiade n° 182, Gallimard, 1965.

³ DANTE, *Œuvres complètes - Divine Comédie : L'Enfer*, trad. par A. PÉZARD, Bibliothèque de la Pléiade n° 182, Gallimard, 1965, p. 484.

⁴ J. LE GOFF et J.-Cl. SCHMITT (dir.), *V^o « Monnaie »*, in *Dictionnaire raisonné de l'Occident médiéval*, 1999, p. 759.

⁵ É. PERROT, « L'argent sous les feux de la religion », in Collectif, *L'argent et le droit*, Sirey, APD, t. 42, 1998, p. 61 : « (Au-delà du principe, il visait Philippe-le-bel soupçonné de financer par ce moyen la guerre des Flandres contre les alliés du pape) ». Ce moyen étant bien entendu de limer les monnaies et de fausser les alliages desquels étaient fondues les pièces.

⁶ V. F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français : Le grand Gaffiot*, Nouv. éd. rev. et augm., Hachette, 2000. Lat. *finis* : aller au terme.

⁷ É. PERROT, « L'argent sous les feux de la religion », art. préc. : « On se souvient de la bulle *Ausculat filii* de 1301, dans laquelle Boniface VIII dénonçait les manipulations monétaires ».

⁸ P.-C. HAUTCOEUR, « Marchés financiers et développement économique : une approche historique », *Regards croisés sur l'économie*, n° 3, mars 2008, p. 159 : « Le crédit à long terme a trouvé deux voies de développement : la première est la participation à l'entreprise, la *commenda* italienne (qui a donné la commandite française, toujours en usage), [...] ; la seconde est le contrat de rente, qui n'est – spécialement grâce à une déclaration papale de 1251 – pas considéré comme un crédit (qui serait usuraire) mais comme l'échange d'un versement immédiat contre un flux de revenus, soit pour la durée de vie du bénéficiaire (rente viagère), soit perpétuellement (rente perpétuelle) ».

⁹ U. ÉCO, *Écrits sur la pensée au Moyen-Âge*, trad. par M. BOUZAHER et al., Grasset, 2016.

furieuse ; ils ne s'attirent pas la moindre pitié. Taxés de balivernes, ils *déconfient*, rapinent encore un peu plus les pauvres erres qu'ils ruinent. Ceux-là crient haro sur ces saltimbanques de deniers qui ne cessent de les laisser choir dans une misère saumâtre. Ils les affublent *violamment* de tous les maux sans comprendre l'arithmétique de ce qui fut très tôt un système¹⁰.

Partir à l'assaut de la forteresse de la Finance s'avère commun, une étude telle que celle que contient cet ouvrage doit s'engager sur d'autres voies, celles sans passion, froides qui cherchent à apprivoiser la sale bête féroce qui se débat de toutes ses forces et se drape dans les brumes effroyables. La solution est autre. Dresser un lion avec une ficelle. Son implacable logique se dérobe sans cesse, elle convulsionne.

2. La crise, les crises. – Le chaos et les cahots se juxtaposent au long de l'Histoire. L'historien incise le temps pour qu'émergent des périodes de continuité entrecoupées de ruptures. La spéculation précède les périodes de crises¹¹, lesquelles marquent les ruptures dans cette continuité.

Dans la Rome antique¹², Caton l'Ancien fustigeait déjà le règne de l'argent, l'argent qui corrompt tout jusqu'à l'âme des hommes et troublait l'équilibre du sesterce par la cupidité de quelques personnages peu reluisants. Si les Romains condamnaient ces méfaits, le substantif « crise » trouve son origine linguistique en des temps plus anciens encore¹³. Ce point étymologique montre, par l'allusion aux troubles¹⁴, que la crise est précédée de temps riches en échanges. Lointains, déjà, sont les temps des Pazzi ou des Médicis qui les évincèrent pour devenir ces princes sans couronne. Pères de deux Souverains pontifes, de deux reines de France et de richissimes argentiers, ils inondèrent de florins¹⁵ le Moyen-Âge renaissant dans un Occident retrouvant le goût pour les échanges. Ces derniers se manifestaient notamment grâce aux foires qui se tinrent de Bruges à Gênes, du Gévaudan à Constantinople. Immuable le cycle, pour d'aucuns le cercle, se trace. Aux temps de la stabilité, succèdent ceux de la spéculation qui aboutissent sur une crise. L'objet de cette dernière passe par un pari haussier ou baissier sur la valeur d'un bien, d'un produit financier de nos jours qu'il soit valeur mobilière ou titre financier. Lorsque l'appariement entre la valeur faciale et la valeur de marché

¹⁰ F. GARNIER et A. RIGAUDIÈRE, *Un consulat et ses finances. Millau (1187-1461)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2013, p. 30.

¹¹ *Vocabulaire juridique*, V° « Crise », sens 1 : « Situation troublée (souvent conflictuelle) qui, en raison de sa gravité, justifie des mesures d'exception » ; sens 2 : « Parfois syn. de pénurie ». Le génie de cette définition et sa profonde sagacité résume par la mise en perspective qu'elle les deux temporalités des crises notamment économiques et financières. Des troubles sur les marchés découlent des sévérités prudentielles qui génèrent un tarissement de certains secteurs.

¹² L. JERPHAGNON, *Histoire de la Rome antique*, in *Les armes et les mots*, Bouquins, Robert Laffont, 2012, p. 43.

¹³ A. BAILLY, *Dictionnaire Grec-Français - Le Grand Bailly*, Éd. rev., Hachette, 2000. V° « Κρίσις ».

¹⁴ V. note 11. Sens 2.

¹⁵ J. DÉRENS, « FLORIN », in *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 6 juill. 2016 : « En 1252, Gênes et Florence renouèrent avec la frappe de l'or interrompue dans l'Occident chrétien depuis la décadence carolingienne. Le florin, qui doit son nom à la ville de Florence, fut frappé à la taille de huit à l'once d'or, avec l'effigie de saint Jean-Baptiste sur le droit et le lis sur le revers ».

Site Encyclopédie Universalis : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/florin/>.

devient trop éloigné¹⁶ naît une bulle spéculative. La disruption entre le prix et la valeur réelle d'un bien résulte d'une volonté plus ou moins consciente des acteurs du marché, des opérateurs dans une acception contemporaine. Prenant une ampleur trop impérieuse, cette distanciation entre les valeurs d'un même bien parvenant à un paroxysme, un consensus de marché¹⁷ se forme. Le consensus annihile les contradictions de marché dont le rôle consiste à ce que l'offre rencontre la demande pour s'équilibrer ; l'effet dévastateur du consensus se trouve d'autant plus renforcé qu'il produit effet en présence d'une forme particulière d'échange. La présence d'un élément de complexité, à l'instar d'un terme dans la livraison des marchandises objet du contrat financier¹⁸, décuple l'effet du consensus. Cette synergie venderesse conduit à un krach qui ramène la valeur d'échange à la valeur faciale et ce depuis que la Bourse existe. Le premier événement de ce type débuta le 3 février 1637. Il prit le nom de crise de la tulipe ou de « tulipomanie »¹⁹.

Le krach ouvre une période dite de crise financière²⁰, pendant de la bulle spéculative. La crise financière laisse transparaître une succession de périodes. Elle permet d'abord de faire table rase, de détruire l'état de faits sur lequel reposait l'organisation économique qui a conduit à pareille situation. Puis, selon l'importance, les considérations matérielles et les facultés de l'économie à absorber l'onde destructrice, l'œuvre créatrice de richesse reprend son souffle, son envergure et ramène, en général, l'économie vers de plus fertiles contrées. Cette observation classique, relative à un phénomène récurrent, aurait dû susciter de la part des acteurs ou des penseurs une proposition de caractérisation de la crise. La crise remet en cause l'action raisonnée des opérateurs sur les marchés financiers, place d'échanges et de rencontre d'intérêts contradictoires. En effet, la crise peut s'envisager comme le symptôme de l'exacerbation des passions spéculatrices. Il s'agit du vœu d'accumuler des gains de court-terme, au détriment d'un investissement utile sur le plan économique c'est-à-dire facilitateur et amplificateur d'échanges s'inscrivant dans le temps long²¹. Deux freins viennent contrer un tel raisonnement. D'une part, il conviendrait de s'accorder quant à la notion de temporalité économique. Elle peut s'envisager d'une multitude de façons différentes voire contradictoires, sans compter sur le concept même de temps²². D'autre part, s'adonner à une moralisation de ce qui n'est pas

¹⁶ Prat. « tick »

¹⁷ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Consensus », sens 2 : « Accord informel proche de l'unanimité ; convergence générale des opinions (au sein d'un groupe ou de l'opinion publique) ». En l'espèce, le consensus sur un marché financier, quel qu'il soit, signifie que soit tous les brokers achètent ou soit tous les brokers vendent en même temps et qu'il n'existe pas une contrepartie suffisante à leurs opérations : il s'agit en compliance du risque de contrepartie. Les « market makers » ou « apporteurs de liquidités » sont justement présents sur les marchés pour casser ce consensus et se présenter comme contrepartie dans les situations normales.

¹⁸ Le contrat à terme a été un catalyseur de la crise des tulipes.

¹⁹ P. M. GARBER, « Tulipmania », *Journal of Political Economy*, vol. 97, n° 3, 1989, p. 535.

²⁰ C. KINDLEBERGER, *Histoire mondiale de la spéculation financière*, trad. par P.-A. ULLMO et G. RUSSELL, 4^e éd., Valor, 2005.

²¹ J. DE LA FONTAINE, « Le Lion et le Rat » in *Œuvres complètes*, t. 1, Bibliothèque de la Pléiade, n° 10, Gallimard, 1991 : « Patience et longueur de temps / Font plus que force ni que rage ».

²² SAINT-AUGUSTIN, *Confessions*, Livre XI, trad. PERONNE et ECALLE remaniée par P. PELLERIN, Nathan, 1998, XIV, 17.2 : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; si je cherche à l'expliquer à celui qui m'interroge, je ne le sais plus ».

destiné à l'être soulève un danger particulier. Ainsi, en inscrivant la Raison et l'ordre dans les échanges de marchés revient à transformer la place en un lieu consensuel où les échanges ne peuvent plus se développer avec un allant perpétuel. Procéder par déduction convient mal puisque la spéculation attire au regard son corolaire, soit la prise de risque. Ainsi, l'activité spéculative semble consubstantielle aux activités financières. Elle prend parfois une ampleur insupportable pour le tissu financier qui la supporte²³. Par conséquent, pour manier l'art de la litote, il paraît peu probable qu'un effort même considérable ou bien qu'une réflexion même de bonne volonté puissent enrayer le cycle classique financier. Le krach et la crise sont parties prenantes de la finance.

Cela ne veut, néanmoins, pas dire ce qui n'est pas écrit. Les crises²⁴ sont récurrentes depuis le premier choc pétrolier. Il convient de canaliser la crise, canaliser la crise revient à enrayer une mécanique destructrice de l'économie. D'autant plus que, désormais, les crises se succèdent dans le cadre d'une organisation financière systémique. L'ouvrage récent de M. le Gouverneur Jacques de Larosière²⁵ éclaire certains aspects. Sa publication et son intervention dans les médias^{26, 27} ciblent une idée centrale : la crise et les crises sont consubstantielles à la finance mais il est impératif d'encadrer ce qui mène à la crise c'est-à-dire le risque pour que les puissants soubresauts ne se muent pas en cataclysme. Dès lors intervient la norme prudentielle dont la première fonction, non des moindres, consiste à limiter le risque et non barrer la route à la crise. Cette complexité du lien entre la crise et le droit²⁸ se manifeste au sein de ce corpus de règles. Ses velléités normatives demeurent variables dans les objets²⁹, les méthodes et la dureté de la contrainte³⁰. Cette indispensable prise de risque caractérise le libéralisme et reste le siège du profit, moteur de l'industrie bancaire et financière.

3. Le risque³¹. – Spéculer, fondation de l'activité de marché, revient à l'idée de prise de risque³². La notion renvoie au couple risque/rendement qui soutient le secteur sur la base d'un équilibre entre un pari et un bénéfice. Ce bénéfice devrait alors être plus grand si le pari se révèle audacieux. Autrement formulé, plus le risque est grand, plus le rendement escompté sera important ; à l'inverse,

²³ Rappr. R. DEBRAY, *L'erreur de calcul*, Cerf, 2014, p. 14 : « Chacun s'exprime à l'économie : il gère ses enfants, investit un lieu, s'approprie une idée, affronte un challenge, souffre d'un déficit d'image mais jouit d'un capital demande relations, qu'il booste pour rester *bankable* et garder la cote, en jouant *gagnant-gagnant* ».

²⁴ J. DE LAROSIÈRE, *50 ans de crises financières*, Odile Jacob, 2016, p. 87.

²⁵ *Ibid.*, p. 211 et s.

²⁶ Documentaire, *Il était une fois La crise de la finance mondiale Partie 1/2 Documentaire vidéo 2015*, consulté le 7 juin 2016. Site You Tube : <https://www.youtube.com/watch?v=5OpujrsL2cU>.

²⁷ Documentaire, *Il était une fois La crise de la finance mondiale Partie 2/2 Documentaire vidéo 2015*, consulté le 7 juin 2016. Site You Tube : <https://www.youtube.com/watch?v=OIMS-k1UDmE>

²⁸ V. J. LARRIEU (dir.), *Crise(s) et Droit*, PUT1, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n° 13, LGDJ, 2012.

²⁹ V. *infra* n° 300 et s.

³⁰ V. *infra* n° 182 et s.

³¹ Ital. *risco* : d'origine obscure

³² V. *Vocabulaire juridique*. V° « Risque », sens 1 : « Événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ; se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel événement en gén., que de l'événement spécifié dont la survenance est envisagée. Ex. événement (décès, vol, incendie) pris en considération par la police pour déterminer les limites de la garantie (risques de l'assuré) ».

un faible risque ne générera qu'un bénéfice ténu. Que sont-ce que ces forces qui retiennent les opérateurs ? Celles qui les empêchent comme parfois dans un jeu³³ de prendre le pari de trop ou celui qui les mèneront à coup sûr au désastre. Cette limite psychologique prend le nom d'aversion au risque³⁴ dont une définition serait le refus de participer à une loterie d'espérance nulle. Cette réticence trouve son importance dans l'étude de la prise de risque. L'évaluation de la prise de risque et du risque lui-même ainsi que de la variété des risques importe. Cette mesure induit la conception des mécanismes de maîtrise des risques³⁵ auxquels sont exposés, non seulement, les opérateurs sur les marchés financiers, mais encore, les établissements dans leur structure. De là provient la notion d'exposition³⁶, si difficile à appréhender pour un juriste, qui trouve un certain nombre d'éclaircissements³⁷, mais ladite doit avant toute autre considération s'entendre comme le signe d'une exhortation à la prudence.

4. La prudence³⁸. – L'adage populaire dit « Prudence³⁹ est mère de sûreté ». Il ne dit pas « Passivité » ou « Inaction » ou encore « Précaution » mais bien « Prudence »⁴⁰. Cela présente une importance cruciale car ce concept de Prudence⁴¹ confère toute sa structure au droit bancaire et financier⁴². La prudence en droit bancaire⁴³ s'entend comme le comportement de celui qui se dirige

³³ B. GUERRIEN, « JEUX (THÉORIE DES) », in *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 7 juin 2016 : « La théorie des jeux se propose d'étudier des situations (appelées « jeux ») où des individus (les « joueurs ») prennent des décisions, chacun étant conscient que le résultat de son propre choix (ses « gains ») dépend de celui des autres ». Site Encyclopédie Universalis : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/theorie-des-jeux/>.

³⁴ E. LANGLAIS, « Aversion au risque et prudence : le cas d'un risque de taux d'intérêt », *Revue économique* 46, n° 4, 1995, p. 1099.

³⁵ Rappr. M. PAILLARD DE CHENAY, « Approche systémique », in Collectif, *L'argent et le droit*, Sirey, APD, t. 42, 1998, p. 11 : « Le véritable maître du monde devient l'incertitude, ou plutôt la maîtrise de l'incertitude ».

³⁶ Ex. : Comm. UE, règl. d'exécution (UE) n° 1423/2013, 20 déc. 2013 définissant des normes techniques d'exécution relatives aux obligations d'information sur les fonds propres applicables aux établissements, conformément au règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil : JOUE n° L 355, 31 déc. 2013, p. 60. Deux des onze parties renvoient à cette notion : « Exposition de fonds propres » (Partie 3) et « Exposition sur le risque de crédit transféré » (Partie 5).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot*. V° « prudentia » : prévoyance, sagesse, connaissance.

³⁹ V. A. BAILLY, *Le Grand Bailly*. V° « φρόνησις ».

⁴⁰ Ch. DELSOL, « Introduction », in *La Prudence*, Acte de colloque sur La Prudence organisé par l'Académie des Sciences Morales et Politiques sous la présidence de Mme Chantal DELSOL, Palais de l'Institut (Paris), 2007, p. 5 : « La Prudence représente l'une des épines (douloureuse) de la réflexion contemporaine. Rappelons qu'il s'agit d'une sagesse pratique, humaine, consistant à chercher l'action droite (juste) dans un monde aléatoire ».

⁴¹ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Prudence », sens 1 : « Qualité (vertu) faite de prévoyance (clairvoyance, lucidité, capacité de prévoir) et de modération (mesure, aptitude à se réfréner, maîtrise, autolimitation) ; comportement conforme à cette norme. Ex. la prudence prêtée au bon père de famille, modèle de comportement ; la prudence au volant ; la prudence dans la gestion d'une entreprise ou l'action gouvernementale. Comp. *Diligence, principe de *précaution. Ant. imprudence* » ; sens 2 : « Sagacité, circonspection, modération, expérience, sagesse, savoir-faire. Ex. les présomptions de l'homme sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat (C.civ., a. 1353) ; dans cette prudence, il reste quelque chose de l'un des sens de *prudentia* (connaissance pratique) et de *jurisprudencia* (science du droit) ».

⁴² Rappr. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Connaissance du droit, Dalloz, 2010, p. 5 : « Il assiste ainsi, plus en spectateur qu'en acteur, à la « troisième révolution industrielle » de l'informatique et des télécommunications, se bornant souvent à lever les « entraves » réglementaires qui font

avec consentement et éclairé quant aux conséquences de ses actes dont il prendra la responsabilité ultérieure⁴⁴. Pour raisonner par analogie un instant, entretenir de prudence quant au droit bancaire et financier relève du même processus que le pénaliste qui s'avancerait vers l'idée d'exemplarité. Elle fonde le droit pénal à bien des titres. Cette sagacité circonspecte se distingue comme le comportement qu'entend faire prendre le régulateur aux acteurs de la place.

La Prudence, sœur ennemie du risque, tombée d'abord sous le calame de Platon⁴⁵, rencontre ensuite celui auquel peut être attribué la paternité du concept : Aristote⁴⁶. Dans son acception aristotélicienne, la *phronèsis*⁴⁷ se conçoit comme une dualité où se lient une disposition spirituelle et un corps de règles justes. Ce dialogue d'une fraîcheur saisissante nourrit encore, quelques millénaires après être passé par l'esprit du Stagirite⁴⁸, les travaux qui président à l'élaboration de la réglementation bancaire⁴⁹.

De prudence dérive « prudentiel »^{50, 51} qui en est le néologisme adjectival. Il caractérise l'attitude que doivent revêtir les acteurs de la finance internationale car ce terme se voit frappé d'ubiquité. Il suffirait presque d'admettre que tout relève du « prudentiel ». Ces préoccupations prennent beaucoup de place non seulement sur le plan volumétrique⁵² mais encore dans l'esprit de tous les praticiens et théoriciens⁵³ pour formuler des règles. Le climat intellectuel compte autant que la règle applicable au système. Se pose ainsi un problème de taille à savoir la manière de saisir, presque à mains nues, cette fragrance qui se dissipe dans la galaxie financière. A ce monde tridimensionnel, pris entre risque, rendement et temps, s'ajoute une quatrième dimension.

obstacle au jeu du libre marché ». Face à ce tableau, seule la prudence s'impose pour ne pas tomber dans des travers pernicieux.

⁴³ E. LANGLAIS, art. préc. Rappr. M. KIMBALL, 1990, p. 54 : « The term prudence is meant to suggest the propensity to prepare and forearm one-self in the face of uncertainty, in contrast to risk aversion, which is how much one dislikes uncertainty and would turn away from uncertainty if possible ». Trad. : « Le substantif prudence suggère une propension à préparer et à parer les incertitudes, au contraire de l'aversion au risque, laquelle traduit combien une personne déteste l'incertitude et voudrait se détourner d'elle si cela lui est possible ».

⁴⁴ N. au regard de l'ex-article 1383 C.civ. : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

⁴⁵ PLATON, *Phédon*, trad. par M. DIXSAUT, Flammarion, 1999.

⁴⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, in *Œuvres : Éthiques, Politique, Rhétorique, Poétique, Métaphysique*, trad. par R. BODÉÛS, Bibliothèque de la Pléiade, n° 601, Gallimard, 2014.

⁴⁷ *Ibid.*, L. VI : « Des vertus intellectuelles », chap. 5 : « La prudence est une disposition (*hexis*), accompagnée de règle vraie (*orthos logos*), capable d'agir dans la sphère de ce qui est bon ou mauvais pour l'être humain ».

⁴⁸ G. ROMEYER DHERBEY, « La prudence d'Aristote », in *La Prudence*, Acte de colloque sur La Prudence organisé par l'Académie des Sciences Morales et Politiques sous la présidence de Mme Chantal DELSOL, Palais de l'Institut, 2007, p. 9 : « Nous pouvons donc nous tourner avec confiance du côté de la réflexion des Anciens en ce qui concerne cette pièce maîtresse du savoir pratique qu'est la prudence (*phronèsis*). Nous centrerons notre propos sur Aristote, puisque c'est lui qui a donné à cette vertu ses lettres de noblesse ».

⁴⁹ V. A. SCHOPENHAUER, *Philosophie du droit*, in *Philosophie du droit et autres essais*, trad. par A. DIETRICH, Editions du Sandre, 2006, p. 5 : « Les philosophes de l'antiquité ont réuni dans la même idée beaucoup de choses absolument hétérogènes ; chaque *Dialogue* de Platon nous en fournit des preuves en masse ». Il faut prendre garde ne pas tomber d'ores et déjà dans les méandres de la notion. La norme prudentielle invite à un comportement. Il doit être entendu au sens générique.

⁵⁰ Néol. de « prudence ».

⁵¹ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », *RDBF*, n° 3, mai 2015, n° 36.

⁵² Plusieurs milliers de pages de normes prudentielles sont formulées chaque année.

⁵³ Ce point est lié avec l'importance des organismes professionnels.

La bascule dans un labyrinthe tétradimensionnel renforce les contraintes de la réflexion prudentielle. Cette quatrième dimension se nomme l'expansion⁵⁴. Depuis le *Big Bang* de la *City* de Londres, en 1985, mondialisation, décloisonnement, compétition entre les places financières bouleversent de manière inlassable et perpétuelle l'ordre antérieur. Les bouleversements se constatent tant sur le plan technique que juridique. Or le droit reste un socle de stabilité⁵⁵ indispensable. La prudence propose une voie pour maîtriser l'expansion.

Une approche par le prisme d'une vertu apporte bien des avantages. Le problème n'est pas de régir un seul ou une pluralité d'opérateurs en tant que sujet de droit. L'enjeu est de maîtriser un système mu par des passions et des intérêts contradictoires. La prudence s'incarne donc dans l'enveloppe d'un instrument juridique : la norme prudentielle.

5. La norme prudentielle, l'objet du scandale. – Le droit contemporain fait fi de toutes les barrières géographiques⁵⁶, disciplinaires et à certains aspects philosophiques. Les instruments juridiques sont forgés à l'extérieur des États et souvent par des entités qui les surplombent⁵⁷. Les droits de l'environnement⁵⁸, de l'énergie, social, des télécommunications, de l'audiovisuel, comptable⁵⁹, des assurances, et de surcroît, de manière paroxystique, le droit de la banque et des marchés financiers⁶⁰ présentent ce trait commun de poser une règle juridique, forgée hors les murs des parlements nationaux⁶¹. Cette règle juridique est applicable à un opérateur économique sur un marché précis, circonscrit et sectoriel, sans que de façon directe soit impliqué un sujet de droit particulier, au sens de personne privée agissant pour ses besoins personnels.

L'un des articles du dossier rendant compte d'un colloque monégasque, sous la plume de M. le Professeur Thierry Bonneau⁶² propose une description de l'instrument qui permet de progresser sur les voies de la prudence si salvatrice dans un secteur où le risque doit être canalisé⁶³. Tout d'abord, il

⁵⁴ L'expansion du système, sorte de colonisation des activités par l'économie et la finance, constitue un axe de verticalité sur lequel la Prudence permet de progresser d'un pas sûr.

⁵⁵ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 29 : « [...] imposée en raison des évolutions financières et technologiques ainsi que des crises, la stabilité du système financier dans un monde globalisé étant en jeu ».

⁵⁶ J.-M. CANAC et P. NEAU-LEDUC, « Droit bancaire : supranationalité et extraterritorialité (1^{re} partie) », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 29.

⁵⁷ Intervention aux 9^e Journées Internationales organisées le 11 oct. 2014 par l'AEDBF Monaco sur le thème « Droit bancaire : supranationalité et extraterritorialité », s. d.

⁵⁸ C. MALECKI, « La RSE : une norme singulière et plurielle », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 35.

⁵⁹ M. TELLER, « Le régulateur comptable », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 33.

⁶⁰ J.P. MATTOUT, « Droit bancaire, supranationalité et extraterritorialité : la lex mercatoria », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 32.

⁶¹ B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31.

⁶² T. BONNEAU, « La norme prudentielle », n° 1 : « les normes prudentielles, [...], existent depuis bien longtemps, elles ont connu un renouveau ».

⁶³ *Ibid.*, n° 1 : « imposée en raison des évolutions financières et technologiques ainsi que des crises, la stabilité du système financier dans un monde globalisé étant en jeu ».

propose une étude des « caractéristiques de la norme prudentielle »⁶⁴. Cette norme est complexe⁶⁵ au regard de sa volumétrie, de son langage et de son caractère extra-étatique⁶⁶, ce qui marque une nuance avec un caractère international. Il s'agit, pour lui, d'une norme qui se forge, d'une part, au-dessus des États et, d'autre part, sans les États dans le sens où leur influence n'est qu'une parmi d'autres au moins aussi fortes.

Ensuite, il dessine la norme prudentielle selon deux traits consécutifs⁶⁷. Le premier volet se révèle assez classique pour une norme : l'encadrement des comportements⁶⁸. Le second, quant à lui, présente certaine originalité que M. le Professeur Thierry Bonneau contribue à mettre en valeur dans les évolutions du droit. De fait, le formatage des comportements lie la norme prudentielle à son attache démocratique avec laquelle elle dialogue avec subtilité.

L'explication de M. le Professeur Thierry Bonneau pose des jalons cruciaux mais la norme prudentielle s'affirme d'abord en tant que norme, une incarnation de la régulation.

6. La régulation. – Le présupposé consiste à reconnaître le libéralisme politique et économique⁶⁹. De là, s'imposent la mise en place de règles ou d'un dérivatif de la règle⁷⁰ : la régulation^{71, 72}. La première acception du terme est biologique⁷³ voire même médicale⁷⁴. La régulation

⁶⁴ *Ibid.* : « 1. Les caractéristiques de la norme prudentielle ».

⁶⁵ *Ibid.*, n° 7 : « Si la norme prudentielle se caractérise par son contenu dont la complexité est indéniable, elle se caractérise également par son processus de formation et la mutation qu'elle peut connaître ». Il s'agit ici de la part du Professeur Thierry Bonneau d'une quête de l'essence de la norme prudentielle à travers sa structure.

⁶⁶ *Ibid.*, n° 14 : « La norme prudentielle est extra-étatique car elle prend son origine dans des travaux et des rapports internationaux ».

⁶⁷ *Ibid.* : « 2. L'impact de la norme prudentielle ».

⁶⁸ *Ibid.*, n° 20 : « Si les comportements sont encadrés, c'est pour imposer des lignes de conduite ». Il est par ailleurs ici très intéressant de constater la lexicologie employée par l'auteur et qui mérite un instant de réflexion. Les lignes de conduite sont plus éthérées que le vocable de règle et il est possible de s'interroger sur cette variation non de nature mais de degré.

⁶⁹ M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, préf. de G. KOENIG, trad. par A.-M. CHARNO, Flammarion, 2016, p. 10 : « L'histoire suggère uniquement que le capitalisme est une condition nécessaire à la liberté politique. Clairement ce n'est pas une condition suffisante ». Milton Friedman exprime ici de façon implicite que la condition nécessaire et suffisante cette fois serait à coup sûr le libéralisme économique. Pour l'anecdote, Milton Friedman était considéré comme le meilleur économiste par Lady Margareth Thatcher qui s'inspira de ses écrits et de ses prises de positions publiques notamment lorsqu'il obtint le Prix Nobel d'Économie remis par la Banque de Suède en 1976. Le Premier Ministre Thatcher mit en œuvre avec la plus grande ardeur ses théories ainsi que celles de Friedrich von Hayek, Prix Nobel d'Économie 1974.

⁷⁰ Néol. de « règle ».

⁷¹ T. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Collection droit de l'Union Européenne - Manuels 121, Bruylant, 2014.

⁷² A. LYON-CAEN, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004. V° « Régulation ».

⁷³ G. CANGUILHEM, *Encyclopédie Universalis*, vol. 14. V° « Régulation ».

⁷⁴ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 12^e éd., PUF, 2013. Dans cet ouvrage, reproduction presque intégrale de sa thèse de doctorat soutenue en 1943, à Toulouse, M. le Professeur Georges Canguilhem développe le concept de normativité biologique. Cette révolution philosophique, aussi importante que des travaux de Bichat ou d'Esquirol, continue à produire des effets dans l'exercice de la médecine. Au-delà de cette matière, sa thèse montre le rapport intime entre l'absence de trouble et la pathologie, dans cette étude la crise. Il place la norme à la ligne de séparation entre ces deux états. La normativité se définit alors comme la capacité à fixer la norme, la ligne de démarcation entre un état normal et un état qui ne le serait pas.

économique⁷⁵ se présente en une technique très abstruse. Droit et économie sont indissociables pour tenir le gouvernail régulateur⁷⁶. L'économie du droit ou le droit de l'économie n'appartient pas à la compétence du juriste classique y compris spécialisé en droit des affaires.

Deux conceptions de la régulation s'opposent. De cette option naît la méthode de travail qui préside à la réalisation contenue dans ces pages. Tout d'abord, certains auteurs peignent la régulation selon un modèle descriptif⁷⁷. L'avantage flagrant tient dans la facile précision du trait ainsi que l'improbabilité de commettre une quelconque erreur d'appréciation, ce qui offre alors une aménité sereine. Ensuite, d'autres auteurs s'engagent sur les pentes plus escarpées d'un modèle substantiel⁷⁸ dont la visée tient plus dans l'explication de l'esprit et des vicissitudes de la matière. Le premier modèle donne une exacte image des rapports à un instant précis entre les instances régulatrices et l'État⁷⁹ alors que le second explique l'esprit des relations.

7. Une règle. – La norme prudentielle, instrument par excellence de la régulation, demeure une règle⁸⁰. Ce concept large, qui renvoie à la fixation d'une ligne de comportement. Bien entendu, à l'inverse des règles de bienséance ou de la courtoisie⁸¹, la norme prudentielle s'inscrit avant toute chose en tant que règle de droit. Son influence comportementale consiste à imposer une prescription. Son irrespect se trouve sanctionné de façon plus ou moins directe car il s'agit d'une norme.

8. Une norme. – Le concept de norme⁸² chevauche celui de règle de droit. Son degré de précision est plus aiguë puisque le propre d'une norme est d'être normatif⁸³. Outre cette redondance,

⁷⁵ J. TIROLE, *Économie du bien commun*, PUF, 2016, p. 461 : « L'État régulateur doit tirer les leçons de la crise financière ».

⁷⁶ J. TIROLE, « Les contours de l'activité bancaire et l'avenir de sa régulation » [en ligne], *Revue française d'économie*, me XXIX, n° 3, 27 janvier 2015, p. 93- 109.

Site Cairn : http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RFE_143_0093.

⁷⁷ G. TIMSIT, *L'Archipel de la norme*, PUF, 1997.

⁷⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610. Rapp. M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), « Droit de la régulation : question d'actualité », *P. Aff.*, n° 110, 2002.

⁷⁹ J. CHEVALLIER, *L'État*, 2^e éd., Dalloz, 2011, p. 68.

⁸⁰ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Règle », sens 1 : « Règle de droit ; désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) ; en ce sens l'exception est aussi une règle » ; sens 2 : « Parfois le principe (la règle de principe) ».

⁸¹ V. J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2013, p. 25 et s.

⁸² V. *Vocabulaire juridique*. V° « Norme », sens 1 : « Terme scientifique employé parfois dans une acception générale, comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale), qui évoque non pas l'idée de normalité (comme par exemple en biologie), ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation, mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toute les règles présentant ce caractère, quels que soient la source (loi, traité, voire règle de Droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, Droit substantiel, etc.) » ; sens 2 : « Parfois plus spécialement règle qui marque la direction générale à donner à une conduite ».

⁸³ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Normatif, ive » : « Qui énonce une règle, qui est porteur d'une norme ».

il relève que la norme prudentielle apparaisse au premier abord telle une norme de gestion⁸⁴, cela reflète l'importance de l'aspect technique souvent à l'extrême dans le champ des normes prudentielles. Il est toutefois peu probable que la norme ne soit que technique ou gestionnaire, d'autres types de normes existent et cette notion ceint bien d'autres attributs qui lui confèrent sa spécificité.

9. Une norme spéciale. – Expliquer la norme prudentielle revient à expliquer certains pans de droit spécial⁸⁵ à l'instar du droit de l'environnement⁸⁶. Cette étude opère un recentrage autour du droit bancaire ainsi que du droit des marchés financiers. Il convient de rester dans ce strict périmètre⁸⁷ pour capter la substantifique moelle sans dispersions intempestives. Présenter l'approche traditionnelle de la norme prudentielle à savoir la régulation bancaire d'un côté et la régulation financière d'un autre côté est très claire. La distinction inaugurée par M. le Professeur Sébastien Neuville⁸⁸ dans un ouvrage paru en 2005 reste d'actualité pour naviguer dans cette spécialité. Cette dichotomie suggère une approche pragmatique, instrument d'une discipline juridique limpide dans l'étude de ce droit positif si particulier par ses perpétuels mouvements. Cette approche reste concrète et fidèle à la pratique⁸⁹. La clarté de la distinction est aujourd'hui un précieux guide face aux imbrications et au fonctionnement de la régulation.

10. Une norme spécifique. – Spécifique signifie que la norme a des éléments caractéristiques favorisant la distinction avec les règles de droit classique. Il faut isoler la norme prudentielle dans le paysage des textes financiers car la norme prudentielle n'est normalement seulement que celle qui appelle à la prudence. Poser la question de l'agrément, la question de la sanction, la question du simple communiqué de presse et bientôt de l'intervention du Président ou du Secrétaire général d'un régulateur, lors d'un colloque par exemple, ou encore dans la presse économique ou généraliste, intriguent quant à la valeur de ces actes juridiques ou non juridiques.

11. Une norme et des concepts. – La norme croise le droit positif, la philosophie du droit ainsi qu'une réflexion sur la théorie du droit⁹⁰. L'état du droit bancaire entretient un rapport étrange avec le

⁸⁴ T. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 1 : « Si les normes prudentielles, que l'on peut définir dans une première approche comme des normes de gestion ».

⁸⁵ Maxime latine : *Specialia generalibus derogant, non generalia specialibus*.

⁸⁶ C. MALECKI, art. préc.

⁸⁷ X. DARCOS, « L'apostrophe », Bloc-notes [en ligne], *academie-française*, juin 2016 : « Le plus minuscule des écarts à la norme trahit parfois une déviation fâcheuse ». Site Académie française : <http://www.academie-francaise.fr/dire-ne-pas-dire>.

⁸⁸ S. NEUVILLE, *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, 2005, p. 97, n° 62 et s.

⁸⁹ V. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1, n° 2, avr.-juin 1984, p. 255, n° 1 : « faiseurs de systèmes ». L'aspect pratique du droit de la régulation se distingue par une clarté limpide car il est omniprésent, obsédant même pour les connaisseurs du secteur bancaire. Toutes les manifestations pratiques s'intègrent à un système de régulation.

⁹⁰ V. E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz-Sirey, 2006, p. 8.

positivisme juridique et mord sa limite. La normativité kelsénienne⁹¹ continue d'être associée au modèle de la pyramide. *Théorie pure du droit*⁹² intrigue. Cet ouvrage majeur de la pensée juridique embrume la compréhension de la normativité contemporaine. L'image actuelle est introuvable, la représentation d'un modèle réticulaire⁹³ passerait par l'arbre de Porphyre⁹⁴. La théorie du rhizome trouverait un intérêt dans ce droit, en partie, sans ossature.

L'interconnexion des rhizomes⁹⁵ nécessiterait des incursions hors du positivisme⁹⁶ pour comprendre les tenants et les aboutissants de cette notion, appelée à étendre son empire sur un nombre toujours plus grand de branches juridiques.

12. Une norme souple. – La confrontation du droit souple et droit dur, aussi distincts que le feu et la glace, est un paradoxe supplémentaire de l'étude qui s'annonce. L'épineuse question de l'obligatorité⁹⁷ ne peut se traiter de manière indépendante. D'autres concepts sont requis pour apporter des pièces décisives à l'analyse de cette manifestation en droit de la banque et des marchés financiers. Certains sont les plus récents à l'instar de la force normative et la densité normative, alors que d'autres sont plus traditionnels tel que la notion de standard juridique. Leur conjonction n'a d'autre utilité qu'une dissection des articulations de ces normes prudentielles renaissantes.

13. La nouveauté. – Les normes prudentielles sont nées après le premier choc pétrolier⁹⁸ afin de parer aux crises économiques⁹⁹. Les Accords de Bâle¹⁰⁰, suivis par une foisonnante réglementation baloise ainsi que de pléthores règles étatiques ou non, représentent la pierre angulaire d'une volonté¹⁰¹

⁹¹ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Normativisme (Doctrine) » : « nom donné à la doctrine de Kelsen selon laquelle il n'y a pas de différence de nature entre les dispositions juridiques par voie générale et les dispositions juridiques par voie individuelle, le terme englobant toute prescription, que celle-ci soit abstraite et impersonnelle ou individuelle ».

⁹² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999.

⁹³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit » [en ligne], *RIDC* 55, n° 3, 2003, p. 730.

Site Persée : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2003_num_55_3_18997.

⁹⁴ ARISTOTE, *Catégories*, Flammarion, 2007.

⁹⁵ G. DELEUZE, *Capitalisme et Schizophrénie* - t. 2 : *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980, p. 13 : « n'importe quel point d'un rhizome peut être connecté à un autre, et doit l'être ».

⁹⁶ Auquel sont pourtant très attachés certains auteurs et à raison : X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses Marketing, 2008. Toutefois, ce prisme théorique limite et enferme la notion de norme prudentielle. Cette dernière brise ses fers pour se libérer d'une conception puriste du droit. Elle la fait voler en éclat pour s'inscrire dans une perspective hybride sur le plan disciplinaire.

⁹⁷ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Obligatorité », sens 1 : « Qualité de ce qui est obligatoire (sens 1) ; pouvoir d'*obliger (sens 1) inhérent à la règle de droit ».

⁹⁸ J. DE LAROSIÈRE, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁹ T. BONNEAU, « La norme prudentielle », n° 1 : « Si les normes prudentielles, que l'on peut définir dans une première approche comme des normes de gestion, existent depuis bien longtemps [...] ».

¹⁰⁰ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juillet 1988.

¹⁰¹ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Volonté », sens 1 : « Faculté de vouloir, aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider [...] » ; sens 4 : « Dans certaines expressions, désigne non la volonté individuelle d'une personne physique ou morale), mais le vouloir collectif prêté à un groupe. Ex. volonté nationale, volonté population (vox populi) ». Il peut aussi être ajouté sans trop de difficultés intellectuelles la

de stabiliser et d'éviter des crises. Jamais tentée auparavant, cette démarche donne au secteur bancaire un relief nouveau. Dans un néo-libéralisme échevelé et surtout décérébré où le chaos d'aujourd'hui serait l'antichambre de la réussite de demain, les autorités se sont accordées pour ne pas laisser les déconfitures¹⁰² financières affecter de plein fouet les économies. La norme prudentielle brille par sa primeur dans ce vieux ciel.

14. Les problèmes. – La nouveauté de la norme prudentielle¹⁰³ contribue à la difficulté d'appréhension du concept. Alors que le contrat¹⁰⁴, les sociétés civile¹⁰⁵ ou commerciale ou encore la monnaie¹⁰⁶ sont des concepts juridiques adossés à des réalités tangibles et observables dans la vie, la norme prudentielle s'illustre par sa distance et son abstraction. De plus, beaucoup d'articles¹⁰⁷, de travaux, de colloques ont abordé cette notion. Néanmoins aucune étude ne lui a été directement consacrée.

La notion est protéiforme. La norme prudentielle est diverse, elle est polysémique¹⁰⁸. Dans cette « mondialité »¹⁰⁹, fruit de la conjugaison entre globalisation et mondialisation, son étude impose des délimitations.

15. Délimitation. – L'analyse de la régulation prudentielle touche maints domaines comme cela fut expliqué précédemment. La largeur de cet horizon avance une contrainte matérielle. En effet, le

volonté des acteurs du système bancaire et financier aux divers échelons et secteurs de ce champ des affaires.

¹⁰² Le substantif s'entend ici dans son sens général. La faillite de la célèbre banque américaine Lehman Brothers, le 15 septembre 2008, jour même où le Gouvernement américain sauvait l'assureur AIG, reste une cicatrice dans l'histoire récente des marchés financiers. Cette plaie demeure une inquiétude pour les autorités chargées de la régulation.

¹⁰³ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Prudentiel, elle » : Néol. – Adj. Construit sur prudence, comme jurisprudentiel sur jurisprudence. « Qui relève de la prudence spécialement de la prudence financière ; qui renvoie à un ensemble de normes de sécurité, not. aux mesures de précaution qu'implique une organisation financière saine et raisonnable, tout particulièrement de la part des établissements de crédit, pour la protection des fonds qu'ils manient et de l'épargne ; on parle de règles prudentielles pour désigner tout ce qui donne de la mesure, de la sagesse (normes, taux, ratios, limitations, etc.), surtout dans la structure financière d'un établissement ».

¹⁰⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, art. 2. Futur C. civ., art. 1101 : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

¹⁰⁵ C. civ., art. 1832 al. 1^{er} : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

¹⁰⁶ C. monét. fin., art. L. 111-1 : « La monnaie de la France est l'euro. Un euro est divisé en cent centimes ».

¹⁰⁷ Plus de 3000 occurrences au mot « prudentiel » sur la base de recherche Lexis Nexis, autant sur la base Dalloz.

¹⁰⁸ I. PETRU, « La polysémie : élément majeur de la terminologie selon G. Cornu - Un exemple récent du traitement législatif de ce phénomène en droit tchèque », *Écho des Études Romanes - Revue semestrielle de linguistique et littératures romanes IX*, n° 2, 2013, p. 49. Rapp. G. KLEIBER, *Problème de sémantique, la polysémie en questions*, Villeneuve d'Asq, PU Septentrion, 1999, p. 55 : « (i) une pluralité de sens liée à une seule forme, (ii) des sens qui ne paraissent pas totalement disjoints, mais qui se trouvent unis par tel ou tel rapport ».

¹⁰⁹ E. GLISSANT, *La cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005.

droit de la banque et des marchés financiers présente deux disciplines corolaires qui auraient pûes se joindre à lui, le droit des assurances et le droit comptable. Il ne peut cependant en être le cas. Malgré leur richesse, il s'avère que la norme prudentielle assurantielle et la norme prudentielle comptable ne puisse rejoindre le corps de cet ouvrage.

En matière assurantielle, les normes prudentielles répliquent celles du droit bancaire. Les principaux accords internationaux, Solvabilité 1 et 2, répliquent la réglementation bâloise.

Le domaine comptable¹¹⁰, quant à lui, ne manque pas non plus de réglementation appelant à une certaine prudence des acteurs. Les très sages principes comptables français sont contenus essentiellement dans le Code de commerce¹¹¹.

16. L'ambition d'une définition. – Le présent mémoire cherche à définir¹¹² la norme prudentielle. Quel grand privilège que de s'arroger le droit de définir¹¹³ ... Ce droit aristocratique réservé à ce que la « France, mère des arts, des armes et des lois »¹¹⁴ compte de plus noble et a porté de plus haut. Le Cardinal de Richelieu, fondateur de l'Académie française¹¹⁵, dote cette seule institution du pouvoir et de la compétence d'édicter les normes de la langue française¹¹⁶. Cette étude s'inscrit sous le signe du jeudi, jour du Dictionnaire¹¹⁷.

Elle émet le souhait de ne point faillir eu égard à l'altesse des augustes académiciens qui s'aventurèrent à pareille tâche, sans compter le Doyen Gérard Cornu¹¹⁸. Il a initié son œuvre dans les

¹¹⁰ M. TELLER, « Le régulateur comptable », art. préc. : « Dans un colloque consacré au caractère extraterritorial de la réglementation bancaire et financière, il était impossible de passer sous silence la question comptable ».

¹¹¹ C. com., art. L. 123-12 à L. 123-28 issus de la L. n°83-353 du 30 avr. 1983 et R. 123-172 à R. 123-208 issus du D. du 29 nov. 1983. V. aussi les normes en matière de comptes consolidés applicables aux sociétés commerciales : C. com., art. L. 210-1 à L. 252-12.

¹¹² V. G. CORNU, « Préface », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. VII : « Pour l'essentiel, il s'agissait d'extraire le sens qu'attache le Droit à un terme et de l'énoncer en forme de définition, double fonction de la définition lexicale. Et l'on ne dira jamais assez, dans cet ensemble, la force créatrice de la contrainte formelle dans la rigoureuse exigence est de dépouiller le discours définitoire pour un maximum de substance sous un minimum de volume (*multa paucis*). »

¹¹³ M. DRUON, « Préface de la neuvième édition du *Dictionnaire de l'Académie française* » [en ligne], *Académie française*, 1992 : « Le Dictionnaire de l'Académie est celui de l'usage, simplement et suprêmement, le Dictionnaire du bon usage, qui par-là sert, ou devrait servir, de référence à tous les autres. Telle est l'ambition, mesurée mais persévérante, qui guide les académiciens français ».

Site Académie française : <http://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire-les-neuf-prefaces/preface-la-neuvieme-edition>.

¹¹⁴ J. DU BELLAY, « France mère des arts, des armes et des lois », in *Poètes du XVI^e siècle - Les Regrets*, Bibliothèque de la Pléiade, n° 96, Gallimard, 1953, v. 1.

¹¹⁵ Lettres patentes pour l'établissement de l'Académie française, signées du roi Louis XIII en janvier 1635, enregistrées au Parlement le 10 juillet 1637, statut XXIV : « La principale mission de l'Académie sera de travailler avec tout le soin et toute la diligence possibles à donner des règles certaines à notre langue et à la rendre pure, éloquente et capable de traiter les arts et les sciences ».

¹¹⁶ Règlements pour l'Académie française, 30 mai 1752, signés par Louis XV précisant la suprématie de l'Académie dans l'édiction des règles de la langue française.

¹¹⁷ M. DRUON, « Préface », préc. : « Seule institution fondée pour exercer magistrature sur le langage, et périodiquement critiquée ou attaquée comme toute cour souveraine et pérenne, l'Académie assume sa charge de diverses façons, mais d'abord par l'établissement du Dictionnaire ».

¹¹⁸ G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005.

pas de ceux du Professeur Henri Capitant¹¹⁹. Cette œuvre souligne la mission cornélienne et l'intérêt que de définir. Essayer de formuler une définition pure et éloquente doit conclure ces pages.

La prémisse consiste en une discussion sur la discussion, presque talmudique, de telle sorte qu'apparaisse une définition de la définition¹²⁰. La définition en droit privé¹²¹ tient dans un exercice d'une particulière singularité, accrue lorsque comme ici le terrain apparaît inviolé et peu décrit.

Comment définir ? Difficulté du sujet mais aussi difficulté à définir, deux obstacles doivent être surmontés. Ne pas se poser la question du pourquoi ôte déjà une première embuche sur la voie de la construction de la notion¹²². Le pourquoi barre la route d'un horizon, infranchissable par nature qui débouche bien vite une aporie ou sur des conclusions peu satisfaisantes.

Définir correspond à systématiser des comportements, la pratique et, en y injectant des éléments de théorie du droit, construire l'énoncé duquel pourra être possible de percer la nature permettra de trouver le régime¹²³ prudentiel adéquat. Ce refus de la méthode cartésienne classique qui aurait imposé de présenter les origines de la norme prudentielle puis une description de leur application c'est-à-dire de leur régime autorise alors un choix donnant à voir la chose sous l'angle du système.

17. Proposition d'une définition. – Donner une définition simple voire simpliste forme un point de départ à la réflexion, une forme de fondation, sur laquelle va être édifiée avec maintes sophistications et chicanes la définition définitive. Citer celle de M. le Professeur Thierry Bonneau¹²⁴ a l'air d'une simplicité magnanime.

Serait-il plus séant d'élaborer une définition primitive plus diserte ? Si l'interrogation est légitime, il suffit ici de donner un ancrage, un point de départ. La quiddité¹²⁵ de la notion sera affinée dans les développements qui succèdent à ces lignes.

¹¹⁹ H. CAPITANT, « Préface », *Vocabulaire juridique*, 1936 : « De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu ».

¹²⁰ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Définition », sens 1 : « Opération (et énoncer qui en résulte) par laquelle la loi principalement, la jurisprudence (dans le cas de définitions prétorienne consacrées) et la doctrine caractérisent une notion, une *catégorie juridique par des critères associés (définition dite réelle par opposition à la définition terminologique qui privilégie un sens déterminé ou conventionnel d'un terme dans la loi ».

¹²¹ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, th. Toulouse I, 2015.

¹²² V. F. ROUVIÈRE, *Comment construire un concept juridique ?* [en ligne], Aix-en-Provence, consulté le 2 mai 2016. Site You Tube : <https://www.youtube.com/watch?v=WW0V8dCaY8>.

¹²³ V. not. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1, n° 2, avr.-juin 1984, p. 255. Rapp. F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Penser le droit, 2013, p. 415, n° 1 : « En matière juridique, le principe selon lequel une différence de nature implique une différence de régime peut aujourd'hui être considérée comme une pièce maîtresse de la méthodologie juridique ».

¹²⁴ T. BONNEAU, art. préc., n° 1 : « norme de gestion ».

¹²⁵ L. JERPHAGNON in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv éd. augm, *Encyclopaedia Universalis*, Editions Albin Michel, 2001, p. 1711. V° « Quiddité » : « La quiddité (*quidditas*), expression qui remonte aux traductions latines d'Avicenne, au XIIe siècle, ressortit à la problématique scolastique de l'essence (*ce* que sont les êtres) et de l'existence (le fait qu'ils *sont*). (*quid sit*). La quiddité relève de la seconde et s'exprime, sur le plan de l'intelligence, dans la définition ». Le philosophe trace par cette définition restituée dans son intégralité toute la saveur que doivent rechercher les développements afin

18. Annonce du plan. – Pour arriver à une définition, un périple d'interrogations s'ouvre. Il passe par nombres de détours à commencer la façon dont la norme est composée c'est-à-dire sa structure. L'autre aspect consiste à observer par quels biais elle s'intègre dans le paysage juridique et influence le fonctionnement de la civilisation. Se font ainsi face deux aspects : d'un côté l'essence et d'un autre côté l'utilité. L'utilité d'une notion s'avère un questionnement très anglo-saxon, cœur battant du libéralisme¹²⁶ politique¹²⁷ et du libéralisme¹²⁸ économique¹²⁹ agité par la « main invisible »¹³⁰.

Reprenant en ce sens l'esprit de l'article aiguillon de cette réflexion, pour suivre les traces de la norme prudentielle, les caractères et les impacts offrent une opportunité intéressante de construction de la notion. La démarche doit néanmoins être adaptée à la mission que s'impose ce mémoire eu égard à la proposition d'une définition de ce concept.

Les normes prudentielles peuvent être étudiées comme un objet juridique isolé. Il est possible de n'observer que leur structure et les articulations des éléments au sein de cette structure. S'impose d'abord une description des caractères de la norme technique (Partie 1). Le mouvement de la structure donne la fonction de ces normes. Quittant l'étude de la structure, il devient fondamental d'analyser les incidences de la norme prudentielle (Partie 2).

19. – Réserve.

de trouver la martingale menant à une définition intelligente, c'est-à-dire donnant accès à la compréhension, de la norme prudentielle.

¹²⁶ V. F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot*. V° « liberalis » : noble, généreux.

¹²⁷ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Libéral », sens 1 : « Qui se réclame du libéralisme (politique ou économique) ; qui proclame et consacre, comme un principe fondamental, les libertés publiques ou la liberté du marché ; se dit d'un régime politique ou d'un système économique par opp. à autoritaire, dirigiste, interventionniste ».

¹²⁸ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Libéralisme économique » : « Doctrine (ou politique gouvernementale) qui érige en système l'abandon de l'économie à la loi du marché dont la traduction juridique est l'affirmation en principe de la liberté des conventions, l'intervention de l'État dans les relations économiques étant réduite au minimum, sinon exclue (libéralisme absolu) ».

¹²⁹ Initié en France par le Décret d'Allarde du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente dont l'article 7 édicte : « A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits » et par la Loi La Chapelier du 14 juin 1791 proclamant l'abolition des corporations, des monopoles et criminalisant les coalitions, en d'autres termes les grèves.

¹³⁰ A SMITH, *La Richesse des nations*, t. I, trad. G. GARNIER, Flammarion, 1999, L. IV : « Des systèmes d'économie politique », chap. 2 : « Des entraves à l'importation seulement des marchandises étrangères qui sont de nature à être produites par l'industrie » : l'Homme « est conduit par une main invisible à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions [...]. Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler ».

PARTIE 1. LES CARACTÈRES DE LA NORME PRUDENTIELLE

20. Discourir de la norme prudentielle¹³¹ mêle un concept juridique discuté, celui de norme¹³², avec un concept philosophique trouble : la Prudence¹³³. Ces deux ensembles entretiennent des liens étroits pour parvenir à un équilibre. Cet équilibre passe par un agencement. Il donne naissance à la norme prudentielle laquelle est générée par un procédé *sui generis*.

Le processus formatif¹³⁴ explique, en partie, la structure¹³⁵ de la norme prudentielle en ce qui concerne son aspect statique¹³⁶. En effet, affirmer que la norme prudentielle est une règle technique donne une indication première quant à sa condition. Cette première définition symbolise l'embarcadère. La norme prudentielle est une norme particulière sur le plan de sa structure qui présente des singularités. Elle s'apprécie comme une norme technique : une norme mais une norme technique. Ses caractères¹³⁷ s'étudient eu égard à ces éléments substantiels.

Un processus précis d'élaboration préside à l'esquisse de ces deux traits. Il s'agit, tout d'abord, d'éclairer la mise en place de la technicité de la règle prudentielle (Titre 1). Ce halo permet, ensuite, de souligner l'inscription progressive de la règle technique sur un gradient de normativité afin de devenir une norme prudentielle effective dans l'ordre juridique interne (Titre 2).

¹³¹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 4 : « Le concept de normes a fait l'objet d'approches doctrinales et jurisprudentielles diverses ».

¹³² P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, p. 28, n° 23.

¹³³ Ch. DELSOL, « Introduction », in *La Prudence*, p. 5 : « La différence entre la prudence ancienne et la prudence moderne tient d'abord à la différence de leurs soubassements psychologiques. La prudence ancienne est innocence d'un homme qui se sent immergé dans un monde contingent où il cherche la voie droite. La prudence moderne est la redécouverte de la contingence d'un monde que l'on avait cru rendu à la merci de la raison humaine ».

¹³⁴ La formation de la norme prudentielle constitue une première saillie dans le champ juridique puisqu'elle s'affirme dès sa conception comme un concept hybride qui lie des méthodes normatives classiques avec des particularismes typiques. Rapp. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », n° 7 : « Si la norme prudentielle se caractérise par son contenu dont la complexité est indéniable, elle se caractérise également par son processus de formation et la mutation qu'elle peut connaître ».

¹³⁵ *Dictionnaire Larousse*. V° « Structure » : « Manière dont les parties d'un tout sont arrangées entre elles : *La structure d'une plante. La structure d'un discours* ».

¹³⁶ L.-M. SCHMIT, *op. cit.*, p. 27 : « Dans une première acception, est statique l'objet qui "semble fixé de manière définitive" ».

¹³⁷ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc. : « 1. Les caractéristiques de la norme prudentielle ». La différence entre les caractères et les caractéristiques est de taille car les caractères informent quant à la structure alors que les caractéristiques telles qu'envisagées dans l'article renvoient à des traits extérieurs.

TITRE 1. LA TECHNICITÉ

21. La norme prudentielle, norme technique¹³⁸, s'affirme, en premier lieu, en sa qualité de règle technique¹³⁹. Dans le paysage juridique, il n'est rien de plus technique qu'une norme prudentielle si bien qu'il serait possible de penser que la technique prenne le pas sur le droit. Cela est le cas dans un premier temps lorsque la règle se forme. L'acquisition de la technicité¹⁴⁰ de la norme prudentielle permet de passer d'une simple orientation générale de l'industrie bancaire¹⁴¹ en une incarnation technique¹⁴². La technicité provient d'une hybridation entre, d'une part, le fait que les auteurs de la règle soient un ensemble de techniciens et, d'autre part, le fait qu'elle intervienne pour paramétrer les banques et les marchés financiers.

Ce caractère peut s'entrevoir comme le centre de cette norme. La méthode d'action des acteurs du réseau de la régulation¹⁴³ permet de comprendre comment est secrétée une règle d'abord très vague qui croit en intensité de précision. Chaque intervention d'un acteur¹⁴⁴ du réseau de la régulation tend à faire croître cette technicité. Ce mécanisme donne des réponses pragmatiques aux problèmes innombrables posés au secteur et aux opérateurs en perpétuel changement. Ce mouvement requiert des adaptations de tout instant offertes par la conjugaison croisée de deux éléments à la main du réseau de la régulation prudentielle.

Les intervenants du réseau usent de pratiques créatrices afin de mettre en forme la règle technique (Chapitre 1). Ces pratiques créatrices se propagent par le jeu de vecteurs instrumentaux qui utilisent des outils juridiques classiques à des fins techniciennes, donc extra-juridiques (Chapitre 2).

¹³⁸ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. VINEY, Bibl. dt. priv., t. 203, , LGDJ, 1989.

¹³⁹ V. Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^e éd., 2012, p. 136, n° 3 : « Pourtant, dans le même temps, on a pu se demander si les règles gouvernant les marchés financiers n'étaient pas seulement de la technique, manière, il faut le souligner, de minimiser l'importance desdites règles »

¹⁴⁰ Rappr. *Vocabulaire juridique*. V° « Juridique (technique) », sens 1 b/ : « Maîtrise de ces moyens dans l'application (lato sensu) du Droit ; savoir pratique du Droit, saisi en général ou dans tel ou tel domaine (ex. technique législative) ».

¹⁴¹ La constatation pour le secteur bancaire ne se limite bien entendu pas à ce simple domaine car elle vaut aussi pour tous les secteurs régulés. Les secteurs régulés se caractérisent par l'existence d'une ou de plusieurs « entreprises cruciales ». Rappr. M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les “entreprises cruciales” », *D.*, chron. Concurrence, n° 27, 24 juill. 2014, p. 1556, n° 22 : « La régulation de l'entreprise qui occupe tout l'espace du secteur est l'hypothèse à laquelle la France a été dans son histoire politique la plus accoutumée (EDF, SNCF, etc.) ».

¹⁴² V. *supra* n° 17.

¹⁴³ V. *infra* n° 24 et s.

¹⁴⁴ Rappr. Th. BONNEAU, *Régulation Bancaire et Financière Européenne et Internationale*, 3^e éd., BRUYLANT/LGDJ, 2016 : « Partie 1 - Les acteurs ».

CHAPITRE 1. LES PRATIQUES CRÉATRICES

22. La technicité de la norme prudentielle est le processus qui mène la transformation d'une orientation en une règle technique effective afin de répondre à une problématique opérative¹⁴⁵ à laquelle est confronté le système bancaire et financier ou bien une entreprise de ce système. Ce volet se dévoile sous l'angle technique car l'édiction s'opère par le biais de techniciens.

La norme prudentielle est forgée par un réseau d'intervenants qui exercent leur rôle à de hauts niveaux en amont de la formation de la règle : le réseau international pour l'essentiel ; ainsi qu'à de plus bas niveaux en aval : le réseau des praticiens. Se font face les concepteurs de la régulation macroprudentielle et les destinataires des règles microprudentielles¹⁴⁶. Chaque extrémité imprime vers l'autre un mouvement convergent formant un passage dans lequel va s'engouffrer un objet pauvre en normativité et en technique. Il va être façonné par ces pratiques. La pauvreté technique se perçoit par la généralité de la règle. Au fur et à mesure, la technique devient omniprésente par une sophistication inégalée dans le domaine juridique.

Le réseau déploie des pratiques descendantes qui se sont cristallisées depuis les débuts de la régulation financière (Section 1). Du réseau des praticiens émanent des arborescences techniques qui composent des pratiques ascendantes (Section 2).

¹⁴⁵ Ex. M.-A. BARBAT-LAYANI et F. OUDÉA, « Éditorial », in *Rapport du secteur bancaire en 2015* [en ligne], Rapport d'activité, FBF, 11 juill. 2016, p. 2 : « 2015 a été marquée pour le secteur bancaire par plusieurs faits majeurs : montée en puissance du numérique, affirmation du rôle des banques dans les grands sujets de société comme la transition énergétique, et une pression réglementaire considérable qui ne cesse d'augmenter ». La pression réglementaire évoquée semble surtout être le jeu de la technicité de la règle technique. Rapp. *Ibid.*, « Régulation et supervision », p. 33 : « [...] nouveau ratio mondial TLAC (Total Loss Absorbing Capacity). Ce ratio fixe de nouvelles obligations aux grandes banques systémiques pour leur permettre de poursuivre leurs activités essentielles, même après une perte ayant consommé l'intégralité de leur capital réglementaire. En imposant de tels coussins de sécurité, le TLAC apporte une réponse à la question des banques dites trop grosses pour faire faillite (« too big to fail ») ». Ce type de dispositifs est l'archétype de la présence technicienne dans les normes prudentielles.

Site FBF : [/fr/la-federation-bancaire-francaise/publications/rapports-d-activite/publication-du-rapport-du-secteur-bancaire-en-2015---fbf](http://fr/la-federation-bancaire-francaise/publications/rapports-d-activite/publication-du-rapport-du-secteur-bancaire-en-2015---fbf).

¹⁴⁶ V. Ch. NOYER, « De la théorie à la mise en œuvre de la politique macroprudentielle », in *Politiques macroprudentielles. Mises en œuvre et interactions : Revue de la stabilité financière (RSF)*, 2014, n° 18, p. 7 : « Il s'agit tout d'abord d'ajouter une perspective macroéconomique à la supervision du système financier, laquelle n'était jusqu'à présent abordée que sous un angle « micro » ». L'épithète « macroprudentiel » a été créée par opposition à l'adjectif « microprudentiel ». « Macroprudentiel » est un néologisme qui désigne la régulation prudentielle sectorielle. Elle est désignée, de façon classique, par l'adjectif « prudentiel ». En raison de l'extensivité de ce corps de règles une distinction linguistique est devenue nécessaire. En effet, non content d'intervenir au niveau du système, la régulation prudentielle s'est introduite dans ce qui peut paraître un oxymore dans la « régulation des entreprises ». Rapp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les "entreprises cruciales" », *D.*, chron. Concurrence, n° 27, 24 juill. 2014, p. 1556, n° 10 : « Enfin et en troisième lieu, pouvant se superposer aux deux premiers types de régulation, il existe une régulation de type politique. En effet, il peut exister des secteurs qui, techniquement, pourraient être organisés selon le principe de la compétition entre des opérateurs, mais l'État a décidé qu'il n'en sera pas ainsi ».

SECTION 1. LES PRATIQUES DESCENDANTES

23. Les pratiques créatrices¹⁴⁷ sont animées par un premier mouvement. A défaut de filer la métaphore de la pyramide pour l'aspect normatif¹⁴⁸, dans le cadre de la technicité, cette image sied, un peu mieux, à la démonstration d'un accroissement de la précision. Partant du point architectural le plus haut, et destinées aux praticiens, les règles techniques sont à leur point de départ. Elles se chargent en détails techniques à mesure qu'elles s'approchent de leurs destinataires, c'est-à-dire des opérateurs¹⁴⁹. Les pratiques descendantes¹⁵⁰ sont les méthodes employées par les degrés supérieurs du réseau¹⁵¹ prudentiel allant des institutions¹⁵² et cercles¹⁵³ internationaux¹⁵⁴ jusqu'aux acteurs internes¹⁵⁵ de la régulation¹⁵⁶.

¹⁴⁷ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 7 : « Si la norme prudentielle se caractérise par son contenu dont la complexité est indéniable, elle se caractérise également par son processus de formation et la mutation qu'elle peut connaître ».

¹⁴⁸ La métaphore architecturale convient mal à la description des mécanismes juridiques de cette étude.

¹⁴⁹ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Opérateur » : « Nom donné à quiconque intervient sur le marché pour acheter ou vendre (not. dans les opérations de bourse) ».

¹⁵⁰ V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511 : « Rien de plus vague a priori que cette fameuse pratique, dont on proclame toujours qu'un bon juriste doit la connaître, mais sans que personne ne sache au juste quelle place lui attribuer au sein de la théorie des sources. Or l'auteur démontre que ce vocable couvre en réalité deux notions, qu'elle appelle la pratique « ascendante » et « descendante ».

¹⁵¹ F. OST et M. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis 94, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 11.

¹⁵² V. *Vocabulaire juridique*, V° « Institution », sens 5 : « Collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune ». En matière bancaire et financière, nombreuses sont les institutions participant à l'élaboration technique de la norme prudentielle. Au niveau international, il y a la Banque mondiale et le Fonds monétaire international. Au niveau de l'Union européenne, l'institution clef est la Banque centrale européenne, située à Francfort, et entourée de son aréopage d'organismes. Le régulateur des marchés est l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF ou ESMA : European Securities and Markets Authority) dont le siège se situe à Paris. Pour l'ensemble des États de l'Union européenne, l'Autorité bancaire européenne (ABE) encadre le secteur et siège encore à Londres et ce jusqu'au terme de la procédure de négociation qui suivra la notification prévue par l'article 50 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne : « 1. Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union. 2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen ». Le siège de l'ABE devrait être rapatrié au terme de cette procédure. Ensuite, seulement pour les États appartenant à la zone euro, l'Union bancaire européenne (UBE) se présente comme une autorité tripartite. A ce maillage, s'ajoutent d'autres organismes notamment le régulateur des assurances, EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority) qui se trouve aussi à Francfort.

¹⁵³ V. *Le Robert*, V° « Cercle », sens II « Groupe de personnes » : « Groupe de personnes qui se réunissent habituellement pour discuter, étudier ou préparer une action ». Les cercles de régulation doublent les institutions. D'une organisation classique pour une branche du droit, avec des institutions et des sujets de droit bien distincts, le droit de la banque et des marchés financiers se singularise par le débat constant entre les représentants des institutions et les dirigeants des opérateurs afin de composer les lendemains prudentiels.

¹⁵⁴ V. *Vocabulaire juridique*, V° « International », sens 2 : « Désigne des situations qui, parce qu'elles intéressent plusieurs États, appellent l'application de règles particulières, de source variables ». Le terme international ne définit pas la branche du Droit mais les relations entre des opérateurs et des organismes mondiaux.

¹⁵⁵ Il s'agit des deux régulateurs et des comités consultatifs.

¹⁵⁶ Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^e éd.,

Le chemin qu'emprunte l'orientation régulatrice, du plus haut du réseau¹⁵⁷ jusqu'à l'échelon adéquat à son applicabilité, s'est cristallisé en une pratique. Ce circuit de formation était au départ¹⁵⁸ un simple usage apparenté, par la répétition, à une tradition (§1). Puis, par l'acquisition, entre autres, d'une certaine obligatorité de cheminement, cette tradition des premiers temps s'est muée en une véritable coutume prudentielle (§2).

§1. La véritable tradition initiale

24. La création de règles techniques se produisait par le fait de quelques acteurs essentiels¹⁵⁹ et moins nombreux qu'aujourd'hui. S'il existe un accord pour dire que furent mises en place des institutions spécialisées¹⁶⁰ essentielles après la Seconde Guerre Mondiale¹⁶¹, le rôle joué par ces dernières n'a pris son ampleur qu'au moment où les principaux responsables des banques centrales prirent l'habitude de se rencontrer et de travailler ensemble. Naquirent ainsi les premières règles.

Au moment où sont apparues les normes prudentielles, les instances de régulation organisaient une méthodologie de travail et d'élaboration de la technique qui revêtirait la qualification de tradition¹⁶².

En effet, leurs rencontres et le processus de prise de décision était non seulement répétitif (A), mais pas encore codifiés au point qu'il soit devenu un circuit obligatoire (B).

2012, p. 136, n° 5 : « Toutefois, en droit des marchés financiers, les règles adoptées ou proposées ont des origines diverses : elles ne sont pas seulement dues aux autorités publiques, que ce soient les autorités nationales ou les autorités européennes, ou aux autorités de supervision mises en place par celles-ci : nous pensons tout particulièrement à l'Autorité des marchés financiers et à l'Autorité européenne des marchés financiers [...] ».

¹⁵⁷ V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511 : « La pratique descendante part du sommet pour aller vers la base. Pas forcément du plus haut sommet (celui de l'État), plus souvent d'un petit sommet, mais plus élevé tout de même que le niveau de l'utilisateur moyen ».

¹⁵⁸ Le découpage chronologique superpose deux historiques. L'histoire de la finance fait l'objet d'une rupture le 15 août 1971, date de la fin des Accords de Breton Woods. Cependant, l'objet de cet ouvrage ne tend pas à dresser un état des événements l'ayant marquée. La période du « commencement » de la norme prudentielle, celle des prémices s'étend de l'adoption du Glass Steagall Act à 1988, date de la signature des Accords de Bâle.

¹⁵⁹ Aux lendemains de la Victoire des Alliés, la fondation de l'Organisation des Nations Unies (ONU), le 24 octobre 1945 après entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies adoptée le 26 juin 1945, change le visage de ce qui devient l'échelon institutionnel international. A l'ombre de cette transformation, deux autres institutions sont fondées. La première est le Fonds Monétaire International, créé quelques mois avant l'ONU, en juillet 1944. Le 27 décembre 1945 est fondée la Banque mondiale.

¹⁶⁰ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Institution », sens 1 : « En un sens général et large, éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale ; ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions (par opp. à l'histoire des événements ou à l'histoire des mentalités) ».

¹⁶¹ Il importe de ne pas perdre de vue que ce désastre s'est enraciné dans une période d'hyperinflation qui a, entre autres, creusé le lit du Parti Nazi. Ils ont notamment été menés au pouvoir par la conjonction de ce phénomène qui trouve pour origine la crise de 1929 conjugué aux rigidités du Traité de Versailles.

¹⁶² V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 128.

A. Une pratique répétitive

25. L'élaboration technique de la norme prudentielle était soumise, en ces premiers temps¹⁶³, à une pratique de composition qui peut être qualifiée de répétitive.

La régularité des rencontres, des échanges et le circuit de prise des décisions s'apparentent à une forme d'habitude (1) qui ne dénotent, en fait, qu'une volonté de facilité des échanges (2).

1. L'habitude

26. Les institutions spécialisées¹⁶⁴, FMI¹⁶⁵ et Banque mondiale¹⁶⁶ avec sa filiale la Société Financière Internationale (SFI ou IFC : International Financial Corporation)¹⁶⁷, se complètent¹⁶⁸ pour donner l'impulsion formatrice initiale.

La technicité provient du fait que l'élaboration requiert une technique de création. L'évocation d'une habitude de travail, de la technique d'élaboration, de ce qui sera probablement une norme prudentielle, invite à se pencher sur le jaillissement de la technique. Pour illustration, une institution comme le FMI

¹⁶³ V. Th. BONNEAU, « Les normes prudentielles », art. préc., n° 1 : « Si les normes prudentielles [...] existent depuis bien longtemps ». Les premiers temps ne furent pas ceux de l'édiction de la première norme prudentielle qui serait, sans doute, le célèbre Banking Act de 1933 plus connu sous le nom de Glass-Steagall Act. La réflexion sur l'élaboration de ce type de norme serait valable dans sa forme moderne depuis les chocs pétroliers des années 1970.

¹⁶⁴ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Institution spécialisée » : « Organisation internationale fondée sur une convention interétatique possédant des attributions étendues dans le domaine économique, social, culturel, scientifique ou technique et liée à l'Organisation des Nations Unies par un accord établissant des rapports de coordination, voire de subordination, se distingue de certains organes subsidiaires des Nations Unies (...) du fait qu'elle a été créée non par une résolution de l'Assemblée générale mais par une convention internationale. Ex. (...) Fonds monétaire international (FMI), etc ».

¹⁶⁵ FMI, *Guide du FMI* [en ligne], Site officiel, FMI, 2004, p. 2 : « L'institution a pour but de prévenir les crises systémiques en encourageant les pays à adopter des politiques économiques saines ; comme son nom l'indique, elle est en même temps un fonds auquel les États membres qui ont des besoins de financement temporaires peuvent faire appel pour remédier à leurs problèmes de balance des paiements ».

Site FMI : <http://www.imf.org/external/french/>.

¹⁶⁶ Banque mondiale, « A propos » [en ligne], Site officiel, *Banque mondiale* : « La Banque mondiale est semblable à une coopérative, dans laquelle les actionnaires sont ses 189 pays membres. Ces actionnaires sont représentés par un Conseil des Gouverneurs, qui est l'organe de décision suprême de la Banque mondiale ».

Site Banque mondiale : <http://www.banquemondiale.org/fr/about/leadership>.

Actuellement, la Présidence est assurée par M. Jim Yong Kim. L'usage veut que le Président soit désigné par les États-Unis.

Site Banque mondiale : <http://www.banquemondiale.org>.

¹⁶⁷ V. IFC, « A propos d'IFC » [en ligne], Site officiel, IFC : « Membre du Groupe de la Banque mondiale, IFC est la plus importante institution mondiale d'aide au développement dont les activités concernent exclusivement le secteur privé ». L'IFC engage l'économie mondiale sur la voie de priorités d'investissements vers les « marchés pionniers » et vers la culture des « relations à long terme avec les clients dans les marchés émergents ».

Site SFI :

http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_FR.

¹⁶⁸ FMI, *Guide du FMI*, *op. cit.*, p. 12 : « Le FMI et le Groupe de la Banque mondiale — dont font aussi partie la Société financière internationale (SFI) et l'Association internationale de développement (IDA) — exercent des fonctions complémentaires. Le FMI met l'accent sur les résultats macroéconomiques ainsi que sur la politique macroéconomique et financière, tandis que la Banque s'intéresse avant tout au développement à long terme et à la lutte contre la pauvreté ».

revendique son rôle de conseil¹⁶⁹ des banques centrales nationales dans leur politique. Par ricochet, une pratique de cette nature conduit à canaliser et orienter en continu¹⁷⁰ le domaine financier.

27. La simplicité. – Le développement, déjà très ancien des marchés financiers¹⁷¹ et des grands établissements bancaires¹⁷², oppose un système à l'organisation complexe. L'introduction de règles techniques pose des difficultés puisqu'il ne faut pas attenter à la concurrence des agents économiques concernés. Les auteurs de règles techniques ont opté pour une méthode la plus simple possible afin de formuler des règles adaptées. L'objet passe ainsi au premier plan. La technique d'élaboration¹⁷³ s'efface derrière la technicité de la règle elle-même.

Le recours à une forme de tradition comme technique d'édiction de la règle technique s'avérait pertinent. La répétitivité des rencontres permettait de produire de la réglementation technique. Les *board* de Gouverneurs des principales banques centrales, souvent en marge des sommets¹⁷⁴, de la planète impulsaient une dynamique dans un climat pas encore agité par le *Big Bang* de la City. La période de la tradition, à la veille d'une déréglementation de grande ampleur et d'une informatisation des systèmes d'échanges boursiers, n'était pas celle de la production d'une kyrielle de textes.

Cette habitude de dialogues réguliers avait une efficacité. La preuve se cache dans le vide. Il est courant de faire observer le foisonnement de textes, la prolifération de normes. Cette observation demeure valable pour la période contemporaine. Elle ne l'était pas pour la période de mise en place de la tradition prudentielle. Le décloisonnement n'ayant pas encore fait son œuvre, les règles techniques restaient dans le giron des États. L'absence de textes, remarque quelque peu paradoxale, symbolisait la réussite de ce processus de fonctionnement.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 34 : « Le FMI est sans doute plus connu pour les conseils qu'il donne dans le domaine économique et ses prêts à l'appui des politiques conduites par les États membres en temps de crise ».

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 34 : « Mais il fait aussi bénéficier ces pays de ses compétences en leur offrant régulièrement une assistance technique et une formation dans un large éventail de domaines qui vont des banques centrales à la politique monétaire et de change, en passant par la politique et l'administration fiscales et les statistiques officielles ».

¹⁷¹ Entendu dans l'époque contemporaine c'est-à-dire après la fin des Accord de Bretton Woods.

¹⁷² Les principaux établissements bancaires sont désignés par le FSB comme les Global-Systemically Important Banks (G-SIBs). Par symétrie, les principaux établissements financiers portent l'appellation de Global-Systemically Important Financial Institutions (G-SIFIs).

Rappr. BIS, « The G-SIB assessment methodology – score calculation » [online], Official website, BIS, Nov. 2014.

Site BRI : <http://www.bis.org/bcbs/publ/d296.pdf>

Rappr. FSB, « 2015 update of list of global systemically important banks (G-SIBs) » [online], Official website, FSB, Nov. 3rd 2015, Annex I, p. 3.

Site FSB : <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/2015-update-of-list-of-global-systemically-important-banks-G-SIBs.pdf>

¹⁷³ L'entrelacement de la technique d'élaboration et de la technicité intrinsèque de la future norme prudentielle sont indissociables. Parler de l'une revient toujours à évoquer l'autre. Ce rappel ne doit pas quitter l'esprit. Si la technicité évolue au gré des évolutions financières, le canevas technique demeure.)

¹⁷⁴ Ex. rencontres en marge du G 6 devenues plus tard le G 20 édition Finance.

Ceci semble d'autant plus avéré qu'aucun texte fondamental à l'échelon international. Les principaux textes¹⁷⁵ appartiennent de façon exclusive. A titre d'exemple, la loi bancaire de 1984 est restée en vigueur, pour l'essentiel, jusqu'en 2000. Cette longévité laisse songeur au regard des textes actuels. Pourtant, cette loi de référence¹⁷⁶ a organisé seule presque toute l'architecture de la matière en droit français. Les discussions entre dirigeants politiques et dirigeants des banques centrales laissait une importante marge de manœuvre aux États et la possibilité de choisir un modèle d'organisation des établissements bancaires. La France retenait celui de banque universelle.

28. La construction. – La métaphore architecturale n'est plus adaptée à la description et à l'analyse du droit bancaire. Néanmoins, elle conserve son intérêt pour la description de la méthode d'édiction des normes prudentielles avant la création de la réglementation balaioise. FMI, Banque mondiale et Gouverneurs des banques centrales ont été les bâtisseurs de la réglementation technique prudentielle. Avant la financiarisation des années 1984-1985, les Gouverneurs des banques centrales et celui de la Banque de France¹⁷⁷ étaient les véritables dirigeants, presque de fait, du secteur bancaire français. L'essor des banques françaises nationalisées en 1945 et en 1981 donnait au Gouverneur de la Banque de France une aura et une influence directe inégalée sur les orientations et l'encadrement du secteur. Le Comité de Bâle¹⁷⁸ et l'OICV, régulateur mondial des marchés financiers, assurent une transition. Les marchés financiers, non centralisés comme les banques par une banque de premier rang, sont encadrées par une institution internationale. Le secteur bancaire devient piloté par un organe de rencontres informelles. Il réunit les Gouverneurs¹⁷⁹ des banques centrales des dix États les plus riches, dont les membres du G 6.

¹⁷⁵ N. L. n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

¹⁷⁶ V. A. GOURIO, « L'adoption de loi du 24 janvier 1984 », *Banque & Droit*, Hors série, mars 2014, p. 6 : « La loi instaure un principe d'universalité. Mais attention, « universalité n'est pas uniformité », écrivait Jacques Delors dans la Revue Banque. Autrement dit, la loi crée un concept générique d'établissement de crédit couvrant différents types d'organisations. C'est l'apport essentiel de la loi de 1984 : elle permet la création du modèle de la banque universelle dont il faut évaluer la pertinence passée et future ».

¹⁷⁷ Entre 1971 et 1988, se sont succédés à la tête de la Banque de France cinq Gouverneurs : Messieurs Olivier Wormser, Bernard Clappier, Renaud de La Genière, Michel Camdessus et Jacques de Larosière. Messieurs Camdessus et de Larosière ont d'ailleurs échangé de poste : le premier devenant Directeur général du FMI à la place du second ; le second prenant ses fonctions de Gouverneur de la Banque de France à la place du premier.

¹⁷⁸ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31 : « La nature ayant horreur du vide, des organismes *ad hoc* ont été institués afin d'appréhender ce phénomène. Cela explique la création, il y a quarante ans, d'institutions tournées vers la régulation prudentielle et des marchés : le Comité de Bâle et l'OICV (1974) [...] ». Le Comité de Bâle est abrité pour sa réunion trimestrielle par la Banque des Règlements Internationaux (BRI ou BIS : Bank for International Settlements) qui en assure le secrétariat et la diffusion des résolutions. Rapp. BIS, « Basel Committee on Banking Supervision - overview » [online], Official website, *BIS*, 28 juin 2011 : « The Basel Committee on Banking Supervision provides a forum for regular cooperation on banking supervisory matters. Its objective is to enhance understanding of key supervisory issues and improve the quality of banking supervision worldwide ».
Site BRI : <https://www.bis.org/bcbs/index.htm?m=3%7C14>.

¹⁷⁹ Le comité exécutif est assuré par le groupe des Gouverneurs, le Group of Governors and Heads of Supervisions (GHOS), désignant dans ses rangs un président

Cette translation incarne une internationalisation de la technique d'encadrement pratique des opérations. International contribue à l'édification d'un ensemble technique supranational¹⁸⁰. Or, supranational ne signifie pas sans les États. En effet, si tous les acteurs du secteur s'accordent à dire que le Comité de Bâle s'illustre en véritable clef de voute du système technique, il n'a jamais été un organe « hors sol ». Au contraire, dans sa mission de propager une discipline de gestion des opérateurs, les règles techniques applicables à cette industrie complexe s'appuient sur un socle solide. Il s'incarne en la personne des Gouverneurs qui participent au comité exécutif. Ce *board* élabore des règles communes dans un climat informel propice à l'adoption simplifiée et directe des règles techniques.

2. La facilité

29. La rapidité – La répétition n'est pas vaine puisqu'elle est le moyen le plus facile de produire de la réglementation technique opérationnelle. L'enjeu initial était de pouvoir adopter dans un bref délai des règles techniques. Ce délai était suffisant pour être mis en place au moment des sommets internationaux. Il importe de noter qu'un sommet international est d'abord une rencontre *internationale*¹⁸¹. Le Comité de Bâle et l'OICV couvrent, aujourd'hui, presque tout le domaine mais pour parvenir à un tel résultat la négociation a joué un rôle essentiel. Les grands traits des règles techniques doivent être dessinés en quelques jours. La rapidité permet de ne pas sombrer dans des atermoiements. La supervision¹⁸², assurée par ce balbutiement de réseau, avait l'avantage d'une réaction rapide et efficace face aux crises. Le climat de déréglementation n'était pas ressenti comme une crainte. En parallèle, il organisait une régulation au lieu de la réglementation. Elle constituait le supplétif à la préservation, en droit interne, d'un arsenal juridique. La déréglementation faisait naître un risque accru de crise financière par l'assouplissement du corset dans lequel se trouvaient enserrées les banques et les marchés.

La réactivité traduit le gain de temps offert par l'informalité du fonctionnement du GHOS et des Gouvernements.

¹⁸⁰ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Rapport sur le contrôle des établissements des banques à l'étranger* [en ligne], Site officiel, BRI, sept. 1975, p. 1 : « L'objet du présent rapport est de dégager certaines orientations concernant la coopération entre autorités nationales en matière de contrôle des établissements des banques à l'étranger et de suggérer des moyens pour en améliorer l'efficacité ». Site BRI : <https://www.bis.org/publ/bcbs00afr.pdf>

¹⁸¹ Il s'agit de rencontres entre les États et non institution planétaire comme peut l'être l'Organisation des Nations Unies (ONU) par exemple.

¹⁸² V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31, n° 28 : « Initialement, le rôle du Comité de Bâle visait à promouvoir une culture de supervision partagée, notamment en favorisant la supervision consolidée ».

30. L’informalité. – Le caractère informel¹⁸³ est le mode de concertation des acteurs. Les banques et les marchés financiers sont influencés par un pragmatisme anglo-saxon. Le Comité de Bâle et le FSB¹⁸⁴ agissent sur le modèle de « clubs ». Ils regroupent des institutions par la présence de leurs représentants. L’aspect personnel prend le pas sur le caractère institutionnel. La présence des Gouverneurs a une importance au moins égale, si ce n’est supérieure, à la représentation de la banque centrale qu’ils président.

Certains auteurs¹⁸⁵ considèrent qu’il s’agit d’une « précarité »¹⁸⁶. La technicité de la norme prudentielle provient autant du fait qu’elle apporte une solution technique à une problématique précise que du fait qu’elle est conçue par des techniciens. Ces organismes informels sont des sommets desquels ruissellent la pratique descendante¹⁸⁷. L’informalité montre que ce sont des professionnels, des praticiens à la tête d’institutions qui produisent de la technique à destination des professionnels du secteur.

La création du Comité de Bâle, du G 6, du FSB, beaucoup plus tard, démontre que le droit de ces « nouveaux législateurs » se crée entre les États, entre les institutions. L’informalité prouve que la tradition prudentielle initiale était une technique « interstitielle » de composition des règles techniques. Cette technique est issue d’une négociation et donc d’un compromis. L’absence de force obligatoire est une autre manifestation de cette technique « interstitielle ».

B. Une pratique facultative

31. La tradition technique prudentielle s’appuyait sur une habitude, meilleur moyen de fournir un contrôle à ce pan des affaires.

L’absence de force obligatoire de la tradition¹⁸⁸ la place comme un premier pas dans les pratiques descendantes.

¹⁸³ *Ibid.*, 8 : « Par ailleurs, le caractère éminemment informel de ces organisations soulève des difficultés sérieuses au stade de la déclinaison des mesures adoptées, lors de leur transposition, en raison de l’hétérogénéité des régimes ainsi établis mais aussi en raison de la façon, plus ou moins baroque, dont ces normes sont adoptées ».

¹⁸⁴ Le Conseil de Stabilité Financière ou *Financial Stability Board* est né en 2009. Il est le symétrique du Comité de Bâle pour les marchés financiers. Indice de cette symétrie, son secrétariat est assuré par la BRI à Bâle. Il coordonne la régulation financière, repère les vulnérabilités et produit des standards internationaux.

¹⁸⁵ *Ibid.* : « I. Des institutions au statut précaire et aux attributions ambitieuses ».

¹⁸⁶ *Ibid.*, « A. Un statut précaire ».

¹⁸⁷ V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511 : « La pratique descendante part du sommet pour aller vers la base. Pas forcément du plus haut sommet (celui de l’État), plus souvent d’un petit sommet, mais plus élevé tout de même que le niveau de l’utilisateur moyen ». En l’occurrence, la règle technique part d’un sommet décalé par rapport à l’État dans la mesure où le sommet en question est composé d’un réseau d’organismes internationaux.

¹⁸⁸ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 36 : « Dans des cas de ce genre, Gény croyait pouvoir se référer à la "tradition", autrement dit à une coutume inachevée puisque dépourvue de force obligatoire ».

Le fait que la tradition des intervenants du réseau s'analyse comme un refus c'est-à-dire un choix (1) ; un choix qui s'est inscrit dans un certain devenir évolutif (2).

1. Le choix

32. L'absence de décideur. – Le caractère facultatif de la tradition initiale marque une volonté¹⁸⁹ forte de la part des acteurs du système financier. Elle s'entrevoit comme le revers positif de la « précarité ». Au lieu d'un passage par la voie diplomatique, les intervenants du réseau international ont par la force des choses, avec spontanéité, opté pour technique d'élaboration produisant des règles techniques facultatives. Facultatif équivaut à non obligatoire. L'absence de force obligatoire était le propre de la première phase de fondation des normes prudentielles.

L'absence d'organisme centralisateur a à voir avec le consensus et la négociation. Ne passant pas par les institutions mais par leur représentant, les échanges de personne à personne et la recherche d'un point d'équilibre mettaient en relief une multipolarité plutôt qu'un centralisme décisionnel. Ce centralisme se perçoit à l'échelle d'une banque centrale nationale où le Gouverneur prend, en concertation ou non avec le pouvoir politique, les orientations et les décisions quant à la politique monétaire par exemple. Pour créer une règle technique, chacun apporte des éléments à la construction de l'objet technique sans, a priori, que l'un prenne l'ascendant sur les autres. Ce propos doit être nuancé puisque ces « clubs » et organismes internationaux sont dominés par un cénacle¹⁹⁰ d'États.

L'absence de décideur ne signifie pas qu'il n'y ait pas de décideurs. Cette nuance donne à voir la pluralité des auteurs de la décision. Ces « décideurs » assument collectivement le poids des règles techniques adoptées : ils formaient dès l'origine le réseau¹⁹¹.

Les interconnexions¹⁹² mettent en relation des acteurs qui dans une conception hiérarchisée et pyramidale classique ne devraient pas être en relation. Le Code monétaire et financier¹⁹³, donc la loi, prévoit un rôle de représentation et de négociation au sein des instances supranationales.

¹⁸⁹ P. RICOEUR, in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Éditions Albin Michel, 2001, p. 2102. V^o « Volonté » : « Le concept de volonté présente les aspects psychologiques d'un problème dont la dimension philosophique est exprimée par le concept de liberté ».

¹⁹⁰ V. Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, Dalloz, 5^e éd., 2015, p. 43 : « La politique monétaire ne relève plus d'un État, mais d'un Système, sans qu'aucun contrôle, ni politique, ni juridique, ne soit prévu ».

¹⁹¹ V. I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Gallimard (Folio), 2001, p. 7-8 : « Nous sommes en train de passer de pouvoirs autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes ».

¹⁹² En ce sens, C. monét. fin., art. L. 621-1 : « L'Autorité des Marchés Financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, [...] Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international ». La loi brouille la métaphore de la pyramide dont les strates seraient superposées et étanches. Le droit part certes d'un sommet et ruisselle vers le sujet de droit professionnel ou non professionnel. Cet article montre *expressis verbis* un mouvement ascendant du régulateur national vers les organismes supranationaux.

¹⁹³ V. C. monét. fin., art. L. 621-1. Rapp. S. NEUVILLE, *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, 2005, p. 104, n^o 66 : « Le nouvel organisme [à propos de l'AMF] ne fait pourtant pas table rase du passé, puisqu'il emprunte à la COB, ses locaux de la place de la Bourse, ainsi qu'une large partie de son organisation

33. L'empirisme. – L'empirisme se base sur l'observation et l'expérimentation : la création de la règle technique pour répondre aux problématiques concrètes de l'encadrement des banques et des marchés s'appuie sur un raisonnement inductif. La méthode empirique¹⁹⁴ est un choix de simplicité. Garante d'efficacité, cette technique permet de négocier en détails la réglementation technique, sans recours à l'abstraction et conceptualisation du système.

L'empirisme permet de développer une technique de la technique. La mise en place d'un réseau montre les dualités souvent paradoxales¹⁹⁵ des normes prudentielles. Ces paradoxes, dus à ce que MM. les Professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove appellent des « hiérarchies enchevêtrées »¹⁹⁶, conduisent à adopter une technique négociée. Mais, les temps précédant la signature des Accords de Bâle étaient encore dominés par la politique.

Le réseau encore peu développé n'avait pas encore le poids et la prédominance actuelle. La présence marquée du politique dans les choix techniques semble aujourd'hui surprenante. La règle technique ne pouvait être qu'imprégnée de politique dans la mesure où les pouvoirs publics exerçaient une forme de tutelle sur le secteur bancaire. Les marchés financiers n'existaient pas encore en France. La période connaissait encore la Bourse¹⁹⁷.

Les deux lois nationalisations bancaires en 1945¹⁹⁸ et en 1982¹⁹⁹ ainsi que la privatisation de 1986²⁰⁰, alors que M. Édouard Balladur était Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et de la

(sect. I) et de ses missions (sect. II) ». La mission de coopération de l'AMF est donc ancienne puisqu'elle remonte à l'institution qui a été fusionnée pour former l'AMF. La Commission des Opérations de Bourse (COB) avait donc déjà cette charge de négocier la régulation au sein des organes supranationaux.

¹⁹⁴ En ce sens, V. R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *Les crises financières*, Rapport réalisé par le Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre français, La Documentation française, 2004, p. 14 : « Première difficulté à surmonter : il faut identifier empiriquement avec assez de précision et de pertinence les épisodes de la vie économique qui constituent des événements pouvant être considérés comme des crises financières (telles que l'on vient de les définir, crise de change, crise boursière, crise bancaire) ». La question de l'empirisme se révèle fondamentale à ce stade et sied bien à l'idée d'une tradition développée lors d'une période moderne de la finance qui se serait étendue durant toute la période des Accords de Bretton Woods.

¹⁹⁵ V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis 94, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14 : « On pourrait tout d'abord évoquer à cet égard ce que, dans la théorie des systèmes on appelle « boucles étranges » : ces exemples de « hiérarchies enchevêtrées » dans lesquels l'organe « inférieur » (inférieur selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe « supérieur » qui, en principe, devrait pourtant déterminer sa propre action ».

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ V. J.-J. DAIGRE, « La fin des "bourses" », *RDBF*, n° 2, mars 2003, alerte 100013 : « La « bourse au sens classique est un processus d'enchères réservé aux valeurs mobilières cotées et imposé à toutes les transactions sur celles-ci. Les « marchés financiers au sens anglo-américain sont des marchés de valeurs mobilières en libre concurrence et librement organisés ».

¹⁹⁸ L. n° 45-15 du 2 déc. 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques et à l'organisation du crédit.

¹⁹⁹ L. n° 82-155 du 11 févr. 1982 de nationalisation. Rappr. C. const. n° 82-139 DC du 11 févr. 1982 *Loi de nationalisation* et C. const. n° 82-962 AN du 24 février 1982 *Loi de nationalisation*. Ces deux décisions, dont une a proclamé la non-conformité de cette loi à la Constitution, sont des indices du traumatisme subi par les établissements bancaires. Cela justifie peut-être le choix de la régulation plutôt que de la législation par le droit dur.

Rappr. BNP Paribas, « Les nationalisations bancaires en France » [en ligne], s. d. : « La France est le seul pays d'Europe à avoir nationalisé deux fois son secteur bancaire au XX^e siècle, en 1945 et 1982 ».

Privatisation, constitue un faisceau d'indices des rapports étroits entretenus entre l'État et les banques. Ces oscillations montrent la toute-puissance du pouvoir politique sur le secteur.

Ce balancement a amorcé la dynamisation d'un secteur figé pendant des décennies. Le choix d'une technique particulière de négociation pour la fourniture de règles techniques indique les évolutions découlant de ce choix.

2. Le choix évolutif

34. L'affinage méthodologique. – En cette première période, l'absence de force obligatoire se présentait comme un avantage, fruit d'un choix délibéré. La raison est, à coup sûr, une volonté de mettre en place un climat international de production de normes techniques en vue de réguler, à cette époque, essentiellement les banques.

Procéder par une technique de type traditionnel requiert deux conditions cumulatives. La première est la répétitivité de la pratique ; la seconde, une absence de force obligatoire.

L'avantage, à ce stade, tenait dans le fait que le pouvoir politique de chaque État restait préservé. Chacun conservait une marge de manœuvre forte. Les clubs informels n'étaient au fond que des facilitateurs dans la compréhension de la technique que les techniciens entendaient forger pour organiser l'activité du secteur bancaire et boursier. Le réseau ne faisait pas encore d'ombre à la pyramide. L'horizontalisme du système n'était pas exacerbé comme aujourd'hui. Par conséquent, la clarté des normes était encore visible. L'illustration la plus flagrante était loi bancaire de 1984²⁰¹. Les États avaient encore un important pouvoir notamment celui de définition²⁰² que se sont désormais arrogés les organismes supranationaux. Cette loi contenait d'importantes créations telles que celle d'établissement de crédit²⁰³ qui est une catégorie juridique plus large que celle de banque avec ses opérations de banque²⁰⁴. A ce pouvoir essentiel, maintenant ôté des mains de l'État, s'ajoutait la durabilité²⁰⁵ de la loi. La formation des règles par le réseau imprime un rythme effréné à la mise en place de règles techniques. Ce battement incessant contraste avec une loi maintenant saluée par la doctrine²⁰⁶.

Site BNP Paribas : <http://adr.bnpparibas.com/wp-content/uploads/2012/04/Les-nationalisations-bancaires-en-France.pdf>.

²⁰⁰ L. n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

²⁰¹ L. n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

²⁰² Ex. *Ibid.* : « Titre Ier : Définition des établissements de crédit et conditions d'exercice de leur activité »

²⁰³ *Ibid.* : « Chapitre Ier : Définition des établissements de crédit et des opérations de banque ».

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ Remis à jour en grande partie par Ord. n° 2000-1223 du 14 déc. 2000 en vigueur le 1^{er} janv. 2001.

²⁰⁶ V. A. GOURIO, « L'adoption de loi du 24 janvier 1984 », *Banque & Droit*, Hors série, mars 2014, p. 6 : « Nous célébrons aujourd'hui les 30 ans de cette loi et l'on peut dire que même si elle a fait l'objet de réformes importantes, concernant notamment les activités de contrôle et la séparation de certaines activités, ses règles fondamentales d'organisation demeurent et continuent de structurer le système bancaire français ».

Si l'État pouvait bâtir avec une loi toute l'architecture du système bancaire français²⁰⁷, cela est à l'heure actuelle impossible. La tradition initiale se montre maintenant insuffisante.

Les règles techniques deviennent, de plus en plus complexes, au fil de la complexification des opérations et de l'organisation bancaire et financière. La désintermédiation, le découplage et la déréglementation²⁰⁸ ont induit une considérable recrudescence des échanges et des liens entre opérateurs bancaires et financiers. Ces nouveaux marchés et ces nouvelles opérations²⁰⁹ ouverts aux investisseurs précipitent la formation de bulles spéculatives assises sur l'innovation financière. Cette dernière a conduit le réseau à mettre en place un circuit procédural dans l'adoption de règles techniques.

La mise en place de procédures²¹⁰ d'élaboration des règles techniques assure un premier balisage. La technique d'élaboration s'en trouve enrichie par l'ajout d'acteurs et l'adossement du Comité de Bâle au G 6 devenu G 7 qui lui donne mandat pour négocier des règles techniques.

Le passage à l'écrit constitue une seconde étape de renforcement procédural. Les Accords de Bâle²¹¹ sont la rupture dans cette continuité. La force obligatoire suggérée d'un tel compromis a provoqué un changement de dimension et une prise de contrôle par le réseau. Ces accords²¹² sont la preuve que le mode traditionnel de formation devient coutumier. La mise en place du circuit de régulation devient une sorte de coutume²¹³. Le basculement dans la technique d'élaboration diffère quant à l'obligatorité de la technique.

L'augmentation de la fréquence des rencontres, leur préparation étoffée, la multiplication des intervenants sont trois éléments donnant à penser qu'une procédure de formation des règles techniques se matérialise. Le processus procédural induit le passage de la tradition vers une forme de coutume.

²⁰⁷ *Ibid.* : « C'est sur le fondement de la loi de 1984 que s'est construit le système bancaire français actuel, caractérisé par un nombre limité de groupes bancaires généralistes dont la solidité a permis de traverser sans trop de dommages les crises financières mondiales qui se sont succédé ».

²⁰⁸ Plus connue sous le nom de théorie des « 3D ».

²⁰⁹ Ex. la généralisation des contrats à terme qui ont été conçus initialement pour les matières premières.

²¹⁰ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Procédure », sens 3 : « Ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision ».

²¹¹ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juill. 1988. Cet accord de convergence est maintenant désigné sous le nom de Bâle I.

²¹² *Ibid.*, p. 2, 1. : « Ce rapport présente le résultat des travaux effectués pendant plusieurs années par le Comité pour réaliser une convergence internationale des réglementations de contrôle bancaire régissant le niveau de fonds propres des banques internationales ».

²¹³ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 36 : « Dans des cas de ce genre, Gény croyait pouvoir se référer à la "tradition", autrement dit à une coutume inachevée puisque dépourvue de force obligatoire ». L'acquisition de la force obligatoire de la tradition semble aménager le passage de la tradition à la coutume. La coutume ne se différencierait donc pas de la tradition dans sa nature mais dans son degré d'intensité et de perfectionnement.

§2. La fausse « coutume » contemporaine

35. La confrontation régulière à des crises financières²¹⁴ exerce une influence sur le tracé traditionnel originel par lequel mature la norme prudentielle. Ces chocs²¹⁵ ont contraint les intervenants de la régulation à adopter des circuits créateurs de la norme afin d'améliorer l'efficacité de la régulation. La rupture se produit par la signature des Accords de Bâle²¹⁶ en 1988.

Face à la répétition des crises²¹⁷ et la fragilité²¹⁸ du modèle systémique²¹⁹, il a été convenu par une sorte d'accord tacite la mise en place d'un schéma fixe de prise des décisions et de mise en place des techniques nécessaires à la gestion de secteur.

Si elle reprend l'aspect répétitif de la tradition (A), la coutume prudentielle contemporaine devient désormais imposée car obligatoire (B).

A. Une pratique répétitive

36. La coutume actuelle appartient à un processus d'intensification de la tradition initiale qui a posé les premiers jalons.

Encore une répétition. L'identité de la coutume à la tradition sur ces traits donne l'impression d'une répétition. La question de la répétitivité se pose justement. Une simple pratique non réitérée choit au rang d'exercice ponctuel.

Pourtant, elle s'apprécie à travers une continuité (1) depuis la tradition. Elle ne diffère pas dans sa nature²²⁰, elle se situe dans une cyclicité et non une ponctualité (2).

²¹⁴ Entre le 15 août 1971, date de naissance de la finance moderne, et 1988, date de signature des premiers Accords de Bâle, huit crises secouèrent les marchés financiers dont la première le jour du 15 août 1971 sur les marchés monétaires. L'annonce par le Président américain Richard Nixon de la fin de la convertibilité du dollar américain avec l'or entraîna d'importantes agitations sur le marché des changes. Rappr. R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *Les crises financières*, Rapport réalisé par le Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre français, La Documentation française, 2004.

²¹⁵ Depuis la fin des accords de Bretton Woods, la finance moderne a vu se succéder pas moins de 30 crises d'ampleurs diverses. Rappr. C. DE BOISSIEU, « Introduction », in R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *Les crises financières*, Rapport réalisé par le Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre français, La Documentation française, 2004, p. 7 : « Les crises financières se sont multipliées depuis quelques années, prenant souvent la forme de crises « jumelles » (conjugaison de crises bancaires et de crises de change) ».

²¹⁶ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, juill. 1988, p. 2, n° 1 : « A la suite de la diffusion des propositions du Comité en décembre 1987, un processus de consultation a été engagé dans tous les pays du Groupe des Dix et ces propositions ont également été diffusées aux autorités de contrôle du monde entier ».

²¹⁷ V. C. DE BOISSIEU, « Introduction », in R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *Les crises financières*, Rapport réalisé par le Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre français, La Documentation française, 2004, p. 17 : « Toutes formes confondues, la fréquence des crises financières serait donc passée d'un peu plus de 6 % dans la période de Bretton Woods à près de 12 % dans la période postérieure à 1973 ».

²¹⁸ *Ibid.*, p. 11 : « À l'origine de la plupart des épisodes de *fragilité financière*, se trouve un emballement du crédit qui déclenche un mécanisme d'*accélérateur financier* qui se propage à différents marchés ».

²¹⁹ *Ibid.*, p. 17 : « On est ainsi frappé par la *réapparition des crises bancaires* à partir des années soixante-dix, par la *fréquence des crises de change*, et par le retour des *crises doubles* (de change et bancaires) quasiment absentes de la période 1945-1971 (figure I.1) ».

1. La continuité

37. L'identité. – La répétitivité de la coutume est incontestable que depuis la signature des Accords de Bâle²²¹. La répétition²²² est l'élément d'identité à la tradition initiale. Cette identité insinue l'idée d'une perpétuation du mécanisme de production des règles techniques d'encadrement. La technique d'élaboration des règles techniques, lesquelles s'intègrent aux normes prudentielles, n'est au fond que la tradition²²³ étudiée mais intensifiée, affinée et dotée d'une procédure créatrice. Il est possible de prendre le contrepied de Génys²²⁴ en présentant l'élaboration coutumière comme l'achèvement de la tradition initiale. L'identité à cette tradition se traduit par une montée en puissance des relations réticulaires²²⁵.

La formation des normes prudentielles sur le plan technique devient coutumière. Désormais, la coutume créatrice développe avec une pulsation de plus en plus forte de nouvelles notions. Exposition, ratios, données chiffrées sont étrangères aux juristes. La bascule est opérée par les Accords de Bâle qui introduisent ce fameux ratio des 8% de fonds propres²²⁶. Ils sont énoncés sans que qui que ce soit connaisse de manière exacte l'essence de ce rapport. Seul le chiffre est retenu et lancé de façon mécanique par les juristes. Il n'est d'ailleurs plus vérifiable aujourd'hui²²⁷.

Peu d'interrogations se font jour quant à la nature des fonds propres en question. Le droit bancaire et financier est une matière teintée d'économie. Les données chiffrées masquent l'enjeu majeur. Les fonds propres ne sont pas des normes prudentielles mais sont un référentiel de la technique prudentielle. Les fonds propres s'entendent d'abord comme des fonds c'est-à-dire des valeurs. L'adjectif apporte une précision et induit que ces valeurs soient personnelles à l'établissement. Les

²²⁰ V. F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe “différence de nature (égale) différence de régime” », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Penser le droit, 2013, p. 415, n° 3 : « Autrement dit, la recherche de la nature juridique est une recherche de cohérence du système juridique ».

²²¹ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juillet 1988, p. 2, n° 1. : « travaux effectués pendant plusieurs années ».

²²² V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 36 : « Il ne le semble pas puisque la coutume repose sur une pratique répétée - et répétée parce que judicieuse - alors que les principes en cause ont le plus souvent un caractère irrationnel et indémontrable ».

²²³ V. *supra* note 161.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 18 : « En ce qui concerne les valeurs associées respectivement au paradigme de la pyramide et à celui du réseau, on notera que, si la hiérarchie classique poursuivait les valeurs de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance, le réseau en revanche, cultive les valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent ».

²²⁶ V. Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juillet 1988, Annexe 4. Les normes minimales de fonds propres à la fin de 1992 devaient s'élever à 8 % de fonds propres. Ce pourcentage est communément désigné sous le vocable de « ratio Mac Donough ».

²²⁷ Ce ratio de 8% de fonds propres a été modifié dans les Accords de Bâle II qui les a transformés en ratio avec une pondération des risques. Puis, il est devenu un ratio de 12,5% dans les Accords de Bâle III encore en application.

fonds propres s'approchent de la notion de capital social²²⁸. Cependant, fonds propres et capital social ne sont pas synonyme. En effet, les fonds propres sont un ratio entre les fonds immédiatement ou rapidement mobilisables et l'ensemble des avoirs de la banque²²⁹. Les banques reçoivent des fonds du public²³⁰ et prêtent ces fonds au public²³¹. Le problème des banques se trouve dans ce double flux. Les opérateurs doivent assurer des opérations de crédit²³², tout en conservant la capacité de restituer les fonds déposés. L'hypothèse d'une restitution intégrale des fonds déposés étant improbable, les Gouverneurs réunis à Bâle en 1988 avaient estimé que la conservation de 8% de fonds sur le total des fonds prêtés assure une solidité suffisante de l'établissement. Les ratios sont un instrument privilégié de la réglementation bâloise. Le pourcentage ne doit pas occulter l'instrument technique non chiffré qui lui est accolé.

L'exposition est un second instrument technique usité par le secteur. La notion est beaucoup plus vague et trouble la doctrine juridique²³³. Cet instrument, volontairement flou sur le plan juridique, pose un problème de définition d'autant plus qu'il est ubiquitaire dans la réglementation²³⁴. Les textes prennent soin de ne pas en donner une définition²³⁵. A l'instar du bon-père de famille²³⁶, l'exposition est comprise de façon intuitive mais poser des mots sur cet instrument est plus difficile. L'idée de l'exposition revient à évaluer à quel point l'établissement bancaire ou financier est engagé par ses fonds propres auprès des tiers.

L'utilisation de notions formée durant la période précédente permet de lancer la mécanique de la coutume contemporaine d'élaboration de la norme prudentielle. S'il existe une identité de nature²³⁷, la coutume a opéré un renforcement.

38. Le renforcement. – Quiconque évoque une norme technique fait surgir dans l'esprit de tout juriste un passage intellectuel par le paradigme de la pyramide kelsénienne²³⁸. La puissance de la métaphore de l'édifice en construction se dresse avec tant de force qu'éviter cet écueil dans la

²²⁸ En effet, il pourrait exister un capital minimum fixe égal à un montant précis. Or cela n'est pas le cas pour les banques.

²²⁹ Les fonds propres sont une préoccupation essentielle dans les règles microprudentielles.

²³⁰ C. monét. fin., art. L. 311-1 : « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ».

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ V. T. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 12 : « Déjà le terme « exposition » n'est pas clair pour un juriste, ce qui explique qu'il soit défini ; il l'est de façon spécifique pour les grands risques : c'est un actif ou un élément hors bilan ».

²³⁴ Ex. PE et Cons. UE, règl. n° 575/2013, 26 juin 2013, préc. Le Titre 5 de ce règlement du 26 juin 2013 s'intitule : « Exposition sur le risque de crédit transféré ».

²³⁵ V. *Le Larousse*, sens 1 : « Action de mettre en vue ; fait d'être montré, exposé ».

²³⁶ Supprimé de tout texte légal désormais. V. L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : art. 26.

²³⁷ *Contra* F. ROUVIÈRE, art. préc., n° 2 : « toute différence de nature implique une différence de régime ».

²³⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 2° éd., 1999, p. 206 : « la structure de l'ordre juridique représentant une pyramide de normes hiérarchisées, les unes supérieures ; les autres inférieures ».

définition des normes prudentielles relève de l'ascèse. En effet, elle traverse l'ensemble du monde juridique qui en est dépendant et s'y réfère avec constance.

Le réseau²³⁹, voici le nouvel horizon. Avançant droit vers lui, le droit contemporain a sacrifié une partie de la souveraineté régalienne attachée au pouvoir de légiférer au profit d'une nébuleuse souterraine²⁴⁰ mouvante²⁴¹ et faite de rhizomes²⁴². Le concept de rhizome, arborescence partiellement ensevelie et omnidirectionnelle, sied à un droit décentralisé. La décision normative est issue du péristaltisme réticulaire.

La notion de « réseau »²⁴³ s'est d'abord insinué dans le champ du droit international privé²⁴⁴. Il a gagné le droit bancaire et financier. Le réseau²⁴⁵ est composé d'institutions²⁴⁶ bancaires et financières internationales²⁴⁷, européenne²⁴⁸ et nationales²⁴⁹ d'une part, et d'intervenants informels²⁵⁰ d'autre part, sans oublier les organismes consultatifs surtout au niveau national²⁵¹.

La fragmentation du nombre d'acteurs, organisés de surcroît en réseau, autorise le rapprochement avec l'idée d'une post-modernité²⁵².

²³⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 23 : « Comme les auteurs le rappellent habituellement, l'étymologie du terme « réseau » - du latin *retis* - renvoie à l'idée de filet qui a engendré le mot « rets ». Utilisé au XVII^e siècle pour désigner l'entrecroisement des fibres textiles et végétales, il se référerait à une sorte de tissu de fil ou de soie ».

²⁴⁰ *Id.* : « L'usage du terme évoque dès lors d'abord, à la lumière de ses origines, une métaphore textile, impliquant la présence d'un « maillage » constitué de fils et de nœuds ».

²⁴¹ Le nombre d'intervenants tend à augmenter, et, évolue au gré des propres mutations du système régulé par ces intervenants eux-mêmes du reste.

²⁴² G. DELEUZE, *Capitalisme et Schizophrénie*, t. 2 : *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980, p. 13.

²⁴³ V. F. TERRÉ, « Les vertus de l'argent ou la quête du spirituel », in Collectif, *L'argent et le droit*, APD, t. 42, Sirey 1998, p. 71 : « Un réseau se définit comme l'ensemble des personnes avec lesquelles il importe de rester en bonnes relations pour obtenir des faveurs et des protections. A l'inverse, peut-être une des vertus de l'argent consiste-t-elle précisément à échapper à la logique, pour ne pas dire à la fatalité des réseaux ». Cette définition ainsi que la formulation du Professeur TERRÉ trouve un équilibre nonobstant une once de contradiction car le réseau protège le système bancaire mais l'argent permet de s'en émanciper pour trouver de nouvelles applications qui sont ensuite intégrées par un mouvement progressif au sein des règles protectrices qu'il crée et tâche de mettre en œuvre.

²⁴⁴ V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 23.

²⁴⁵ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 5. : « Aussi, me semble-t-il, est-il possible de parler de normes à propos des normes prudentielles, qu'elles soient ou non reprises par les États, qu'elles demeurent ou non des modèles proposés par des autorités extra-étatiques ou des organismes internationaux tels que le Comité de Bâle, le FSB, le *Joint Forum* ou encore l'OICV ».

²⁴⁶ Les institutions sont les entités qui disposent d'un statut officiel conforté d'une légitimité démocratique.

²⁴⁷ Institutions bancaires internationales : FMI, Banque mondiale, BRI ; européennes : ABE, CERS et UBE ; nationales : ACPR, HCRS

²⁴⁸ Institutions financières internationales : OICV essentiellement.

²⁴⁹ Les marchés financiers internationaux sont régulés à trois niveaux. Les institutions mondiales sont l'OICV, le FMI et la Banque mondiale ; la finance européenne est encadrée par l'ESMA ; celle française par l'AMF et le CCRF.

²⁵⁰ Comité de Bâle, G 20 édition Finance, FSB, *Joint Forum* sont tous des organes informels.

²⁵¹ En France, les organismes consultatifs sont essentiellement le Comité consultatif du secteur financier (CCSF) et le Comité consultatif de la législation et de la régulation financière (CCLRF) institués respectivement par les articles L. 614-1 et 2 du Code monétaire et financier.

²⁵² C. CANULLO in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Editions Albin Michel, 2001, p. 1657. V^o « Post-modernisme » : « ce qui fait sa spécificité est son caractère fragmentaire qui le pose en antithèse de la modernité ».

La multiplication du nombre d'acteurs entraîne la progression du nombre de rencontres. Les acteurs du système produisant les règles techniques descendantes c'est-à-dire partant du sommet vers les praticiens. Chaque instance de la régulation œuvre par concertation et ce « maillage » se rencontre de façon périodique. Ces rencontres constituent les « nœuds » du réseau. La fréquence s'emballant, les mailles du réseau se resserrent. La conséquence en est un enrichissement du réseau²⁵³ par les échanges et l'instauration de grands équilibres négociés²⁵⁴.

Les rencontres devenant fixes et répétées, la répétition se mue en cyclicité assumée et instrumentalisée dans la conception des règles techniques.

2. La cyclicité

39. La routine. – Le basculement dans une coutume élaboratrice en matière de technique prudentielle présente une identité de nature avec la tradition antérieure. L'identité entre tradition et coutume se perpétue par la mise en place d'une cyclicité qui lie les rendez-vous.

La routine signifie qu'il n'existe pas une réelle réflexion du système sur lui-même. A l'instar des marchés financiers, il n'est pas question d'une conceptualisation du système. Le réseau s'élargit et se restructure au gré des besoins pragmatiques. Il cultive²⁵⁵ sa focalisation sur les aspects techniques et pratiques de l'encadrement de cette industrie. Malgré le ballet de la négociation, qui est préparé par des « sherpas » notamment pour le G 20 Finance²⁵⁶, il n'existe pas d'instance de coordination

des réseaux entre eux. Seuls le G 8 et le G 20 des chefs d'État ou le Conseil européen, peuvent donner des orientations sur de nouvelles institutions à créer.

²⁵³ V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 14 : « les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (mono-disciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (*learning process*) que d'axiomes a priori ». Le *learning process* renvoie à cette idée d'enrichissement par les échanges issus des rencontres et des discussions entre acteurs.

²⁵⁴ *Ibid.* : « la justice, enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables ». L'essentiel de la négociation repose sur le fameux concept du droit anglo-saxon et notamment du droit américain : le « check and balances ». Il s'est d'abord introduit dans le droit des libertés publiques puis dans le droit communautaire. Il innerve maintenant le droit de la régulation bancaire et financière puisque la règle technique exerce un poids sur les sujets de droit qui en sont destinataires mais ces derniers dialoguent avec le réseau sommital pour indiquer les limites du possible sur les plans matériels, économiques, etc.

²⁵⁵ V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 14 : « le réseau en revanche, cultive les valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent ».

²⁵⁶ Le réseau des ambassades françaises, deuxième réseau diplomatique mondial, sert de plus en plus les intérêts et les positions économiques de la France dans ces négociations. En effet, les agents de certains services au sein des ambassades font remonter à leur administration centrale un ensemble d'informations et de notes d'analyses pour donner aux directions du Quai d'Orsay et de Bercy des éléments exploitables pour le positionnement de l'État au sein de ces instances internationales et européennes.

La cyclicité implique aussi une possibilité de révision²⁵⁷ et de suivi. Les travaux dans un secteur innovant et mouvant doivent être réactualisés de façon très régulière. A défaut, la règle obsolète peut devenir pesante voire néfaste au système. Les productions techniques sont d'ailleurs revues de manières cycliques. Sans entrer dans les méandres de la réglementation technique européenne, il en est une illustration saisissante au sommet de la colonne créatrice. L'instance reine dans la composition de l'encadrement technique du secteur des banques et des établissements de crédit, le Comité de Bâle, a revu à deux reprises²⁵⁸ les Accords de Bâle initiaux²⁵⁹. Il entend, en 2016, revoir une troisième fois les accords de juillet 1988 pour faire entrer en application ce que les praticiens, très hostiles²⁶⁰, appellent déjà les Accords de Bâle IV²⁶¹. Certains des membres du Comité de Bâle s'en défendent²⁶² toutefois. La routine coutumière incarne sa répétitivité. La coutume superpose aussi les travaux.

40. La superposition. – L'indéniable empilement de travaux est le corolaire de la technicité et non de la normativité de la norme prudentielle. L'élaboration se développe à partir de la complexité et la diversité des pratiques des marchés. Les textes sont réactualisés et deviennent de plus en plus long. Les innovations de la technique financière exigent pour un encadrement efficace que les règles techniques suivent cette difficulté croissante. Elles deviennent alors de plus en plus délicates à comprendre pour un juriste. Elles se parent d'algorithmes et de formules mathématiques, de termes inconnus jusqu'alors et ne renvoyant pas à des notions bien circonscrites telles l'exposition ou les ratios de fonds propres.

De plus, un même texte peut être substitué par une nouvelle version à l'image des Accords de Bâle. En se rapprochant de l'échelon national, la précision technique augmente pour s'appliquer aux pratiques des établissements ayant leur siège ou une succursale dans l'État concerné.

²⁵⁷ V. Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juill. 1988, p. 3, n° 2. : « Le Comité entend néanmoins surveiller et réexaminer la mise en œuvre du dispositif de mesure au cours de la période à venir afin d'en renforcer encore la cohérence ».

²⁵⁸ Accords de Bâle II : Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, 10 juin 2004, 226 p.

Accords de Bâle III : Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Basel III : A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Bâle, Comité de Bâle, 16 déc. 2010, 77 p.

²⁵⁹ Accords de Bâle I : Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juill. 1988.

²⁶⁰ N. M. BILGER, « Le Comité de Bâle doit s'en tenir au mandat fixé par le G20 », *Revue Banque*, n° 798, juin 2016. Rapp. FBF, « Bâle IV : les fédérations bancaires allemandes et françaises rencontrent le ministre des finances allemand Wolfgang Schäuble à Berlin pour lui faire part de leurs inquiétudes » [en ligne], Site officiel, FBF, consulté le 13 juillet 2016.

Site FBF : /fr/espace-presse/communiqués/bale-iv---les-federations-bancaires-allemandes-et-francaises-rencontrent-le-ministre-des-finances-allemand-wolfgang-schauble-a-berlin-pour-lui-faire-part-de-leurs-inquietudes.

²⁶¹ V. S. LÉBOUCHER, « Vers Bâle IV ? Les banques dans l'incertitude », *Revue Banque*, n° 795, 25 mars 2016.

²⁶² *Ibid.* : « Absolument pas, rétorquent les régulateurs. « Face aux incertitudes sur les banques, la priorité est aujourd'hui de finaliser rapidement – d'ici fin 2016 – les normes dites “Bâle III”, sans provoquer un accroissement significatif de l'exigence globale de fonds propres pour les banques européennes, a insisté le gouverneur de la Banque de France, François Villeroy de Galhau devant les députés le 2 mars. Il s'agit bien de terminer Bâle III, pas de lancer un Bâle IV qui n'existe pas ». ».

41. L’obsolescence programmée. – Le volume colossal de textes, qui se superposent, est touché par l’obsolescence²⁶³. Elle est la raison pour laquelle existe cette superposition et, par voie de conséquence, ce volume de données techniques est si important. L’obsolescence de ces règles techniques provient du dépassement de la technique financière. Les techniques utilisées deviennent très vite obsolètes²⁶⁴.

L’obsolescence contraint le réseau de la régulation institutionnel et informel, international et européen a pour effet de rendre les instruments techniques prudentiels obsolètes dans un laps de temps assez bref après leur mise en place. Le cas extrême serait la technique évanescence d’encadrement c’est-à-dire le texte inepte dès sa mise en place²⁶⁵ car la technique financière²⁶⁶ aurait évolué plus vite que le temps d’édiction des règles techniques²⁶⁷.

L’obsolescence programmée signifie que la règle technique en matière bancaire et financière est vouée à exister dans une durée limitée. A l’opposé du Code Napoléon dont l’ambition était de rassembler les lois civiles de manière éternelle. Les règles techniques prudentielles disparaissent en quelques années voire quelques mois.

Cette obsolescence programmée découle de l’absence de réflexion du système régulateur sur la façon de fonder un édifice à l’architecture claire. Ce défaut d’effort de conceptualisation se retourne en programme, en loi au sens fort du terme qui joue contre la norme prudentielle nouvelle. Cet engrenage conduit à nourrir un certain mépris à l’endroit de la norme prudentielle vue comme une norme de gestion, une règle technique.

Le rapprochement de la gestion à la norme sous-entend le caractère subalterne de la norme prudentielle due au fait qu’elle n’a trait qu’à un endiguement des excès de l’ingénierie financière. La norme prudentielle naissant avec une date limite d’effectivité n’a pas la prétention souveraine de régir

²⁶³ A. PENNEAU, *Règles de l’art et normes techniques*, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 203, 1989, p. 261, n° 356, II : « se référer aux règles de l’art tant il est vrai que “les hommes ne se reposent jamais“... ».

²⁶⁴ En ce sens, V. A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010, p. 1195, n° 1597° : « Au début des années 2000, Bâle II est adopté. Il remédie à certaines des lacunes ou obsolescences du premier accord ».

²⁶⁵ Ex. É. COULOMB, « De Londres à Nairobi », *Revue Banque*, n° 798, juill.-août 2016 : « Qui croire, entre les banquiers, inquiets d’un nouvel épisode bâlois (Bâle IV), et les régulateurs, qui minimisent l’étape comme un achèvement de Bâle III ? Le Comité de Bâle travaille en effet à l’heure actuelle à revoir le mode de calcul des actifs pondérés du risque, dans toutes déclinaisons possibles de ce dernier : marché, crédit, opérationnel... »

²⁶⁶ Ces observations constatent une instabilité due à l’innovation financière qui déstabilise l’efficacité des textes réglementaires et pousse à l’adoption de nouvelles règles techniques. Rapp. É. COULOMB, « De Londres à Nairobi », art. préc. : « L’adoption rapide de la *blockchain* pourrait permettre à Paris « de reconquérir une avance technologique et devenir la Place financière de référence en matière d’opération post-marché et de règlement-livraison », précise l’auteur ».

²⁶⁷ V. V. HAUSER, « La Directive MIFID 2 et l’innovation technologique », *Revue Banque*, n° 798, 28 juin 2016 : « À l’heure où *Big Data* et digitalisation sont sur toutes les lèvres, ces mesures ne doivent cependant pas rester au stade du projet mais bel et bien se concrétiser. C’est là que le caractère réglementaire de la réforme se rappelle aux oreilles des banquiers. Il ne s’agit pas de choix mais d’obligation. N’oublions pas l’échéance du 3 janvier 2018... ».

de façon éternelle. La durabilité²⁶⁸ de la loi suppose l'impassibilité du sujet sur lequel elle s'impose. Or en matière bancaire et financière, il n'y a pas la moindre immobilité dans le flux de millions de contrats, du nombre considérable de produits, de méthodes, de monnaies ou de sous-jacents utilisables pour les produits dérivés. La péremption de la règle technique reflète la brièveté d'existence de la technique sur laquelle elle exerce son emprise.

Pour élaborer une dynamique technique, le réseau institutionnel et des organismes internationaux passe par l'obligatorité de la coutume créatrice.

B. Une pratique obligatoire

42. L'obsolescence programmée de la norme prudentielle conduit à la stratification des textes prudentiels. Un élément de perfectionnement intervient afin que cette création ne soit pas vaine.

L'obligatorité désigne la force obligatoire de la coutume permettant l'élaboration de la règle technique contribuant à la formation de la norme prudentielle.

Le caractère obligatoire de la circulation du projet prudentiel se justifie par une nécessité sectorielle du recours au prudentiel (1). Néanmoins, comme tout appel à la prudence, les formulations techniques n'échappent pas au grand trait reconnu à cette vertu, la fatalité (2).

1. La nécessité prudentielle

43. Le besoin nouveau. – A l'inverse de la tradition prudentielle initiale, l'obligation de passage par les acteurs internationaux, d'abord informels²⁶⁹, puis une reprise par les institutions, c'est-à-dire les régulateurs mondiaux, constitue la première étape. La seconde étape est la transmission des recommandations techniques aux régulateurs européens qui conservent les mêmes instruments techniques. Ils les intègrent dans les textes européens et les États-membres reprennent à l'identique les instruments techniques.

Le domaine de la finance incarne peut-être le plus important gisement²⁷⁰ de création technique²⁷¹. L'invention, l'innovation et l'adaptation forment un triptyque redoutable. L'ingénierie financière n'est

²⁶⁸ Si l'exemple du Code civil français est choisi, la durabilité se passe de démonstration. En effet, il est promulgué le 21 mars 1804. Cependant, la première réforme qui intéresse le droit bancaire est la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006. La loi a connu 202 ans de stabilité. Une telle longévité est impossible pour les normes prudentielles car l'innovation bancaire, la technique opérationnelle des établissements, sape le fondement de la durabilité de la loi.

²⁶⁹ Le Comité de Bâle reçoit un mandat du G 20 édition Finance. V. M. BILGER, « Le Comité de Bâle doit s'en tenir au mandat fixé par le G20 », *Revue Banque*, n° 798, juin 2016. « On ne peut qu'être frappé par le déroulement des consultations du Comité de Bâle en cours sur la révision des emplois pondérés. Si les banques partagent largement les objectifs de comparabilité pour réduire la variabilité excessive, se dégage une succession de points plutôt dérangeants : un morcellement des sujets (consultations sur les méthodes standardisées de crédit puis sur les modèles internes, puis QIS [1], puis calibrage...) qui annihile toute critique globale ».

²⁷⁰ V. J.-J. DAIGRE, « Aiguillage et blockchain... », *Banque & Droit*, n° 168, 22 juill. 2016 : « La blockchain : cette organisation nouvelle, qui repose sur Internet et les technologies modernes de cryptographie, révèle

pas l'ouvrage de juristes mais de mathématiciens. Le juriste se trouve démuné car prisonnier d'un champ intellectuel, très large, complexe à sa manière, mais étranger. Il ne parvient qu'avec difficulté à saisir les vibrations et les lames qui cisailent l'activité bancaire et financière.

Le besoin technique est un besoin de technique pour régler la technique praticienne. Ce besoin de technique mobilise à son tour une technique créatrice pour former les règles techniques qui usent d'outils abstraits pour enserrer les remous de la technique financière²⁷².

Technique créatrice de règles d'encadrement, techniques d'encadrement²⁷³, techniques financières praticiennes, l'enchevêtrement de ces trois types de techniques, inédit dans le champ juridique, explique le besoin de technique dans le domaine des normes prudentielles. Il y a autant de droits qu'il existe de marchés, de type de contrat. Cette triade révèle aussi l'hybridation de ces normes.

L'impureté prudentielle évoque le fait que la norme prudentielle n'appartient pas de manière entière au droit. Pour être plus précis, elle ne lui est pas exclusive. L'expression, certes provocante, exprime la remise en cause du positivisme juridique. Le caractère obligatoire du cheminement de la règle entre les acteurs du réseau afin de l'orner de ses sophistications techniques.

La norme prudentielle est loin d'être l'objet juridique le plus syncrétique qui soit. Elle doit cette richesse et cette diversité à la technicité qui la traverse. Ce point remet en cause un fondement du

principalement, chez ses promoteurs, une défiance à l'égard des tiers de confiance institutionnels, en particulier les banques (le *bitcoin*), les notaires (le *smartcontract*), l'État (le cadastre), les teneurs de compte-conservation, les chambres de compensation, etc ».

²⁷¹ *Ibid.* : « Elle vise à faire reposer les échanges et la conservation de leur trace sur un maximum d'intervenants, chacun gardant en mémoire la totalité des opérations antérieures, vérifiant la régularité de chaque nouvelle opération par rapport à celles-ci et en sauvegardant la trace d'une manière qui se veut indélébile et inviolable ». La technologie *Blockchain* s'apprête à révolutionner les échanges et les transactions en rebattant certainement les règles du post-marché. En outre, cette technique de certification des transactions, l'enjeu crucial de l'inscription dans la chaîne de blocks, apporterait, d'un côté, une solution à l'inflation textuelle en matière prudentielle et, d'un autre côté, une réponse à l'obsolescence des textes. Bien entendu, cette affirmation est à nuancer par la constatation pratique du fonctionnement de la *blockchain* car, pour l'instant, il s'agit plus d'une prospective que d'une réalité opérationnelle. La technologie *Blockchain* interroge beaucoup les milieux financiers à l'heure actuelle. Rappr. *Banque & Droit*, n° 168, juill.-août 2016.

Pour l'instant cette technique ne fait l'objet que d'une seule application possible en droit français relative aux minibons. V. Ord. n° 2016-520 du 28 avr. 2016 relative aux bons de caisse, art. 2 qui a modifié le Code monétaire et financier.

Rappr. C. monét. fin., art. L. 223-12 : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 223-4, l'émission et la cession de minibons peuvent également être inscrites dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ces opérations, dans des conditions, notamment de sécurité, définies par décret en Conseil d'Etat ».

²⁷² V. S. GAUVENT, « Révolution digitale: menace ou opportunité pour les banques ? », *Banque & Stratégie*, n° 339, 11 sept. 2015 : « Choc des cultures : d'un côté se trouvent les établissements bancaires traditionnels dotés d'énormes infrastructures informatiques constituées au fil des décennies ressemblant à un pesant *legacy* (héritage du passé) ; de l'autre, de jeunes entreprises imprégnées des derniers développements de la culture digitale, souples, réactives et très innovantes, capables de concevoir de nouveaux services et/ou de nouveaux modes relationnels entre les individus et leurs prestataires de services et même entre les individus eux-mêmes ».

²⁷³ Ex. H. DE VAUPLANE, « Quand le législateur s'intéresse à la *blockchain* pour les titres non cotés », *Revue Banque*, n° 798, juin 2016 : « Rien n'est cependant possible sans disposer d'un cadre législatif favorable à son utilisation ». Dans cette phrase anodine de fin d'article se perçoit les trois techniques : technique créatrice, technique d'encadrement, technique opérationnelle. Le fait de ne pas distinguer ces trois fibres mêlées empêche de comprendre la richesse technique des normes prudentielles. Cet enchevêtrement rend compte de la complexification de la notion réticulaire de norme prudentielle, produit par l'écrasement de la hiérarchie.

droit redécouvert par la célèbre traduction des travaux de Kelsen. Le positivisme juridique est battu en brèche par le caractère technique ou gestionnaire des normes prudentielles. De façon exceptionnelle, le droit ne se suffit pas à lui-même. Les dénominations de « normes de gestion » ou de « règles techniques » ne signifient pas qu'il existerait d'autres formes de normes ou de règles dans le cadre d'une classification.

44. Le besoin entretenu. – Les normes prudentielles sont en partie créées par une pratique descendante. Cette dernière est maniée par un réseau d'intervenants. Le fonctionnement en réseau aplanit la verticalité pyramidale. Le droit classique n'a pas un besoin technique hormis la technique juridique, qui existe ici aussi. Les règles techniques prudentielles ont un besoin addictif et vital d'apport d'une technique créatrice, d'une part, et d'une technique mathématiques et financière, d'autre part. Dans ce terrain horizontal, s'ajoute une dimension déséquilibrante. Le système bancaire et financier ne présente pas un périmètre fixe. Il s'engouffre dans de nouveaux marchés, investit dans de nouvelles entreprises et crée de nouveaux produits pour s'entendre. L'innovation est la volonté farouche des praticiens de maximiser les rendements.

L'expansion est la dimension qui confère sa verticalité à la finance mais l'anime aussi alors que les autres domaines juridiques restent plutôt stables. Ce point explique une difficulté, celle de devoir introduire une technicité croissante dans les dispositifs régulateurs à tel point que certains viennent même à douter qu'ils s'agissent de normes au sens juridique. Ce point est exalté par le fait qu'un système en expansion qui appelle une demande de technicité exponentielle.

Les premières lignes de cet ouvrage ne sont pas anodines. Dante a écrit sa *Comédie* en Toscane, terre vallonnée mais meurt en Émilie-Romagne dont le paysage plat suscite l'ennui et une forme de déploration. Les lendemains de la fin des Accords de Bretton Woods²⁷⁴ reviennent à quitter Florence pour Ravenne. Dans ce paysage juridique devenu plat, la technique appelle la technique²⁷⁵. Ce glissement du droit hors de son périmètre fermé montre qu'il ne se suffit plus à lui-même. Cet engrenage paraît impossible à enrayer. La prudence se manifestant dans l'usage d'éléments techniques précis, pour encadrer au mieux, devient une sorte de fatalité.

²⁷⁴ V. J. DE LAROSIÈRE, *50 ans de crises financières*, Odile Jacob, 2016, p. 71 : « Profitant d'une accalmie sur les marchés, les Européens décidèrent, quelques mois après, de mettre de l'ordre dans leurs propres relations monétaires. Au terme s de la décision du Conseil des ministres du 21 mars 1972 ; suivie de l'accord de Bâle entre les banques centrales du 10 avril, la France, l'Allemagne, le Benelux fixèrent leurs propres règles de fluctuation (2,25 % entre eux, 4,5 % avec le dollar). C'était la naissance du "serpent" monétaire européen ».

²⁷⁵ La technique est un élément qui fait des normes prudentielles une exception dans le droit contemporain.

2. La fatalité prudentielle

45. L'inéluctabilité. – L'obligatorité développe une voie à emprunter afin que la règle soit ciselée par la technique. L'adoption d'une attitude prudente tend parfois vers un de ses travers : la fatalité²⁷⁶. Le passage obligatoire devient une résignation.

Inéluctable signifie duquel il est impossible de se détourner. La technicité de la norme prudentielle est inéluctable. La question est de savoir comment procéder par une autre méthode que d'intégrer la technique financière à la règle juridique²⁷⁷. Il serait envisageable de penser concevoir deux corps, l'un juridique donnant les règles à suivre et l'autre technique assimilable à une sorte de mode d'emploi. Procéder de pareille façon reviendrait à ramener ce mode d'emploi technique à un corps de règles. Ce mode d'emploi est donc dénué d'intérêt.

La seconde possibilité serait la formulation de quelques principes directeurs. Ils seraient des lignes à suivre qui poseraient des barrières larges laissant un vaste espace d'action pour les opérateurs. Ne seraient sanctionnés que ceux qui transgresseraient ces principes. Mais alors de deux choses l'une, il est un peu illusoire de vouloir régir une matière complexe par méthodes simples et le revers de cette remarque consiste à dire que dans un monde à la complexité galopante, il importe d'apporter une position technique face à chaque comportement technicien des opérateurs. La technique est ubiquitaire comme la technicité financière.

Seule norme qui soit utilisée dans cette matière, la norme prudentielle mêle droit et technique. Le positivisme juridique prône une autonomie du droit face aux autres disciplines²⁷⁸. L'inéluctabilité de la norme prudentielle prouve le besoin pour le droit d'employer d'autres disciplines comme l'économie, les mathématiques.

46. L'irrésistibilité. – Irrésistible signifie duquel il est impossible de résister. Il s'agit du second degré de la fatalité prudentielle. Le choix est unique, la loi classique désarmée.

Par conséquent, toute la technicité s'extrait comme un bloc. Les normes prudentielles renseignent sur l'absence de volonté du réseau régulateur de procéder d'une manière différente. Ce modèle normatif

²⁷⁶ Ch. DELSOL, « Introduction », in *La Prudence*, Acte de colloque sur La Prudence organisé par l'Académie des Sciences Morales et Politiques sous la présidence de Mme Chantal DELSOL, Palais de l'Institut, 2007, p. 5 : « Du même coup, la prudence moderne est épargnée de la pente ancienne : le fatalisme devant la nécessité ». Si certes la prudence, qui rôde autour de la norme prudentielle, échappe au fatalisme ancien, la nécessité se perçoit à travers le besoin nouveau, le besoin entretenu et le besoin attisé en matière technique.

²⁷⁷ V. D. ALLAND et S. RIALS, « Avant-propos », *Dictionnaire de la culture juridique*, Grands Dictionnaires, PUF, 2003, p. 7 : « les juristes sont ces qu'une culture plus que bimillénaire met à même de traiter de situations de situations en permanente et rapide évolution – les praticiens le mesurent bien quand ils doivent avancer dans ces terres inconnues qui surgissent indéfiniment et parfois imprévisiblement ».

²⁷⁸ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V^o « Banque » : « La déréglementation signifie l'allègement des contraintes commerciales qui pèsent sur les banques et a permis le décloisonnement des marchés, c'est-à-dire la disparition des barrières traditionnelles entre les différents marchés ». Il n'est pas une coquetterie d'ajouter que la déréglementation des années 1985-1986 a aussi abattu le cloisonnement des disciplines car le droit se teinte d'économie, la finance prend une coloration juridique.

renouvelé par la signature des Accords de Bâle fait l'objet d'un consensus. Il apparaît comme le plus efficace. Cette expérience élégante montre que le métissage du droit avec la technique est la seule méthode rigoureuse de développement d'une régulation pragmatique. La formation coutumière passe par des phases obligatoires. Le renvoi à la notion juridique de coutume pour expliquer la technique créatrice présente une faille.

Malgré ces observations justes en apparence, le raisonnement s'avère erroné. L'erreur ne gît pas dans la description de l'émulation entre les acteurs qui conduit à la formulation d'une règle technique. Il s'agit d'une « fausse » coutume. Elle est fautive par deux points. Le premier consiste en une erreur de mouvement car la coutume appartient à une ascendance²⁷⁹. Il s'agit d'une erreur de positionnement. La seconde erreur en découle ainsi et elle est simple : il ne s'agit pas d'une coutume²⁸⁰. Ce délicat constat, ne conduit néanmoins pas à remettre en cause le propos précédent. Personne n'envisagerait de contester la véracité des deux traits de cette pratique créatrice qui est l'ingénieure de la règle technique. Cette technique doit prendre le nom de coutume savante²⁸¹.

SECTION 2. LES PRATIQUES ASCENDANTES

47. La réflexion prudentielle des institutions et cercles supranationaux suit un mouvement descendant²⁸² devenu coutumier²⁸³. De manière symétrique, des milieux professionnels surgissent, par incrémentation, des pratiques ascendantes. Elles contribuent à l'élaboration de la norme prudentielle par les praticiens. Cette élaboration tend à rejoindre le mouvement descendant initié par les institutions extra-étatiques²⁸⁴.

Les pratiques créatrices sont animées par un second mouvement. Les pratiques ascendantes²⁸⁵ sont les propositions et les améliorations formulées par la base, par les réseaux de praticiens²⁸⁶ et qui

²⁷⁹ Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511 : « Au passage, P. Deumier fait encore justice de la prétendue rigidité de la coutume : ce trait caractérise en réalité les fausses coutumes, par exemple la coutume rédigée (qui perd ainsi sa nature pour se rapprocher de la législation), la pratique descendante inexactement qualifiée de coutume et bien entendu la légendaire coutume immémoriale d'Angleterre, ont la fiction sert à habiller la jurisprudence de *common law* ».

²⁸⁰ *Id.* : « Au total, la pratique descendante ne se transformera pas en coutume [...] ».

²⁸¹ *Id.* : « Au demeurant, la coutume peut bien avoir une origine savante, sauf à distinguer soigneusement entre la vraie coutume (qui part d'en bas) et la fautive (qui part d'en haut).

²⁸² *Id.* : « La pratique dite descendante a au contraire un caractère délibéré : des opérateurs en position de supériorité ou à tout le moins de prestige pèsent de tout leur poids et essaient d'imposer d'en haut une certaine pratique à l'ensemble des acteurs. On a vu que les banques y arrivent dans une large mesure ».

²⁸³ Il importe toujours de préciser qu'il s'agit d'une forme particulière de coutume savante.

²⁸⁴ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^e éd., 2012, p. 136, n° 5 : « [...] les règles peuvent être également élaborées par des acteurs privés, ce que sont les

remontent²⁸⁷ vers le réseau de la régulation. Néanmoins, il convient d’avertir dès le mot posé sur le papier que l’élévation²⁸⁸ de celle-ci fait l’objet de plus de résistances. La pratique descendante, dont le sommet est souvent Comité de Bâle, bénéficie de l’inertie du système de formation qui l’attire comme une force de gravité. Or le mouvement ascendant s’insinue de façon arborescente et donc plus fragile. La technicité issue de la pratique²⁸⁹ emprunte un chemin inverse de la technicité issue des institutions et des cercles internationaux. L’opérateur, producteur individuel de technicité, fournit au secteur un ensemble de règles déontologiques (§1). Lorsque les organismes professionnels se concertent, il émerge une *lex mercatoria*, la *lex technica* (§2).

§1. Les règles déontologiques

48. Les pratiques ascendantes sont les modes de formation technique qui partent du cercle basal. Il est le plus large qui soit car porteur des destinataires finaux de la norme prudentielle. Les praticiens, particularisme notable, entendent exercer une influence notable sur la règle technique qui leur sera imposée²⁹⁰.

Les pratiques ascendantes prennent la forme de règles déontologiques. Ces règles comprennent les bonnes pratiques ou « best practices »²⁹¹ et les règles de bonne conduite qui ont trait à l’édiction de règles autorégulatrices²⁹². Les bonnes pratiques sont forgées par les opérateurs eux-mêmes de manière

entreprises de marché et les chambres de compensation ou encore les associations comme l’ISDA qui est à l’origine de contrats types ».

²⁸⁷ V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511 : « Et nous arrivons alors à la pratique ascendante. Cette fois, personne n’a voulu fabriquer du droit applicable à tous. L’hypothèse est que des particuliers, en plus ou moins grand nombre, ont recours à certaines pratiques, *mais uniquement pour satisfaire leurs propres besoins* ».

²⁸⁸ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 53 : « La pratique dite ascendante est celle qui part de la base pour se hisser plus haut le cas échéant : les particuliers concluent des actes juridiques sans autre ambition que de produire du micro-droit à leur propre usage et même s’ils prennent les conseils de leurs hommes de loi, ces derniers n’agissent qu’à titre individuel : or il se peut que leur pratique se généralise, voire se cristallise en coutume, sources venues de la base, constituent donc un droit spontané [...] ».

²⁸⁹ *Id.* : « Rien de plus vague a priori que cette fameuse pratique, dont on proclame toujours qu’un bon juriste doit la connaître, mais sans que personne ne sache au juste quelle place lui attribuer au sein de la théorie des sources ».

²⁹⁰ V. A. SCHOPENHAUER, *Philosophie du droit*, in *Philosophie du droit et autres essais*, trad. par A. DIETRICH, Editions du Sandre, 2006, p. 5 : « La plus grave confusion de ce genre est celle entre l’éthique et la politique ».

²⁹¹ Ex. D. ZETZSCHE, « The draft SRD’s Regulation of Proxy Advisers and the Best Practice Principles for Shareholder Research Voting and Analysis in light of ESMA’s First Follow-up Assessment - Need for further regulation ? », *RTD Fin.*, n° 4, 10 janv. 2015, p. 8. Cet exemple recoupe les bonnes pratiques applicables pour les mandataires de vote au sein des conseils d’administration.

²⁹² S. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 117, n° 74 : « L’une des questions qui s’était posée était justement de savoir s’il convenait de confier la responsabilité des autorités de régulation aux professionnels du secteur concerné, censés être mieux à même d’assurer la discipline, par un mécanisme d’autorégulation, ou, au contraire, de laisser la responsabilité d’une telle régulation à la puissance publique ».

individuelle ou bien de manière collective au sein d'organismes professionnels²⁹³. Elles diffèrent d'autres pratiques ascendantes par leur rayonnement limité ainsi qu'une destination individuelle. Ces dernières n'ont pas vocation à appréhender le système financier dans son ensemble. Cependant, cette modestie dans leur ambition n'ôte pas leur qualité et leur nécessité afin d'être le point de départ des pratiques ascendantes car elles sont conçues par et pour les opérateurs bancaires eux-mêmes.

Les règles déontologiques contribuent à la création des règles techniques (A) et deviennent à leur tour un outil de gouvernance prudentielle (B).

²⁹³ Les organismes professionnels composent un réseau à eux seuls. La tête de proue en est la Fédération des banques françaises (FBF) qui joue un rôle de promoteur du secteur bancaire. V. FBF, « Rôles et missions de la FBF » [en ligne], Site officiel, *FBF - Fédération Bancaire Française*, 1^{er} juin 2016 : « La Fédération bancaire française (FBF) est l'organisation professionnelle qui représente toutes les banques installées en France. Elle compte 378 entreprises bancaires adhérentes de toutes origines (commerciales, coopératives ou mutualistes), françaises ou étrangères ».

Site FBF : [/fr/la-federation-bancaire-francaise/missions/roles-et-missions-de-la-fbf](http://fr/la-federation-bancaire-francaise/missions/roles-et-missions-de-la-fbf).

Cette tête de pont a son symétrique d'ailleurs son symétrique en matière d'assurance avec la toute nouvelle Fédération française des assurances (FFA).

Site FFA : <http://www.ffa-assurance.fr>

A la FBF, s'ajoutent des associations sectorielles. Pour n'en citer que quelques une parmi les plus importantes, ce tissu associatif compte l'Institut Français des Administrateurs (IFA), l'Association Française des Banques (AFB), l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissements (AFECEI), l'Association française des entreprises d'investissement (AFEI), l'Association française des investisseurs en capital (AFIC), l'Association Française des Sociétés Financières (ASF), le Groupement des Associations Professionnelles de la Finance (GPF), l'Association des Marchés Financiers (AMAFI), l'Association française des professionnels des Titres (AFTI). Il existe une association pour chaque profession, pour chaque phase d'un investissement sur les marchés financiers et même pour chaque type d'investissement.

En ce sens, pour une liste plus complète, V. site CNCC :

https://www.cncc.fr/sections/documentation_public/institutions_exterie/liste_des_liens_sec/secteur_bancaire_et6119/view.

Chaque association réunit plusieurs dizaines voire centaines de membres qui sont parfois sociétaires de plusieurs associations. Ex. V. AFTI, *Rapport annuel 2015* [en ligne], Rapport annuel, *AFTI*, mai 2015, p. 9.

Site AFTI : <http://www.afti.asso.fr/publications/rapports-annuels/exercice-2015>.

Il existe aussi une association qui traite des questions juridiques du secteur : l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financière (AEDBF). V. AEDBF, « Présentation de l'AEDBF France » [en ligne], Site officiel, *AEDBF France*, s. d. : « L'AEDBF France a pour vocation de développer la connaissance de la législation nationale et communautaire en matière bancaire, financière et boursière et de promouvoir la fonction juridique dans le cadre de la mise en place de l'espace financier européen ».

Site AEDBF : <http://www.aedbf.fr/1.aspx?sr>.

Certaines de ces associations sont distinctes de la FBF c'est-à-dire sont autonomes sur le plan financier comme l'AMAFI et d'autres, comme l'AFTI, agissent sous son autorité.

Quoi qu'il en soit, le point commun de cette kyrielle d'associations est d'une part de produire des recommandations professionnelles et éclairer le sens des règles techniques pour leurs membres, d'autre part de promouvoir c'est-à-dire influencer les régulateurs et les pouvoirs publics pour adopter une législation favorable au secteur.

V. AFTI, *op. cit.*, p. 2 : « L'AFTI, association professionnelle loi 1901, a pour mission de promouvoir et de représenter les métiers du post-marché sur la Place de Paris dans l'Union européenne ».

A. La création prudentielle

49. La règle déontologique émerge au plus bas de la colonne²⁹⁴ sur laquelle la norme prudentielle se matérialise au point de rencontre des pratiques descendantes et ascendantes. Elle provient du réseau des praticiens. Elle est le symétrique de la règle technique formulée par les plus hauts niveaux²⁹⁵ du réseau de la régulation.

La déontologie constitue un important vivier dans la création des normes prudentielles. Elle amorce le processus créatif et ce au sein des opérateurs. La conception technique de ce qui sera peut-être un jour une norme prudentielle s'appuie sur l'éthique²⁹⁶.

La création prudentielle commence toujours par une éthique prudentielle spontanée (1) puis, par reprise d'un certain nombre d'acteurs de l'éthique spontanée, il arrive que les opérateurs appliquent de leur propre chef une éthique prudentielle préconisée (2).

1. L'éthique prudentielle spontanée

50. **La spontanéité éthique.** – L'éthique prudentielle spontanée est une technique créatrice de droit spontané²⁹⁷. Cette technique spontanée s'appuie sur une éthique spontanée²⁹⁸ pour endiguer les débordements des opérateurs comme une forme de discipline.

L'éthique spontanée est avant tout une éthique. Cette technique d'élaboration fait l'objet d'un engouement²⁹⁹ neuf³⁰⁰. Elle met en exergue la nécessité de moraliser les activités financières.

²⁹⁴ Pour synthétiser cette description d'un processus dynamique, il suffit d'imaginer une colonne. Au niveau du socle de la colonne, se trouve le réseau basal de la régulation. Chaque acteur prend place sur un des deux cercles. Il existe un cercle large composé des opérateurs. Le second cercle est plus restreint, il porte les organismes professionnels. De ces deux réseaux, qui présentent des liens, s'élèvent les pratiques ascendantes. Au niveau du sommet de la colonne, se trouvent les réseaux nébuleux avec les organismes internationaux extra-étatiques et sous ce maillage les instances étatiques. De ces deux réseaux partent les pratiques descendantes. A la rencontre des deux pratiques se situe la norme prudentielle.

²⁹⁵ Il s'agit des niveaux internationaux avec des acteurs tels que le Comité de Bâle, le G 20 Finance, l'OICV, etc.

²⁹⁶ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Éthique » : « Ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (code de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (lois dites bioéthiques) ». Le doyen Cornu établit avec clarté le lien entre éthique et déontologie dans l'exercice professionnel. Ce lien est d'autant plus important dans les professions où l'argent a une place importante dans la mesure où la cupidité anime le personnel financier. La cupidité est saine et même motrice mais fait naître le danger de la spéculation qui finit toujours par un éclatement de la bulle.

²⁹⁷ V. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p.

²⁹⁸ V. F. BUY et J. THÉRON, « L'éthique de l'entreprise », *JCP éd. E*, n° 25, juin 2013, p. 1359 : « L'éthique est plus qu'un phénomène de mode. Des problématiques classiques, telle la loyauté en droit des affaires, sont désormais rejointes par d'autres, telle la *corporate governance* ou la RSE, qui sont au centre des préoccupations des entreprises ».

²⁹⁹ *Ibid.*, 1 : « L'éthique fait aujourd'hui l'objet d'un réel engouement »

³⁰⁰ V. Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle* [en ligne], Philippe Le Tourneau, Dalloz Dunod, 2000 : « L'éthique des affaires n'a jamais été autant en vogue qu'à notre époque ; elle imprègne l'air du temps comme une sorte de mythe utopie ».

Site Philippe Le Tourneau : <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires.htm>.

Toutefois, le concept de morale³⁰¹ a dû paraître trop exigeant pour les opérateurs boursiers. L'éthique garde le combat contre les travers et les excès des opérateurs³⁰².

L'éthique spontanée est une éthique essentiellement interne³⁰³. MM. les Professeurs François Buy et Julien Théron distinguent ce qui relève des acteurs³⁰⁴ et de l'éthique externe spontanée. Les deux notions entretiennent une proximité. Le rapprochement trouve pour raison autant la qualité que la quantité³⁰⁵ d'opérations financières traitées. Peu importe, donc, les turpitudes personnelles des dirigeants et leur cupidité, c'est-à-dire leur mobile, seule l'extériorisation, c'est-à-dire l'intention, peut se voir appliquées cette technique d'encadrement comportementale.

L'éthique interne spontanée n'est exigée par quiconque. Il s'agit de la volonté individuelle au sein de l'entreprise³⁰⁶ qui recèle un gage de sérieux. Elle marque son importance dans les entreprises dont l'activité donne des références utilisées par tous les opérateurs bancaires et financiers telles que les agences de notation³⁰⁷. L'éthique interne spontanée joue un rôle moteur à leur égard compte tenu de la difficulté à légiférer compte tenu du faible nombre d'acteurs.

51. Les bonnes pratiques. – Les bonnes pratiques sont produites soit par l'opérateur, soit par un groupement d'acteurs de la place, par la mise en place d'un règlement intérieur ou de fonctionnement. En général, elles sont rédigées par un comité au sein du conseil d'administration qui est placé sous la présidence d'un administrateur indépendant³⁰⁸, choisi en tant que personne qualifiée et dont la limitation du nombre de mandat lui confère une neutralité permettant de mener à bien une telle mission. La production de mesures d'éthiques spontanée s'apparente, au fond, à une recherche constante de bonne foi. La probité et l'irréprochabilité théorique de l'opérateur seraient difficiles à remettre en cause sur la place.

³⁰¹ V. F. BUY et J. THÉRON, art. préc., n° 3 : « Mais ce serait oublier que certaines valeurs véhiculées par cette morale « personnelle » contribuent à rendre possible la vie en société ». La question n'est pas personnelle, il s'agit plutôt d'établir une technique encadrante des comportements interpersonnels.

³⁰² *Ibid.*, n° 4 : « Si l'on peut retenir qu'en règle générale l'éthique « vise à conjurer les excès de l'individualisme du *self interest*, qui menacent l'avenir, et tend à définir un compromis entre la morale du sacrifice et l'amoralisme individualiste » [B. OPPETIT, *Ethique et vie des affaires*, in *Mél. A. Colomer*, Litec 1993, p. 333], on peut également admettre que le visage de l'éthique n'est pas figé ».

³⁰³ *Ibid.*, n° 9 : « L'éthique interne s'exprime également, en second lieu, par la prise en compte par les dirigeants sociaux [...] »

³⁰⁴ *Ibid.*, n° 18 : « Les acteurs du marché ont d'abord compris qu'un comportement éthique pouvait constituer une véritable force, à la fois, commerciale (les consommateurs étant de plus en plus exigeants) et concurrentielle (obtention de marchés, venue d'investisseurs) ». L'éthique interne et l'éthique externe spontanée se télescopent.

³⁰⁵ V. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « d'autant que les sommes concernées se sont accrues considérablement et que les marchés financiers sont totalement volatils (la majorité des opérateurs ne conserve leur position sur le marché des changes ... que moins d'une demi-heure !) ». Pour être très précis, la moyenne de détention d'un titre est sur certains marchés de sept secondes. L'utilisation du trading haute fréquence rendra probablement fera de ces sept secondes des siècles.

³⁰⁶ V. F. BUY et J. THÉRON, art. préc., n° 18 : « sans y être contrainte et par l'effet de sa seule volonté ».

³⁰⁷ *Ibid.*, n° 19 : « norme éthique ».

³⁰⁸ Ex. Code AFEP-Medef.

Sans entrer dans les détails de ces réglementations privées, car il en existe autant qu'il existe d'opérateurs, elles ouvrent la voie au passage de l'individualisme à l'idée d'une inscription de l'entreprise productrice au sein d'un collectif³⁰⁹, la place financière ou les marchés mondiaux.

2. L'éthique prudentielle préconisée

52. La suggestion. – L'éthique prudentielle préconisée est une technique créatrice qui implique une collectivité. Les préconisations correspondent à un conseil que donnerait un opérateur à un autre pour l'application de règles éthiques. Le conseil n'est pas un ordre. L'application de la préconisation n'est envisageable qu'à la condition où l'opérateur donne son consentement à la mise en place. Cette forme d'éthique ajoute une étape par rapport à la précédente. La véritable déontologie³¹⁰ réside dans la suggestion. Cela renvoie au « convenable »³¹¹ de Bentham. La convention est une forme de bienséance, elle donne la règle à adopter au sein d'une communauté de personnes morales, en l'espèce. La convention revient à observer une règle suivie par autrui, suggérée par son application mais non imposée. Sa non observance ne conduit pas à une sanction, seulement à une réprobation du corps social. La suggestion se définit donc comme une préconisation, une invitation à un mimétisme³¹². Tel que ceux proposé par les influenceurs³¹³ et qui donne lieu à une codification³¹⁴

M. le Professeur Philippe Le Tourneau la désigne comme « éthique organisée »³¹⁵. L'organisation convoque le texte de manière plus foisonnante³¹⁶ que le cas précédent. L'infrastructure rédactrice des codes de déontologie, des codes de bon fonctionnement³¹⁷ se multiplie sous la vigilance des

³⁰⁹ V. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « Elles relèvent généralement de l'*infra-juridique*, leur méconnaissance ne donnant pas lieu à une action en justice, mais seulement, et encore éventuellement, à des mesures au sein de la profession, comme l'exclusion d'un syndicat : l'auto-régulation se prolonge alors par une auto-discipline collective ».

³¹⁰ V. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « Le mot de déontologie fut créé par Bentham ; il la définissait comme « la connaissance de ce qui est juste et convenable ». Elle se distingue ainsi du droit qui pour paraphraser Bentham est la connaissance de ce qui est légal et donc impératif.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² V. F. BUY et J. THÉRON, art. préc., n° 20 : « fait d'inciter les entreprises à adopter ».

³¹³ Le rôle des associations sectorielles et des organisations professionnelles prend dans ce cadre toute son ampleur. L'essentiel de leur mission est tourné vers la formulation de ces règles éthiques organisées.

³¹⁴ Ex. AMAFI, « Code AMAFI de bonnes pratiques des arrangeurs d'opérations d'Euro PP », AMAFI/ 16-02, 8 janv. 2016.

³¹⁵ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « L'éthique organisée se traduit notamment par l'élaboration de codes de déontologie ou de chartes éthiques, reprenant des usages (du moins ceux qui paraissent satisfaisants) et leur ajoutant d'autres normes ».

³¹⁶ V. F. BUY et J. THÉRON, art. préc., n° 21 : « Dans cette perspective, on songe tout d'abord à la promotion qui est faite à l'échelle mondiale de l'éthique notamment en matière de RSE par diverses organisations ou institutions ».

³¹⁷ V. Code AFEP-Medef et Code Middledenext. Rapp. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *RDBF*, n° 3, mai 2014. Rapp. F. MARTIN LAPRADE, « Le Code Middledenext nouveau est arrivé ! », *BJ Bourse*, n° 11, 1^{er} nov. 2016, p. 453.

régulateurs et d'institutions internationales telle que l'OCDE pour les multinationales auxquelles font parties les banques.

L'organisation de l'éthique dans des textes communs à maints opérateurs n'est que la moitié du chemin, l'autre doit provenir, en particulier, de chaque opérateur qui doit adhérer à cet ensemble de valeurs pour le rendre effectif.

54. L'adhésion. – L'adhésion complète le dispositif pour le rendre efficace, producteur d'effets dans la pratique opérationnelle. Le rôle de cet assentiment frôle la morale³¹⁸. La question essentielle n'est pas l'étude des manifestations de l'adhésion mais elle est celle de savoir que se passe-t-il si un opérateur refuse de consentir. L'interrogation n'est pas une vaine casuistique car la réponse est la même qu'en cas d'infraction : la réprobation des pairs et le ternissement de l'image auprès des investisseurs. La déontologie montre dans ces deux cas sa fatuité malgré un réel intérêt lorsqu'elle fait l'objet d'une sourcilleuse application.

L'adhésion du sujet de droit laisse coi³¹⁹ car cet assentiment est étranger aux lois. Leur impérativité efface le droit contemporain. L'autorégulation se drape dans la déontologie³²⁰. L'éthique des personnes morales suppléerait la faiblesse d'âme des professionnels. Elle s'interpréterait comme un « cynisme entrepreneurial »³²¹ qui justifie des règles de gouvernance.

B. La gouvernance prudentielle

55. La règle déontologique émerge sur le cercle bas le plus large, celui des opérateurs. Elle provient des praticiens. La règle déontologique abonde dans les pratiques ascendantes.

La déontologie constitue, certes, un important vivier dans la création des normes prudentielles mais la superposition des productions conduit à obtenir un ensemble de règles techniques déontologiques permettant la gouvernance de l'opérateur. Appuyée sur l'éthique, la gouvernance prudentielle s'affirme en tant que gouvernance déontologique à laquelle adhèrent d'autant mieux les praticiens que la majeure partie de ces règles est créée par eux-mêmes.

La gouvernance prudentielle commence à partir du moment où l'éthique prudentielle devient imposée (1) mais contrairement à une idée reçue, la gouvernance n'est pas un corps fixe, il autorise encore l'expérimentation (2).

³¹⁸ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « L'éthique organisée permet de moraliser des professions et des activités, en complément des normes juridiques impératives, ou en leur l'absence, en attendant une éventuelle intervention du législateur ».

³¹⁹ *Ibid.* : « poudre aux yeux ».

³²⁰ V. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome 2 : Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

³²¹ F. BUY et J. THÉRON, art. préc. : « Par d'autres côtés, il est possible de suspecter une forme de cynisme entrepreneurial consistant à afficher une image morale destinée à séduire les actionnaires et les consommateurs ».

1. L'éthique prudentielle imposée

56. La force extérieure. – Éthique prudentielle spontanée et suggérée reposent sur le libre consentement de l'opérateur soit pour la mettre en forme, soit pour l'adopter. Le troisième degré d'éthique prend le nom d'éthique prudentielle imposée³²². Cette technique créatrice implique une force exerçant une contrainte sur les opérateurs³²³. Les préconisations correspondent à un conseil que donnerait un opérateur à un autre pour l'application de règles éthiques. Le conseil n'est pas un ordre. L'application de la préconisation n'est envisageable qu'à la condition où l'opérateur donne son consentement à la mise en place.

Une force extérieure aux opérateurs met en mouvement le processus de création de l'éthique imposée. Elle est formée par la synergie du régulateur³²⁴, héritier du CMF³²⁵, ancien organisme professionnel³²⁶, et des organismes professionnels actuels notamment la FBF. L'impulsion permet le positionnement d'éléments infra-juridiques³²⁷ qui placent les opérateurs dans une situation propice au respect des normes prudentielles. La technique d'encadrement est très indirecte³²⁸.

L'adhésion à l'éthique imposée passe pour un débat inutile. Néanmoins, elle semble requise. Le débat est utile mais sans fin car pour l'éthique imposée tout relève d'un savant alliage entre adhésion et contrainte³²⁹. La contrainte, quant à elle, ramène sur les rives du droit, de la *hard law*.

³²² V. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome 2 : Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

³²³ V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511 : « Car la coutume – c'est au moins un point acquis – vient de la base ».

³²⁴ C. monét. fin., art. L. 621-1 al. 3 : « Elle veille également à ce que les entreprises soumises à son contrôle mettent en œuvre les moyens adaptés pour se conformer aux codes de conduite homologués mentionnés à l'article L. 611-3-1 ». Derrière la périphrase les « moyens adaptés pour se conformer » se cache le pouvoir de l'AMF de régir les professions de la place à la manière d'un organisme professionnel, la puissance régulatrice en plus.

Rappr. pour l'ACPR, A.-D. MERVILLE, « La norme déontologique », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 34, n° 8 : « En effet l'ACPR publie un recueil de l'ensemble des codes de conduite, règles professionnelles et autres bonnes pratiques constatées ou recommandées dont elle assure le respect (C. monét. fin., art. L. 612-29-1) ».

³²⁵ C. monét. fin., art. L. 621-7 : « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers détermine notamment :

III. - Les règles de bonne conduite et les autres obligations professionnelles que doivent respecter à tout moment les personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9 ».

³²⁶ Il est important de garder à l'esprit que l'AMF est issu de la Loi de Sécurité Financière (LSF) qui fusionnait trois entités en une autorité administrative indépendante, aujourd'hui autorité publique indépendante. La fusion intéressait d'abord le Conseil des marchés financiers (CMF), autorité professionnelle dotée de la personnalité morale ; ensuite, la Commission des Opérations de Bourse (COB), autorité administrative indépendante sans personnalité morale et enfin le Conseil de Discipline de la Gestion Financière (CDGR). Rappr. L. n°2003-706 du 1^{er} août 2003.

³²⁷ V. F. BUY et J. THÉRON, art. préc., n° 15 : « en tant que sous-bassement des lois et règlements ».

³²⁸ *Ibid.* : « L'éthique s'impose surtout de façon indirecte ».

³²⁹ *Ibid.*, n° 17 : « Il existe de nombreuses façons d'expliquer le caractère contraignant de ces codes professionnels, depuis l'adhésion volontaire, expresse ou tacite, des entreprises, jusqu'à la reconnaissance de l'existence d'usages qu'ils auraient consacrés ».

57. La discipline. – Les comités d’experts³³⁰ président à la constitution de l’éthique imposée. La norme déontologique³³¹ incarne une discipline des opérateurs, en atteste la sanction de la transgression de la norme.

La violation d’une norme déontologique s’entend comme un « fait quelconque qui cause à autrui un dommage »³³². Cela est la raison pour laquelle elle engage la responsabilité civile de l’opérateur.

La norme déontologique, compte tenu de son caractère hétérogène demeure un espace d’expérimentation prudentielle et permet de mettre au point la technique créatrice de règles techniques d’encadrement.

2. L’expérimentation prudentielle

58. La réputation. – L’éthique confère une diversité³³³ qui permet à la fois de créer de nouvelles règles et de composer un corps technique d’encadrement issu du réseau des professionnels. La norme déontologique ou l’éthique imposée composent une forme de réglementation³³⁴. Si la technique créatrice est critiquable, il n’en demeure pas moins que cette méthodologie permet d’appréhender les risques auxquels sont soumis les acteurs de la place et notamment les prestataires de service d’investissement qui relèvent du double agrément de l’ACPR et de l’AMF. Dans la cartographie des risques³³⁵, le risque de non-conformité³³⁶, maintenant renouvelé³³⁷ vise les hypothèses de « non-

³³⁰V. M. PERBET, « Les États-Unis, des principes communs avec l’Europe mais une démarche législative différente », *Cahiers de l’évaluation*, n° 5, févr. 2011, p. 8 : « En outre, une étude a été confiée au *Government Accountability Office* (GAO – corps d’experts au service du Congrès) pour préparer la création d’une organisation professionnelle indépendante en charge de la rédaction d’un code d’éthique ». La logique des États-Unis est un peu différente car les agences de notation agissant sur le territoire américain sont soumises au strict agrément de la SEC et le Congrès américain ne craint pas l’ingérence pour que les agences se dotent d’une éthique spontanée ce qui en France serait plutôt de l’éthique imposée.

³³¹V. A.-D. MERVILLE, « La norme déontologique », art. préc., n° 6 : « Les normes déontologiques intègrent des obligations de diligence, de loyauté, de neutralité et de discrétion ».

³³²C. civ., art. 1240. V. F. BUY et J. THÉRON, art. préc., n° 17. Rapp. J. JULIEN, *Droit des obligations*, 2^e éd., LARCIER, 2014, p. 200, n° 283 : « La faute est en effet un comportement blâmable, dont la responsabilité est sans doute une sanction ». La faute, entendue comme le comportement de mauvaise foi, se traduit par la sanction civile de l’opérateur.

³³³V. A.-D. MERVILLE, « La norme déontologique », art. préc., n° 6 : « Les normes déontologiques dans la finance ne suivent pas la même logique. La singularité de la norme déontologique réside non seulement dans la démarche des intermédiaires mais également dans l’absence d’une définition unitaire ».

³³⁴*Id.* : « La norme déontologique apparaît comme une forme de réglementation dans laquelle l’initiative de sa création, le contrôle de son application peuvent appartenir aussi bien aux pouvoirs publics qu’aux acteurs privés ».

³³⁵AMF, « Position-recommandation AMF - Guide relatif à l’organisation du dispositif de maîtrise des risques des sociétés de gestion de portefeuille - DOC-2014-06 », 1^{er} août 2014, p. 4 : « la cartographie des risques va permettre d’évaluer le niveau d’exposition de la société à ces risques puis le comparer aux limites établies préalablement et mettre en place toutes les procédures nécessaires pour gérer les risques identifiés ».

³³⁶CRBF, régl. n° 97-02, relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d’investissement, modifié par l’arrêté du 19 janv. 2010.

³³⁷Arr. du 3 nov. 2014 relatif au 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 : « 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

respect des dispositions propres aux activités bancaires et financières ». Par ricochet, tous les textes relatifs à l'éthique tombent dans le domaine de cette disposition.

La technique d'encadrement qui instrumentalise l'éthique, la déontologique ou la morale s'avèrent en réalité une quête d'honorabilité. Le risque de non-conformité serait alors un prétexte pour tendre vers ce but. Le risque de réputation³³⁸ en attesterait. Noyé dans le texte riche en énumération, le moindre fait attentant à la réputation de l'opérateur suffit au *compliance officer*³³⁹ pour relever la non-conformité³⁴⁰.

Ce degré très fin de sensibilité montre à quel point la conformité se voit confier une mission de détection en constante recherche éthique.

59. La recherche. – La prospective des nouveaux enjeux en matière éthique revient aux comités et aux régulateurs. Alors que certains comités s'emploient à développer la place financière, le Comité Paris Europlace³⁴¹, d'autres doivent commencer la réflexion sur les règles de gouvernance déontologiques futures³⁴² comme les travaux d'hier sont utilisés quotidiennement maintenant³⁴³.

La technique créatrice d'éthique permet une transition vers la législation. L'éthique pulvérise, par une alternative, des graines qui en se développant s'introduiront dans le droit. Elle sème des dispositions infra-juridiques qui fleurissent en une morale corporative³⁴⁴.

Les inflorescences du droit naissent aussi dans la considération légale pour cette éthique professionnelle dont elle consent à sanctionner les violations. La loi de régulation bancaire et financière (LRBF)³⁴⁵ a introduit un article L. 544-5 du Code monétaire et financier qui édicte : « Engagent leur responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, tant à l'égard de leurs clients que des

activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, nationales ou européennes directement applicables, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions des dirigeants effectifs prises notamment en application des orientations de l'organe de surveillance ».

³³⁸ *Id.* : « d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions ».

³³⁹ Responsable de la Conformité et du Contrôle Interne (RCCI) ou Responsable de la Conformité des Services d'Investissement (RCSI).

³⁴⁰ AMF, « Position-recommandation AMF - Guide relatif à l'organisation du dispositif de maîtrise des risques des sociétés de gestion de portefeuille - DOC-2014-06 », 1^{er} août 2014, p. 3 : « Sa survenance est susceptible d'entraîner pour l'établissement un coût lié à la mise en cause de sa responsabilité civile ou pénale, à une sanction administrative, ou une atteinte à la réputation ».

³⁴¹ Site Comité Paris Europlace : <http://www.paris-europlace.com/fr>

³⁴² V. AFTI, *Rapport annuel 2015*, 2015, p. 43 : « Sur un plan méthodologique, l'observatoire a pu réaliser des « états des lieux » par sujet donné (les filtrages, les organisations conformité...), ce à partir d'un premier draft/questionnaire et de réponses anonymes, ce qui a permis notamment à chaque établissement de « bench marker » ses pratiques ».

³⁴³ V. AFEI-FBF, « L'AFEI et la FBF publient un Guide sur les déclarations de soupçon d'abus de marché » [en ligne], Site officiel, *FBF*, 6 avr. 2006, consulté le 11 août 2016.

Site FBF : [/fr/espace-presse/communiqués/l'afei-et-la-fbf-publient-un-guide-sur-les-declarations-de-soupçon-d'abus-de-marché](http://fr/espace-presse/communiqués/l'afei-et-la-fbf-publient-un-guide-sur-les-declarations-de-soupçon-d'abus-de-marché).

³⁴⁴ V. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « La morale de panache est plus exigeante que le strict respect des règles légales : elle conduit à regarder dans autrui un frère, qu'il convient d'aider à se développer, à progresser, à se cultiver, à s'épanouir ».

³⁴⁵ L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010 : JORF 23 oct. 2010.

tiers, des conséquences dommageables des fautes et manquements pour elles commis dans la mise en œuvre des obligations ».

§2. *La lex technica*

60. Les pratiques ascendantes, modes de formation technique, partent d'un cercle basal large porteur des opérateurs. Aux pratiques déontologiques, s'accote un second degré reprenant codes et mécanismes de la *lex mercatoria*.

Les banques et les entreprises du secteur financier créent des règles techniques destinées à former les usages entre les professionnels. La *lex technica*³⁴⁶ reprend les codes et les mécanismes de la *lex mercatoria* dont elle varie. La *lex technica* est forgées par les dirigeants des opérateurs eux-mêmes et surtout par les organismes professionnels³⁴⁷. Ces pratiques ascendantes s'érigent vers les pratiques descendantes et forment une véritable coutume³⁴⁸.

La *lex technica* contribue à la création des règles sectorielles (A) et devient alors un outil d'unification du droit de la régulation (B).

A. *La lex technica sectorielle*

61. La *lex technica* appartient aux pratiques ascendantes. Elle provient aussi du réseau des praticiens. Il s'agit par contre d'un cercle différent. Les opérateurs n'interviennent que de façon indirecte. La manœuvre est menée par les organisations professionnelles.

Sur le modèle de la *lex mercatoria*³⁴⁹, la coutume contribue à la conception d'une *lex technica*³⁵⁰. Cette *lex technica* se focalise sur le secteur bancaire et financier seulement. Elle canalise l'ensemble des tractations entre les établissements internationaux de la finance qui rédigent leurs propres règles selon une technique d'élaboration qu'ils maîtrisent.

Elle devient la loi des banquiers et des financiers sur le plan technique (1), et cette loi régit le commerce de l'argent entre les principaux opérateurs mondiaux (2).

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ L'organisme essentiel est la FBF.

³⁴⁸ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 5 : « Enfin Gény parle aussi de source valable par sa seule forme alors que la norme coutumière, spontanée et purement gestuelle, n'a pas de forme à proprement parler ».

³⁴⁹ V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », art. préc. : « En fait, les seuls usages couramment étudiés sont ceux qui constituent aujourd'hui la *lex mercatoria* : ce sont d'ailleurs des usages professionnels et presque toujours désignés sous ce nom ».

³⁵⁰ Il est clair que ce néologisme s'appuie sur une construction artificielle. Le substantif « technique » a pour étymologie le mot grec « τέχνη » et non de « *technica* » qui a été latinisé à dessein afin d'établir une variation avec la *lex mercatoria*. Rapp. V. *Dictionnaire Grec-Français - Le Grand Bailly*, V^o « τέχνη ».

1. Une loi

62. Une loi avérée. – La *lex technica* n'est pas une loi législative mais un usage de secteur entre professionnels, une coutume puissante et impérieuse. La référence à la *lex mercatoria*³⁵¹ pose d'ores et déjà la question de son existence³⁵². Jusqu'en des temps anciens mais non lointains, elle faisait l'objet d'intenses débats³⁵³. La démonstration de son existence, est de moins en moins contestable³⁵⁴ et désormais incontestable³⁵⁵.

Le droit bancaire n'a cependant pas recours à la *lex mercatoria* en tant que telle. Il s'agit d'une adaptation de cette notion juridique qui présente des similitudes, non une exacte congruence. Les banques ne sont pas des commerces classiques bien que cette dimension existe.

« L'idée n'est plus celle de l'opposition des ordres juridiques étatiques et d'un hypothétique ordre juridique transnational mais celle d'un recours global à un ensemble de droits nationaux dont la fécondité se trouve ainsi reconnue »³⁵⁶. L'absence de cette opposition est criante en droit bancaire puisque l'ordre juridique supra-étatique prend le pas sur le droit national qui en devient le servile serviteur. Devant un blocage du raisonnement, le recours à l'analogie³⁵⁷ s'impose.

La *lex technica* est un néologisme conceptuel³⁵⁸. Il exprime la coutume technique ascendante mise en place par les établissements systémiques³⁵⁹. Ils usent d'une pratique créatrice pour mettre en place des techniques d'encadrement cycliques et contraignantes sur la base de la technique opérationnelle. Chaque opérateur utilise sa pratique pour créer une loi technique commune.

³⁵¹ V. E. GAILLARD, « Trente ans de Lex Mercatoria - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, n° 1, janv.-févr.-mars 1995.

³⁵² V. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », in Collectif, *Le droit subjectif en question*, APD, t. 9, 1964, p. 177.

³⁵³ V. F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational.*, L.G.D.J., 1992.

³⁵⁴ V. E. GAILLARD, « Trente ans de Lex Mercatoria - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », art. préc., p. 6, n° 3 : « La *lex mercatoria* continue de susciter des réactions passionnées. Les auteurs semblent se diviser en deux camps, les « mercatoristes » et les « anti-mercatoristes », qui ont chacun leurs extrémistes ».

³⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991, n° 89-21.528, *Affaire Valenciana* : JurisData n° 1991-002964.

³⁵⁶ E. GAILLARD, « Trente ans de Lex Mercatoria - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », art. préc., p. 8, n° 4.

³⁵⁷ V. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, p. 173, n° 34 : « Son propre est de renvoyer à une idée ou à une image qui enrichit la charge du mot de base d'un sens second ou d'un effet de valeur ».

³⁵⁸ V. H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », in Collectif, *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, Sirey, 1999, p. 187, n° 201 : « Ainsi, à propos du développement de l'Internet, on évoque aussi une *lex electronica*, par analogie avec la *lex mercatoria* ».

³⁵⁹ Pour simplifier le raisonnement, il s'agit des dix principaux établissements mondiaux avec en France, dans les classements 2015, BNP Paribas SA et Crédit Agricole SA respectivement aux huitième et dixième rangs. A eux, s'ajoutent, essentiellement, les entreprises de marché qui ont la charge d'assurer le bon fonctionnement des marchés et donc leur infrastructure.

63. Une loi empirique. – « Sinon un artifice idéologique, du moins une manifestation de la doctrine du “laissez-faire“ »³⁶⁰. L’absence de réaction du régulateur permet d’appliquer une forme d’auto-régulation à laquelle seuls les acteurs du marché participent. Ce “laissez-faire“ oblige les organisations professionnelles ou l’opérateur en situation de monopole³⁶¹ à imaginer et établir des références communes pour pouvoir s’accorder avec les acteurs étrangers. Elle sert de barrage au recours à la norme prudentielle dans la création de règles techniques.

La création de référentiels techniques hors norme prudentielle montre d’abord que la norme prudentielle ne se résume pas à une technicité, et ensuite qu’il s’agit d’un droit particulier. La *lex technica* arrête, pour l’instant, la norme prudentielle tel un butoir.

2. Une loi marchande

64. Le commerce de l’argent. – La *lex technica* est une technique employée par les opérateurs, les groupes multinationaux, afin de produire des règles techniques. Elle provient du réseau des praticiens. Il s’agit par contre d’un cercle différent. Les opérateurs interviennent de façon indirecte. La manœuvre est menée par les organisations professionnelles³⁶².

Cette *lex technica* est une *lex mercatoria*³⁶³ bancaire. Elle s’élève par la pratique ascendante. Cette *lex technica* régit le commerce bancaire et financier et met en place des traits d’union entre les opérateurs situés dans des États différents.

Pour paraphraser Sully³⁶⁴, “Liquidité et volatilité sont les deux mamelles de la finance“. Les marchés financiers sont les lieux du commerce de l’argent. Le rôle des *market makers* en apportant des liquidités et des contrepartistes en servant de contrepartie éloignent le risque de consensus.

La volatilité de certains titres peut aussi se percevoir comme un usage des opérateurs de marchés pour iriser la liquidité d’un titre et s’assurer une meilleure capacité d’échange. La *lex technica* réussit par un usage, accepté de tous, et l’apport d’une technicité à éviter de recourir à la norme prudentielle sur quelques points³⁶⁵.

³⁶⁰ E. GAILLARD, « Trente ans de *Lex Mercatoria* - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », art. préc., p. 10, n° 9.

³⁶¹ Comme Euronext, en tant qu’entreprise de marché, en France.

³⁶² V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 54 : « Certaines d’entre elles (les organisations professionnelles), sont des organismes de droit privé, mais chargés d’une mission administrative de service public leur permettant de réglementer la profession ».

³⁶³ V. J.-P. MATTOUT, « Droit bancaire, supranationalité et extraterritorialité : la *lex mercatoria* », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 32.

³⁶⁴ M. DE BÉTHUNE, Duc de SULLY : « Labourage et pâturage sont les deux mamelles de la France ».

³⁶⁵ V. J.-P. MATTOUT, « Droit bancaire, supranationalité et extraterritorialité : la *lex mercatoria* », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 32 : « La *lex mercatoria* ne se présente pas comme un système juridique complet où les marchands pourraient trouver réponse à toutes leurs questions ; elle est très parcellaire ».

Les manifestations de la *lex mercatoria* sont discrètes³⁶⁶ ; de même pour celles de la *lex technica*. La *lex technica* pourrait servir les normes prudentielles plutôt que les freiner.

65. La loi de l'argent. – La norme prudentielle, foisonnante compte tenu des trois degrés de technicité entre lesquels elle vogue, pourrait trouver dans la *lex technica* un exutoire à cette exacerbation textuelle. Il s'agirait de rassembler quelques principes de régulation prudentielle pour accorder les opérateurs. Cette technique créatrice d'encadrement soulagerait, en travail et en coût, les services juridiques des opérateurs chargés d'analyser la réglementation technique.

De plus, les principes déterminés entreraient dans l'auto-régulation³⁶⁷, appelée de ses vœux par les praticiens. La *lex technica* serait sur ces points, clairs et circonscrits, une loi des professionnels de la banque et des marchés financiers³⁶⁸. Cette déflation de textes serait la bienvenue alors que le mouvement inverse se produit du fait de la dématérialisation³⁶⁹ presque totale des opérations financières.

B. La *lex technica* unificatrice

66. La *lex technica* provient des pratiques ascendantes. Elle est conçue par les organismes professionnels pour régir le commerce de l'argent.

Leur intervention coutumière a vocation à unifier le droit de la banque et des marchés financiers. La *lex technica* se focalise sur le secteur bancaire et financier seulement. Cette technique est efficace pour unifier la matière disparate par le nombre important d'opérateurs de taille diverse et soumis à des législations tendant à l'uniformisation par le jeu des pratiques descendantes.

La *lex technica* n'est pas inerte mais joue ce rôle de convergence juridique³⁷⁰ en mettant en place une harmonisation (1) qui peut parfois devenir une uniformisation (2).

³⁶⁶ Le réel emploi de la *lex mercatoria* en droit bancaire se limite au crédit documentaire où les Règles et usances relatives au crédit documentaire (RUU) sont une formalisation et une standardisation perfectionnée depuis 1933. Il s'ajoute les crédits *stand by* et les garanties à première demande. V. J.-P. MATTOUT, art. préc., n° 11 : « Ces RUU ont atteint une sorte de perfection juridique, au sens où aujourd'hui plus un seul crédit documentaire dans le monde n'est ouvert qui n'y soit pas soumis ». Rappr. L. MAURA COSTA, *Le crédit documentaire, Étude comparative*, Bibl. dr. priv., t. 308, LGDJ, 1998.

³⁶⁷ V. H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », in Collectif, *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, Sirey, 1999, p. 187, n° 201 : « On emploie aussi l'idée d'auto-régulation, d'un droit spontané ».

³⁶⁸ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 54 : « Certaines d'entre elles, les ordres professionnels, sont des organismes de droit privé, mais chargés d'une mission administrative de service public européen permettant de réglementer la profession ».

³⁶⁹ En ce sens, V. H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », art. préc., p. 191 : « Mais l'augmentation exponentielle des mouvements, la volonté croissante de les libéraliser, la part croissante qu'y prennent les mouvements immatériels, notamment avec la « dématérialisation de l'argent », ont conduit à s'interroger sur la volonté et/ou la capacité des États à la maîtriser et à l'encadrer juridiquement. L'idée d'autorégulation se fait alors jour, ressuscitant le débat sur un tiers-droit, un peu sur le modèle de celui qui a été mené concernant la *lex mercatoria* ».

³⁷⁰ V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis 94, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p.

1. L'harmonisation

67. La coordination. – Les opérateurs n'interviennent que de façon indirecte. Cette *lex technica* est une technique d'harmonisation menée par les organismes professionnels³⁷¹ qui souligne par là même leur rôle crucial. Pratique ascendante, la *lex technica* donne des référentiels communs aux opérateurs. A l'instar de la *lex mercatoria*³⁷², la *lex technica* permettrait, en cas de recours plus important qu'à l'heure actuelle de désengorger les voies de la régulation prudentielle. La norme prudentielle resterait maîtresse des sujets principaux ayant un enjeu pour les États et pour le régulateur dans l'exercice de son pouvoir de contrôle.

La *lex mercatoria* aurait second avantage de d'accroître les relations de travail entre les opérateurs. L'éthique se distingue de la morale en tentant d'établir des règles non pas destinées à la discipline personnelle comme perfectionnement de l'opérateur mais d'améliorer les liens d'affaires sur la base d'une déontologie. L'exploitation de la *lex technica* serait, peut-être, une des voies de prolongement de l'éthique des entreprises qui susciterait une implication accrue des banques et des entreprises financières.

68. Un langage commun. – La *lex technica* ou *lex mercatoria* prudentielle apparaît plus qu'une finalité comme un moyen d'amélioration du système financier. Elle permettrait, à cet égard, une forme de contractualisation des échanges sur la question prudentielle d'autant plus que le principe de bonne foi³⁷³ innerve le modèle, la *lex mercatoria*.

De plus, la *lex technica* serait une méthode³⁷⁴ supplétive de création des normes prudentielle. En effet, les lacunes du droit international, non comblées par le droit interne, se verraient corrigée par cette méthode agissant comme une exception fonctionnelle de seconde ligne.

16 : « Autre exemple : plutôt que de prendre l'exacte mesure du phénomène d'auto-régulation que se sont adjugée certains secteurs économiques puissants (on pense notamment à la *lex mercatoria*, ou encore à la *lex numerica* régissant les rapports juridiques dans le cyberspace), on feint de croire que cette normativité privée n'est qu'une illustration du principe classique d' « autonomie de la volonté », et que, somme toute, cette application de l'article 1134 du Code civil ne bouleverse en rien la pyramide juridique ».

³⁷¹ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 54 : « Certaines d'entre elles (les organisations professionnelles), sont des organismes de droit privé, mais chargés d'une mission administrative de service public leur permettant de réglementer la profession ».

³⁷² V. Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », art. préc. : « En fait, les seuls usages couramment étudiés sont ceux qui constituent aujourd'hui la *lex mercatoria* : ce sont d'ailleurs des usages professionnels et presque toujours désignés sous ce nom ».

³⁷³ V. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* : « Un auteur a établi que la bonne foi est un principe fondamental de la *lex mercatoria*, où il est beaucoup plus vigoureux que dans les droits nationaux ».

³⁷⁴ V. E. GAILLARD, art. préc., p. 13, n° 14 : « Ce qu'il importe ici de constater est que ces applications malencontreuses de la méthode des règles transnationales ne devraient pas conduire à une condamnation globale de cette méthode ».

2. L'uniformisation

69. L'alignement. – L'harmonisation cède parfois devant l'uniformisation. Là où l'harmonisation mettait en place des références communes, l'uniformisation met en place les mêmes références partout et pour tous. L'uniformisation du droit sur un modèle a de quoi inquiéter. La participation aux travaux des établissements américains influencerait sur la *lex technica*.

Le réseau des pratiques descendantes³⁷⁵ fait déjà appel à une technique unifiée des règles techniques. Personne ne conteste le primat du Comité de Bâle ou de l'OICV. Par symétrie, l'alignement unificateur de la *lex technica* ne serait donc pas un obstacle insurmontable, il se présenterait comme une faculté.

70. La faculté. – La *lex technica* ne s'envisageable que si les marchés montrent des gages de sérieux et de maturité. Confier les chantiers cruciaux de la régulation serait d'une naïveté certaine. Le monde éprouve encore des difficultés à estomper les effets ravageurs des crises qui se sont succédées depuis juillet 2007. La *lex technica* illustre la capacité des banques et des marchés financiers à se réguler sans normes prudentielles sur des points que les États isoleraient comme non éligibles à la régulation. Le premier pas serait, en effet, d'expérimenter cette méthode en confiant aux acteurs des places financières la charge de réguler certaines bribes de leurs activités pour commencer. Notion en devenir ou raisonnement par l'absurde la *lex technica* montre une alternative exploitable ou bien une preuve que la technicité régulatrice peut exister hors des normes prudentielles. Cette autonomie théorique montre combien la norme prudentielle anoblit la technique en la revêtant du droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

71. Les trois techniques. – La norme prudentielle s'affirme avant tout en tant que règle technique. Le haut niveau de précision et l'abstraction à laquelle elle confine souvent, tient aux circuits qu'elle emprunte lors de sa création. Ces pratiques créatrices donnent une spécificité à la règle technique grâce l'apposition de strates de technicité par chaque intervenant de la régulation. Le mouvement contradictoire, complémentaire néanmoins, consiste à faire remonter des professionnels un certain nombre d'influences ou d'appréciations visant à infléchir ou adapter les orientations s'épaississant en règle technique. Son épaissement continu repose notamment sur une pièce cruciale : le réseau. Ce réseau d'acteur opère sur le théâtre de la place bancaire et financière pour constituer une règle technique propice à son utilisation. Ces gisements techniciens alimentent deux

³⁷⁵ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, Comité de Bâle, juillet 1988, p. 1, n° 1 : « A l'issue de ces consultations, certaines modifications ont été apportées aux propositions initiales ».

canaux qui débouchent l'un sur l'autre. A ce stade, se distinguent trois types de technicité. Il y a d'abord une technique créatrice, ensuite une technique régulatrice, enfin une technique praticienne ou financière.

72. L'enveloppe de la technique. – En effet, conclure à cette étape a permis d'observer une synergie qui contribue à l'expansion technique. L'organisation réticulaire s'adapte à la motilité d'un secteur qui ne cesse de se modifier. Les pratiques créatrices sont nécessaires mais insuffisantes pour mettre en place la règle technique. Il manque, à cet instant, des vecteurs qui portent ce caractère au plan opérationnel. Aux pratiques créatrices, se joignent, dans cette quête de technicité, les instruments juridiques, vecteurs de la technique qu'ils animent.

73 et 74. – Réservés.

CHAPITRE 2 : LES VECTEURS INSTRUMENTAUX

75. La norme prudentielle prend la forme³⁷⁶, à cet instant, d'une orientation, d'une direction. Elle se place au point de rencontre des pratiques descendantes, formulation du réseau de la régulation international et européen, et des pratiques ascendantes, formulation des réseaux de praticiens. L'orientation à des degrés divers de technicité reste, pour l'instant, immobile. Une première mise en mouvement se produit par l'intégration de ces pratiques créatrice au sein d'instruments juridiques, vecteurs de la technicité prudentielle.

Les instruments concrétisent les pratiques créatrices par le recours aux sources du droit connues des juristes. Par eux, la règle technique va s'arrimer au droit par ses outils qui en deviennent les vecteurs³⁷⁷. Chaque étape pratique, que suit ce qui est appelé à devenir une norme prudentielle,

³⁷⁶ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Forme », sens 1 : « Toute façon d'agir, toute manière de procéder qui préside à l'accomplissement d'un acte juridique (forme d'un contrat, d'un testament, d'un jugement, d'une décision, etc.) ou au déroulement d'une série d'actes (forme d'un procès) ; désigne parfois plus précisément soit le mode d'expression de la volonté (forme écrite ou orale à soit la façon de recevoir un acte et d'en établir la preuve (donation en la forme authentique, testament par la forme mystique, décision revêtant la forme d'une simple mention au dossier ; CPC, a. 151) ». Le sens que donne le Doyen Cornu au nom « Forme » prend vite une coloration civiliste en référence aux actes juridiques ou aux actes judiciaires qu'il évoque. Néanmoins, sa définition s'adapte tout à fait à la forme d'une norme de façon générale, aux normes prudentielles en particuliers. Il souligne un point essentiel de la forme qui consiste à y voir un « mode d'expression de la volonté ». Or, en l'espèce, le réseau conçoit couche après couche cette volonté qui va ensuite être exprimée par le recours à des moyens de diffusion

³⁷⁷ C. DE SALLE, « Fin de l'histoire et légitimité du Droit dans l'œuvre de F.A. von Hayek », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 149 : « Les règles ne sont, dans cette optique, rien d'autres que des vecteurs des valeurs fondamentales du libéralisme et de la démocratie, lesquelles ne sont plus susceptibles d'évoluer ».

correspond à un instrument. La mission de la norme prudentielle n'est pas d'apporter la finance dans le droit mais le droit dans la finance. Ainsi, chaque pas dans la progression la rapproche de son effectivité pratique. Il faut donc séparer les instruments extra-étatiques³⁷⁸ et les instruments étatiques³⁷⁹.

Les instruments extra-étatiques proposent une direction quant aux dispositifs à intégrer, mais, cette dernière demeure assez générale (Section 1). En s'approchant de l'échelon interne, donc des opérateurs, ces dispositifs se hérissent d'une précision croissante afin d'être effectifs sur le plan opérationnel (Section 2).

SECTION 1. LES INSTRUMENTS EXTRA-ETATIQUES

76. Les instruments juridiques³⁸⁰ sont utilisés de manière très habile³⁸¹ pour transmettre les données techniques régulatrices. A la technique créatrice s'ajoute la technique régulatrice de la technicité praticienne. Pour véhiculer, le réseau créateur passe par le droit³⁸².

Les instruments extra-étatiques comportent deux degrés avec, en premier lieu, les recommandations internationales qui fixent un cap par la concertation et invitent les ensembles régionaux à prendre le relais pour commencer la mise en œuvre des décisions. Ces derniers, en l'occurrence l'Union européenne, étoffent les dispositions et les complètent en leur enjoignant de plus en plus d'éléments techniques.

La création de la technique d'encadrement passe par les recommandations internationales (§1). Ces recommandations internationales sont ensuite transcrites par les instruments européens (§2).

³⁷⁸ A titre principal, les recommandations internationales et les textes communautaires.

³⁷⁹ Ce sont essentiellement les lois et la doctrine du régulateur.

³⁸⁰ V. Ph. JESTAZ, « Source délicieuse », *RTD civ.*, 1993, p. 73 : « Les sources du droit ne coulent pas de source ». La question du jaillissement est d'autant plus intéressante que concernant les normes prudentielles, elle est mythique et trompeuse. Les normes prudentielles ne naissent pas dans le droit mais dans la technique. Le droit n'intervient que dans un second temps afin de diffuser la technique d'encadrement retenue et la faire appliquer.

³⁸¹ Il n'est pas question d'aborder à ce stade le pouvoir normatif. Les instruments juridiques sont employés comme des enveloppes qui recèlent la technique d'encadrement. La normativité des normes prudentielles fera l'objet d'une étude particulière et séparée de cette analyse.

³⁸² V. Ph. JESTAZ, art. préc. : « Ce dernier mot, certes évoque un jaillissement. Mais le sujet, tel quel l'a toujours traité la doctrine française s'enlise dans un marécage ». Le chapitre va essayer de drainer le « marécage » pour faire apparaître la continuité entre le torrent tumultueux des recommandations et le fleuve de la doctrine du régulateur.

§1. Les recommandations internationales

77. Les instruments supranationaux³⁸³ se déclinent à deux échelons. Celui européen recueille en majeure partie des éléments techniques contenus dans les recommandations.

La recommandation³⁸⁴ n'est pas une catégorie de texte juridique au sens classique³⁸⁵. Elle est le vecteur choisi par le réseau mondial de la régulation pour formuler les orientations nécessaires à la régulation.

La recommandation internationale endosse l'apparence³⁸⁶ d'une véritable loi internationale bancaire et financière incarnant le sommet duquel partent les pratiques descendantes (A). Elle n'en est pas moins applicable dans le droit étatique, elle constitue alors un appel aux États à légiférer (B).

A. La loi internationale

78. La recommandation internationale³⁸⁷ est l'instrument privilégié pour le réseau mondial³⁸⁸. Instrument initial des pratiques descendantes, elle contient l'essentiel des directions et des éléments techniques régulateurs.

La recommandation prend les atours d'une « loi mondiale » entre les États parties aux institutions et cercles informels³⁸⁹. Cette « loi » internationale³⁹⁰ a rang au niveau supranational³⁹¹ qui ne se confond

³⁸³ En plus d'être supranationales, les recommandations internationales sont extra-étatiques. Elles sont conçues et rédigées sans intervention directe des États à l'échelle mondiale. L'exactitude voudrait qu'elles soient désignées par : recommandations extra-étatiques. Toutefois, par soucis de symétrie avec le paragraphe sur les textes européens et par volonté de distinguer les recommandations professionnelles, l'expression « recommandations internationales » sera retenue.

³⁸⁴ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Recommandation », sens 1 : « (pour un organisme international). Résolution invitant son destinataire à agir d'une certaine manière et qui, en principe, not. lorsqu'elle s'adresse à un État, est dépourvue de force obligatoire ».

³⁸⁵ V. T. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 5 : « modèles proposés par des autorités extra-étatiques ou des organismes internationaux tels que le Comité de Bâle, le FSB, le *Joint Forum* ou encore l'OICV ».

³⁸⁶ Il s'agit de l'apparence seulement.

³⁸⁷ La recommandation internationale n'est pas un traité ou une convention multilatérale.

³⁸⁸ V. R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *op. cit.*, p. 179 : « Les recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire ont joué un rôle décisif dans ce domaine en incitant les banques à perfectionner leurs méthodes de gestion des risques et en cherchant à généraliser ces procédures à l'ensemble des pays, répondant en cela aux exigences nées de la globalisation financière ».

³⁸⁹ V. A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010, p. 1192, n° 1594 : « Ainsi en est-il, notamment de l'OICV, l'Organisation internationale de la commission des valeurs mobilières (qui rassemble des représentants des autorités nationales de régulation de bourses). En définitive, il existe une myriade d'organisations créatrices de normes (OCDE, Comité de Bâle, GAFI ...) ».

³⁹⁰ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 49 : « II. La loi internationale ou supranationale ». A la différence des traités auxquels se réfère l'auteur, les recommandations internationales pour le domaine prudentiel ne sont pas directement appliquées en droit interne comme pourrait l'être un traité classique.

³⁹¹ V. *Vocabulaire juridique*, V° « Supranational » : « Qualificatif appliqué à une institution internationale regroupant deux ou plusieurs États, qui indique qu'il y a eu un transfert de compétences des États aux organes de cette institution, de telle sorte que celle-ci dispose en certaines matières d'un pouvoir de décision s'exerçant directement sur les États eux-mêmes ou sur les particuliers ressortissants de ces États ».

pas toujours avec international³⁹². En effet, les États ne négocient pas par l'intervention des pouvoirs politiques mais par les représentants de leurs régulateurs ou de leur banque centrale³⁹³. Quoi qu'il en soit, la recommandation est le premier rouage d'un processus dynamique créateur et descendant.

La recommandation joue un rôle central (1) mais subsidiaire (2).

1. La centralité

79. Le primat. – La recommandation internationale³⁹⁴ permet au réseau mondial³⁹⁵ de la régulation d'émettre des orientations techniques³⁹⁶. Les recommandations internationales sont un creuset. Les recommandations ont le contenu qui ouvre le chemin aux réseaux inférieurs afin d'infuser la technique régulatrice aux organisations régionaux et aux États. Les recommandations ne priment pas comme les traités en vertu de l'article 55 de la Constitution³⁹⁷. Il ne s'agit pas d'évoquer les traités internationaux relatifs au droit bancaire³⁹⁸ qui existent mais joue un rôle marginal compte tenu de leur faible nombre³⁹⁹. De plus, il n'existe pas un « véritable ordre mondial »⁴⁰⁰ qui assierait la légitimité de ces textes.

Le primat des recommandations internationales tient au fait qu'elle relève d'une sorte de projection mondiale⁴⁰¹ des représentants des régulateurs étatiques et des banquiers centraux. Il n'est pas de

³⁹² V. *Vocabulaire juridique*, V^o « International », sens 2 : « Désigne des situations qui, parce qu'elles intéressent plusieurs États, appellent l'application de règles particulières de source variable ».

³⁹³ V. M. BILGER, « Le Comité de Bâle doit s'en tenir au mandat fixé par le G20 », art. préc. Si le Comité de Bâle, archétype du producteur de recommandations supranationales en matière bancaire doit se conformer au mandat du G 20 alors cela montre la mise en retrait du pouvoir politique qui n'intervient que de manière subsidiaire.

³⁹⁴ V. Ph. JESTAZ, *Le droit*, 9^e éd., Dalloz, 2016, p. 59 : « Il a pour sujets les États, sujets indisciplinés ».

³⁹⁵ *Ibid.* : « A défaut d'un État mondial doté de solides institutions et disposant d'une force effective de contrainte, il n'existe pas, si l'on met à part quelques principes généraux, de véritable loi internationale parce qu'il n'existe aucune procédure permettant d'établir celle-ci à la majorité en l'imposant aux minoritaires ». C'est la raison pour laquelle la recommandation internationale est l'instrument le plus judicieux pour ouvrir la voie à une nouvelle régulation.

³⁹⁶ Ex. FSB, *Reducing the moral hazard posed by systemically important Financial institutions. Recommendations and times lines*, Oct. 20th 2010.

³⁹⁷ Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre* et CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*.

³⁹⁸ Ex. Convention du Conseil de l'Europe sur les opérations financières des initiés facilitant l'échange d'information et l'entraide judiciaire pour lutter contre les opérations d'initiés, ouverte à la signature le 20 avril 1989. Une convention internationale telle que celle-ci est importante mais il est évident qu'il ne s'agit pas d'une recommandation à proprement parler notamment car elle n'est pas composée par le réseau régulateur international.

³⁹⁹ V. A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010, p. 28, n^o 30 : « Jusqu'ici ces accords ont été assez "rares" ».

⁴⁰⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome 1 : Le relatif et l'universel*, First Edition, Seuil, 2004, p. 7.

⁴⁰¹ *Ibid.* p. 114 : « les Etats-Unis ont systématiquement développé une conception extraterritoriale de leur droit national ». Ex. *ibid.*, p. 115 : « Enfin la loi Sarbanes-Oxley, adoptée en 2002, impose sa conception de la gouvernance d'entreprise à toutes les entreprises, mêmes étrangères qui relèvent à un titre quelconque de la SEC ». Les États du G 20 ont un peu adapté le même développement dans la mesure où les cercles informels, au premier chef, le Comité de Bâle, rassemble les Gouverneurs des banques centrales nationales et des représentants régionaux. Il n'existe donc pas véritablement de hiérarchie entre les réseaux internationaux, européens et nationaux. En effet, le Gouverneur de la Banque de France siège aux côtés du Président de la

contestation possible par les États des recommandations émises par le Comité de Bâle⁴⁰², le FSB⁴⁰³ ou l'OICV⁴⁰⁴ car les régulateurs étatiques composent les cercles et régulateurs internationaux⁴⁰⁵ où se décident les orientations techniques qui se retrouveront quelques années plus tard dans la loi.

La primauté s'apprécie aussi dans une dimension plus prosaïque. Elle jouit d'une certaine légitimité dans la mesure où elle est la première incarnation prenant les traits d'une règle de droit.

80. L'avancée. – Le droit bancaire et financière s'extrait du désordre⁴⁰⁶ apparent dans lequel sont produites les normes financières par la régulation. La recommandation prudentielle conduit à des avancées qui ne seraient pas mises en place de façon harmonisée sans elle. L'harmonisation des législations internes effectue un premier pas.

Qu'il s'agisse du régulateur des marchés financiers ou du cercle informel qui coiffe la régulation bancaire, les textes à vocation normative qu'ils publient sont sans autorité⁴⁰⁷. Ils inaugurent de nouvelles perspectives et ils essaient de répondre à une technicité en pointe.

2. La subsidiarité

81. Le compromis. – La recommandation internationale paraît une « loi internationale » car elle est centrale. Le processus dynamique est amorcé par la recommandation internationale. La recommandation internationale demeure subsidiaire. Elle n'est applicable nulle part en l'état. De plus, si elle fixe des repères techniques, ils ne sont pas à eux seuls assez précis pour venir s'intégrer à la pratique des opérateurs.

Banque centrale européenne (BCE) au Comité de Bâle dont la présidence est confiée à l'un des Gouverneurs. Ce mode de fonctionnement brouille les échelonnements sur le plan institutionnel. Les choses deviennent cornéliennes à la vue du fait que les Gouverneurs de banque centrale sont de plus en plus issus de la direction des plus grands établissements. La métaphore de la colonne ou de la pyramide s'écroule une bonne fois pour toute pour laisser place à des ensembles de rhizomes qui interviennent ou non, qui se connectent ou non pour apporter une norme technique.

⁴⁰² V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 2 : « Le CBCB est composé d'organisations ayant une compétence directe en matière de contrôle bancaire ainsi que de banques centrales ».

⁴⁰³ V. AMF, « Les relations institutionnelles de l'AMF à l'international » [en ligne], Site officiel, AMF, 24 juill. 2014 : « Le Conseil de Stabilité Financière (ou *Financial Stability Board*, FSB) a vu le jour en avril 2009 à l'occasion du Sommet du G20 de Londres où il remplaça l'ancien Forum de Stabilité Financière (FSF). Bras armé du G20, [...] ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/L-AMF/Relations-institutionnelles/International/Instances-internationales.html/>.

⁴⁰⁴ *Ibid.* : « Elle est un membre actif de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) et du Conseil de stabilité financière (ou *Financial Stability Board*, FSB) ».

⁴⁰⁵ V. Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2012, n° 15 et s.

⁴⁰⁶ V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis 94, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 25 : « Or, cette position intermédiaire « entre la rationalité formalisée du cristal et le chaos de la fumée », pour reprendre les images utilisées par H. Atlan, ne peut que se traduire tout naturellement dans des variétés différentes de réseaux, dans lesquelles on se rapproche tantôt d'un de ces pôles, tantôt de l'autre ».

⁴⁰⁷ V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 1 : « Le CBCB n'est investi d'aucune autorité supranationale formelle et ses décisions n'ont pas force exécutoire ».

Le réseau international de la régulation⁴⁰⁸ essaie de trouver avec les autres ensembles régionaux européens, nord-américain et asiatique un dénominateur commun. La recommandation prudentielle est le fruit d'un compromis⁴⁰⁹ entre les représentants des États qui doivent donner leur consentement pour que soit adopté la recommandation. Le résultat, négocié⁴¹⁰, à défaut d'être imposé, semble mieux convenir aux opérateurs malgré une légitimité discutable.

La légitimité de la recommandation prudentielle semble nulle. Malgré son aspect négocié, la recommandation prudentielle parvient à asseoir sa légitimité par l'approbation des représentants des autorités nationales⁴¹¹. Comptant sur le levier politique⁴¹² pour devenir effectif, elle propose une direction à suivre.

82. La direction. – La direction préconisée par les recommandations internationales vise à orienter⁴¹³ les États pour l'adoption d'une législation suivant trait pour trait les choix des organismes extra-étatiques. Faire adopter une loi⁴¹⁴ est une finalité ambitieuse. Celle-ci ne revient pas à l'adoption d'un simple repère. Adopter le sens proposé ne suffit pas, il faut que les législations soient convergentes.

Le rapprochement⁴¹⁵ voulu par le souhait de convergence⁴¹⁶ du réseau international de la régulation fait de la recommandation l'instrument central du système prudentiel. Les Accords de Bâle ne sont qu'un nom usuel. Le véritable titre de ces recommandations est : Convergence internationale de la

⁴⁰⁸ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31, n° 5 : « La nature ayant horreur du vide, des organismes *ad hoc* ont été institués afin d'appréhender ce phénomène. Cela explique la création, il y a quarante ans, d'institutions tournées vers la régulation prudentielle et des marchés ».

⁴⁰⁹ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Source de droit » : « « La loi a non seulement cessé d'être l'émanation éminente du pouvoir, mais encore (et corollairement) elle s'ouvre de plus en plus à des processus de négociation, sinon d'adhésion ».

⁴¹⁰ V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 2 : « Les membres du CBCB s'engagent à : a) œuvrer ensemble à la réalisation du mandat du CBCB »

⁴¹¹ V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 1 : « Le GHOS est l'organe de surveillance du CBCB, lequel lui rend compte et soumet à son approbation ses décisions les plus importantes ». Le GHOS désigne le Groupe des gouverneurs de banque centrale et des responsables du contrôle bancaire.

⁴¹² V. B. BRÉHIER, art. préc., n° 5 : « le Comité de Bâle et l'OICV (1974) et beaucoup plus récemment le FSB (2009), tous trois s'appuyant désormais sur le levier politique du G20 pour faire appliquer ces normes ».

⁴¹³ V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 1 : « Le CBCB exécute son mandat en : c) élaborant des normes de portée mondiale pour la réglementation et la surveillance bancaires ainsi que des recommandations et de bonnes pratiques, et encourageant leur mise en œuvre ».

⁴¹⁴ V. B. BRÉHIER, art. préc., n° 7 : « Dit autrement, ces institutions ont tous les attributs d'un législateur, sans en avoir la légalité formelle ».

⁴¹⁵ V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 1 : « b) procédant à des échanges de vues sur les problématiques, approches et méthodes du contrôle bancaire pour promouvoir l'adoption de vues communes et améliorer la coopération transfrontière »

⁴¹⁶ Ex. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres - Dispositif révisé* [en ligne], Site officiel, BRI, Comité de Bâle, juin 2004.
Site BRI : <https://www.bis.org/publ/bcbs107fre.htm>.

mesure et des normes de fonds propres⁴¹⁷. Cependant, le désir de convergence des législations n'est que le faire-valoir de l'appel aux États à légiférer.

B. L'appel législatif étatique

83. La recommandation est l'instrument d'édition de règles techniques par le réseau mondial. Ce premier instrument des pratiques descendantes joue un rôle central mais subsidiaire.

La subsidiarité de la recommandation internationale conduit à lire dans ces recommandations un appel fait aux États à légiférer. L'appel législatif est implicite mais bel et bien existant.

L'invitation à introduire la technicité dans les textes législatifs vient du fait que la recommandation constitue un modèle (1) et plus qu'un modèle, elle est une prescription (2).

1. Le modèle

84. La référence. – La recommandation internationale n'atteint son objectif que lorsque les législations nationales ont intégré ses dispositions techniques. La recommandation ne peut parvenir à ce tour de force qu'en prenant l'apparence d'une disposition juridique. Elle se contorsionne pour ressembler à un modèle, tuteur sur lequel la loi se développerait.

En visant la convergence des législations nationales, la recommandation prudentielle sert à élaborer des normes techniques⁴¹⁸. La recommandation construite sert de référentiel.

En effet, la sans force obligatoire⁴¹⁹, la recommandation n'est qu'une source d'inspiration pour la loi. Son absence de force obligatoire⁴²⁰ provient de l'absence d'autorité de leur auteur. Elle n'est pas un inconvénient car même si elle ne contraint pas et ne s'impose pas.

85. La reproductibilité. – La volonté du réseau tient dans le fait que la recommandation soit reproduite et déclinée. La recommandation internationale ne peut survivre seule. Les textes internes doués de la force obligatoire dans leur État achèvent le processus initié.

⁴¹⁷ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Bâle, juill. 1988.

⁴¹⁸ V. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Charte*, 2013, p. 1 : « Principal organisme chargé d'élaborer des normes de portée mondiale aux fins de la réglementation prudentielle bancaire, le CBCB offre un cadre de coopération sur les questions liées au contrôle bancaire. Il a pour mandat de renforcer la réglementation, le contrôle et les pratiques des banques à travers le monde en vue d'améliorer la stabilité financière ».

⁴¹⁹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 16 : « Une preuve complémentaire en est d'ailleurs donnée par le fait que les principes, recommandations ou outils proposés par ces organismes extra-étatiques ne sont pas obligatoires pour leurs membres ».

⁴²⁰ V. ACPR, « Les lignes directrices et bonnes pratiques du Comité de Bâle » [en ligne], Site officiel, *ACPR* : « Le Comité de Bâle ne dispose d'aucune autorité supranationale de surveillance formelle, ses conclusions n'ont pas force de loi ».

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/international/les-lignes-directrices-et-bonnes-pratiques-du-comite-de-bale.html>.

La reproduction à l'identité des recommandations n'est pas une réalité observable. L'esprit du texte initial doit être respecté cependant il croit en précision.

2. *L'invitation*

86. L'énumération. – La recommandation internationale sert de référence aux législations nationales reprenant leur contenu technique⁴²¹. Pour parvenir à ses fins, elle prend une dimension incitative.

L'invitation ne peut pas prendre la forme d'une contrainte⁴²², d'une prescription plutôt. Le caractère incitatif consiste à former un texte qui puisse être presque repris clé-en-main par les législateurs nationaux. L'avantage des recommandations est de procéder à la mise en place d'une régulation dans chaque secteur⁴²³. Tous les aspects des pratiques des opérateurs sont couverts⁴²⁴ par un encadrement prudentiel prévu par les recommandations internationales.

87. L'énumération formelle. – La recommandation internationale est un instrument un peu roturier eu égard aux traités et aux conventions internationales. Son efficacité se comprend par la formulation⁴²⁵ des règles d'encadrement que la négociation fait émerger et qui sont des standards.

Ces standards⁴²⁶ jouent un rôle crucial puisque contenus dans les recommandations, ils vont être le maillage contenu dans les législations. Ils vont les rapprocher et les harmoniser autour de ces notions qui s'arrogent un pouvoir de définition jusqu'alors étatique. La standardisation permet l'adoption d'éléments techniques indiscutables et assure une unilatéralité de perception des enjeux prudentiels globaux.

Les standards, quintessence de la technicité, sont une constante technique inébranlable et ce quel que soit le vecteur juridique usité, qu'il soit une recommandation ou un instrument communautaire.

⁴²¹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 16 : « Il est vrai que ceux-ci formulent ces principes, recommandations et outils avec le désir de voir leurs membres les reprendre ».

⁴²² V. *Vocabulaire juridique*. V° « Recommandation », sens gén. : « Invitation à agir dans un sens déterminé ; par opposition à directive ou injonction, suggestion en général dépourvue de caractère contraignant ».

⁴²³ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31, n° 24 : « Pas un secteur n'échappe désormais au pouvoir normalisateur de l'OICV ».

⁴²⁴ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31, n° 27 : « La matière bancaire est également très largement couverte, à la fois par l'action du Comité de Bâle et celle du FSB ».

⁴²⁵ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 16 : « Il est vrai que ceux-ci formulent ces principes, recommandations ».

⁴²⁶ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Standard », sens 2 : « Par des organisations économiques telles que le FMI ou le GATT, pour désigner certaines règles qui, sans avoir la force d'une véritable norme juridique, ne sont pas dépourvues de tout caractère obligatoire (par ex. le standard du « traitement national » dans le cadre du GATT ».

§2. Les instruments européens

88. Les instruments supranationaux se déclinent à un second échelon. L'échelon européen recueille la quasi-totalité des éléments techniques contenus dans les recommandations internationales. Le droit européen est une particularité car il s'interpose entre le réseau mondial et le droit national⁴²⁷. Le droit européen apporte son lot d'intervenants et de précisions techniques dans la régulation. Il formule la grande majorité⁴²⁸ des règles techniques applicables pour les opérateurs implantés sur le territoire⁴²⁹ d'un État-membre de l'Union européenne⁴³⁰.

La directive est le premier instrument prévu par les traités pour obliger⁴³¹ les États-membres à adopter une législation selon les formes qu'ils jugent les plus adaptées (A). Le règlement, en raison de son effet direct, monte en puissance dans le processus d'élaboration des règles techniques bancaires et financières (B).

A. Les directives

89. Le droit européen est joué un rôle crucial dans l'encadrement des services financiers⁴³². Les traités prévoient des instruments juridiques afin de mettre en forme le droit communautaire. Au niveau européen, ils sont indissociables mais diffèrent par leur effectivité en droit interne.

Les États-membres adoptent les règles techniques que les autorités européennes ont puisées dans les recommandations internationales. La directive semble la plus adaptée pour mettre en place des règles techniques au sein du marché commun. Parler de la directive n'a pas vraiment de sens. Il est plus

⁴²⁷ Il s'agit d'un ensemble régional. Ce terme s'entendra pour les développements qui suivent au sens de rassemblement d'États et non au sens de la collectivité territoriale française.

⁴²⁸ V. H. CAUSSE, *Droit bancaire et financier*, Editions Mare et Martin, 2016, p. 33, n° 18 : « Ce droit dérivé européen est la source essentielle ».

⁴²⁹ V. AMF, « Le passeport européen pour les sociétés de gestion de portefeuille » [en ligne], Site officiel, AMF, 3 juill. 2014, consulté le 14 août 2016 : « Le passeport européen permet à une société de gestion, ayant obtenu un agrément par l'autorité de son pays d'origine, d'exercer ses activités dans toute l'Union européenne ou dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économie européen (EEE) ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Societes-de-gestion/Passeport.html/>.

⁴³⁰ *Ibid.* : « Lorsqu'une société de gestion d'un autre Etat membre souhaite fournir ses services en France, on parle de « passeport in » ; lorsqu'une société de gestion française souhaite fournir ses services dans l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'EEE, on parle de « passeport out ». ».

⁴³¹ Là gît la différence majeure entre les deux échelons supranationaux. Le premier est incitatif et invite alors que le second est obligatoire et contraint.

⁴³² V. Commission européenne, « Services financiers - Politique générale » [en ligne], Site officiel, *Commission européenne*, 7 juin 2016 : « Au niveau international, l'UE collabore avec ses partenaires en participant activement aux travaux du G-20 et d'autres fora internationaux [...]. La Commission est notamment membre du Conseil de Stabilité Financière (*Financial Stability Board (FSB)*) ».

Site Commission européenne : http://ec.europa.eu/finance/general-policy/index_fr.htm.

approprié d'évoquer les directives, héritières du processus Lamfalussy⁴³³, qui s'intègrent désormais dans le Système européen de supervision financière (SESF)⁴³⁴.

En effet, dans cette catégorie de textes communautaires se distinguent deux niveaux transitoires avec les recommandations internationales (1) et deux niveaux purement techniques (2).

1. Les niveaux transitoires

90. La directive-cadre. – La directive est l'instrument privilégié de mise en forme des règles techniques européennes. La directive est un outil à plusieurs niveaux⁴³⁵. Les niveaux supérieurs, 1 et 2, servent de transition entre les recommandations internationales.

Les directives de niveau 1 forment la « *législation-cadre* »⁴³⁶. Cette expression, impropre⁴³⁷ car contenue dans le projet de Constitution européenne, rend néanmoins compte de l'importance de ces textes. Ils servent d'interface avec les recommandations internationales. Elles sont les plus générales, les moins « verbeuses ». Elles sont les moins nombreuses et les moins riches en technique. Pourtant cette pauvreté en technique doit être relativisée⁴³⁸.

La directive de niveau 1 a un rôle très large, en effet « elle vise à l'adoption des grands principes politiques de la matière »⁴³⁹. Sa mission est d'assurer le passage, la transposition à la façon des lois avec directives de l'UE.

Contrairement à l'UE budgétaire ou fiscale⁴⁴⁰ qui reste plongée dans un certain marasme, l'Union bancaire car plus souterraine jouit d'un certain prestige et d'une meilleure efficacité depuis 2010, date à laquelle le Commissaire au Service financier, M. Michel Barnier et M. le Gouverneur Jacques de Larosière, ont transformé en profondeur et perfectionné le processus Lamfalussy afin que soit mis en place le SESF.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ V. A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010, p. 1202, n° 1602 : « L'espace financier européen se compose désormais d'une régulation sectorielle fournie, en la forme de directives (près d'une cinquantaine) ».

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 1199, n° 1600 : « Le modèle à niveau unique de la directive était taxé d'« incohérences au niveau de la mise en œuvre (qui) entravent sérieusement l'émergence d'un modèle paneuropéen ».

⁴³⁶ *Ibid.* : « composée des directives que l'on nomme désormais directive-cadre ».

⁴³⁷ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015, p. 200, n° 238 : « La Traité établissement Constitution pour l'Europe clarifiait là encore la catégorie en la rebaptisant «loi-cadre européenne» ».

⁴³⁸ Ex. de directive-cadre : Directive 2014/65/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, JOUE 12 juin 2014. Il s'agit de MIFID qui suscite chez les praticiens beaucoup de réserves et d'inquiétudes compte tenu des obligations innombrables qu'elle met en place. Or il ne s'agit que de la directive de niveau 1. Les directives de niveaux inférieurs n'ont pas encore été publiées au JOUE.

⁴³⁹ V. A. COURET et al., *op. cit.*, p. 1202, n° 1602.

⁴⁴⁰ V. V. DUSSART, « Le financement de l'Union européenne : nouvelles problématiques à l'orée du XXI^e siècle » in M. BLANQUET (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, t. 2, PUSS, p. 889 : « B. Le mythe fondateur de l'impôt européen ».

91. La directive d'exécution. – La directive de niveau 2 forme la « *mesure d'exécution* »⁴⁴¹ de la directive de niveau 1. Au sein de l'Espace financier européen, la rédaction des textes s'appuie sur les comités spécialisés qui forment le Comité européen des valeurs mobilières (CEVM)⁴⁴².

Ce sont les directives de la Commission qui s'apparentent, en droit interne, aux ordonnances dans la mesure où les comités sont composés de représentants des États-membres mais les directives sont prises sous l'autorité de la Commission et non du Conseil et du Parlement.

L'État-membre « adopte des directives ou des règlements dont le contenu est façonné par les avis obligatoires des comités spécialement institués à cet effet »⁴⁴³. Par conséquent, l'enjeu est de détourner le débat sur les règles techniques financières qui a déjà eu lieu pour la rédaction des recommandations. L'avantage de la France, de l'Allemagne ou du Royaume-Uni est d'être parmi les principales puissances mondiales donc de participer aux institutions internationales et aux organismes informels dans lesquels se prennent les décisions.

L'essentiel à ce stade est pour le comité d'apporter un certain nombre de précisions comme un début d'enrichissement technique.

2. Les niveaux techniques

92. Les normes techniques. – Les niveaux supérieurs gardent une généralité. Cela est la raison pour laquelle les niveaux 2.5, 3 et 4 étoffent et exacerbent⁴⁴⁴ la technicité régulatrice des directives. Leur degré de raffinement confine parfois au sophisme. A ces niveaux les opérateurs trouvent la matière applicable à la technique financière.

Le niveau 2.5 est une preuve éclatante du fait que les normes prudentielles sont des noyaux de technicité d'encadrement inoculés dans un instrument juridique. Ces normes techniques basculent du côté des opérateurs en rendant les règles techniques applicables à la pratique des opérateurs. Les normes techniques se comparent aux décrets d'application en droit interne⁴⁴⁵. Ce niveau intermédiaire est issu du fait que la directive n'est pas applicable directement donc il faut passer par un niveau

⁴⁴¹ V. A. COURET et al., *op. cit.*, p. 1202, n° 1602 : « un cadre de comitologie, c'est-à-dire sans avoir à suivre le processus lourd et lent de la co-décision ».

⁴⁴² V. Commission européenne, « Comité européen des valeurs mobilières (ESC) » [en ligne], Site officiel, *Commission européenne*, 7 juin 2016 : « Le CEVM est composé de représentants de haut niveau des États membres et est présidé par un représentant de la Commission. Des observateurs de la Banque centrale européenne, du Comité Européen des Régulateurs des Valeurs mobilières (CERVM) ainsi que des pays de l'AELE et des pays candidats sont également invités à participer ».

Site Commission européenne : http://ec.europa.eu/finance/securities/esc/index_fr.htm.

⁴⁴³ V. A. COURET et al., *op. cit.*, p. 1202, n° 1602.

⁴⁴⁴ V. H. CAUSSE, *Droit bancaire et financier*, Editions Mare et Martin, 2016, p. 33, n° 18 : « les directives sont souvent difficiles à saisir (longues, verbeuses, usant de concepts mal définis) ». Cette phrase est un sous-entendu qui montre comment l'instrument juridique européen est détourné pour être un passeur de technicité.

⁴⁴⁵ V. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, 10^e éd., Sirey, 2012, p. 308 : « procédé de législation indirecte ».

inférieur à la directive-cadre qui assume l'adaptation à la pratique technique les dispositions juridiques.

Les directives n'ont pas pour seul objet d'être transposées. La transposition n'est qu'un moyen pour rendre effectives et appliquées les normes contenues dans ces directives. La difficulté consiste à étoffer la technicité dans la perspective de son applicabilité.

93. Les lignes directrices. – Les directives de niveau 3 et 4 forment respectivement la « coopération quotidienne renforcée »⁴⁴⁶ et l'« application du droit communautaire »⁴⁴⁷. Les lignes directrices montrent à quel point le point d'arrivée de la réglementation communautaire s'est doté d'une masse technique considérable. Les normes techniques ne suffisent pas car il reste des ombres malgré la précision technique.

Le niveau 3 est intéressant car « visant à garantir la cohérence de la mise en œuvre et du contrôle des mesures d'exécution de la législation cadre »⁴⁴⁸, il repose sur des comités d'experts qui viennent apporter la technicité opérationnelle pour façonner la directive. Ces derniers ont engendré moult difficultés et une refonte car le sujet de droit intervient de façon indirecte dans la formation de la règle qui va lui être appliquée.

Le niveau 4⁴⁴⁹ prépare la transposition en droit interne, son rôle est plus légistique que technique.

La sophistication des directives essaie d'apporter une technique d'encadrement la plus précise possible pour s'appliquer au mieux sur la technique opérationnelle. Cependant, cette méthode très fine est contournée par un recours de plus en plus systématique aux règlements.

B. Les règlements

94. Le droit européen exerce un magistère sur le droit français en matière bancaire et financière. Les traités mettent en avant les directives⁴⁵⁰ mais elles sont de plus en plus délaissées.

Puisant aussi dans les recommandations internationales, le délaissement s'opère au profit des règlements européens⁴⁵¹. Les règlements ne présentent aucune différence dans la formulation des textes. L'intérêt de recourir à cet instrument européen réside dans ses effets.

⁴⁴⁶ V. A. COURET et al., *op. cit.*, p. 1199, n° 1600 : « composée des directives que l'on nomme désormais directive-cadre ».

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.* : « les actions initiées par la Commission à l'égard des États-membres ».

⁴⁵⁰ TFUE, art. 288, al. 3 : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». La directive laisse une latitude aux États-membres quant aux moyens de la mise en œuvre des dispositions qu'elles contiennent.

⁴⁵¹ TFUE, art. 288, al. 2 : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

La montée en puissance quantitative des règlements permet d'uniformiser (1) le droit bancaire et financier bien plus que par l'édiction de directives. Cette uniformisation conduit en même temps à une rigidification de la matière (2).

1. L'uniformisation réglementaire

95. Le « colégislateur ». – La Commission européenne se détourne des directives. Elle préfère utiliser les règlements européens qu'elle juge plus efficace.

Cette utilisation régénérée du règlement a peine à cacher la finalité recherchée. Alors que la directive nécessite, dans nombre d'États-membres, une transposition. Le règlement a une effectivité directe. Ainsi, le règlement permet d'uniformiser le droit bancaire et financier sans que soit possible une transposition hasardeuse⁴⁵².

La Commission européenne agit comme un législateur du secteur financier. La Commission se comporte comme le législateur externe⁴⁵³ qui s'arroge le pouvoir d'édicter une « loi européenne »⁴⁵⁴. Les juridictions communautaires accueillent cette prise en main de la législation bancaire avec bienveillance par qui avancent la « fonction législative du règlement »⁴⁵⁵.

Par le règlement, la Commission européenne produit des « prescriptions générales et impersonnelles »⁴⁵⁶. Elles suivent la procédure législative communautaire⁴⁵⁷. Ce processus d'adoption exige un accord de la Commission, du Conseil et du Parlement ou d'une procédure simplifiée. Cela est souvent le cas pour les marchés financiers car dans le maelström de la réglementation européenne, il s'agit à coup sûr du domaine le plus complexe à réguler.

Les faits intéressent dans le constat de leur existence, mais les effets ne sont pas moins intrigants : l'adoption de règlements au lieu de directives permet d'avoir de faire entrer directement en vigueur dans les législations nationales les prescriptions du règlement.

96. L'effet direct. – Le règlement « obligatoire *en tous ses éléments* »⁴⁵⁸ dès sa publication au Journal officiel de l'UE. Il s'impose dans toutes ses dispositions. Il peut être invoqué par les États-

⁴⁵² Contrairement aux directives. V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 50 : « En revanche, la directive européenne ne s'adresse qu'aux États-membres, à qui elle enjoint de promouvoir certaines solutions tout en leur laissant le choix des moyens techniques ».

⁴⁵³ *Contra* Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 50 : « législateur interne ».

⁴⁵⁴ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd., 2015, p. 200, n° 237 : « le Traité établissant une Constitution pour l'Europe rebaptisait la catégorie "loi européenne", donnant une image assez fidèle de cette norme, alors que la dénomination actuelle est trompeuse ».

⁴⁵⁵ CJCE, 21 janv. 1999, *France c/ Comafrika*, aff. C-73/97, Rec. I-185

⁴⁵⁶ V. G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 306 : « Comme la loi, il contient des prescriptions générales et impersonnelles, c'est-à-dire statue abstraitement ».

⁴⁵⁷ TFUE, art. 289.

⁴⁵⁸ *Ibid.* Rapp. CJCE 7 févr. 1973, *Commercial. c/ Italie*, aff. 39/72, Rec. 101 et CJCE 30 nov. 1972, *Granaria*, aff. 18/72, Rec. 1172.

membres, les opérateurs, les investisseurs. Les dispositions sont obligatoires et sont, en sus, directement invocables.

L'application directe, sans transposition⁴⁵⁹, permet un gain de temps estimable dans l'application et justifie une fois de plus l'emploi croissant de cette catégorie d'actes.

« Seule catégorie d'actes, directement applicable, c'est-à-dire qu'il produit par lui-même et automatiquement, sans aucune interposition des autorités nationales »⁴⁶⁰. Les États-membres perdent tout contrôle comme pour les directives. Profitant de cet avantage juridique, la Commission place dans les règlements toutes les règles techniques qui pourraient être controversées. Dans le règlement siège l'ensemble des dispositions importantes du « paquet » en question⁴⁶¹.

2. La rigidification réglementaire

97. Le forçage. – Le droit tend à s'uniformiser par les règlements. La Commission européenne prend donc un rôle qui supplante le législateur grâce à l'habileté de l'effet direct.

Cette automaticité du règlement rigidifie la technique d'élaboration. Cette rigidification est contestable à bien des égards. Le recours de plus en plus courant au règlement européen pourrait⁴⁶² s'interpréter comme un passage en force sur le législateur⁴⁶³ : un forçage de la loi⁴⁶⁴. Le « législateur communautaire »⁴⁶⁵ légifère aussi manière générale et impersonnelle⁴⁶⁶.

Cependant, il prive les Parlements nationaux de leur pouvoir de sélection et de leur pouvoir de transposition selon les moyens les plus adaptés. Le droit communautaire deviendrait un droit interne par effraction.

Le droit contemporain qui se teinte d'économie, de finance, de chiffres ou de mathématiques. Il a besoin de prendre conscience de la réalité. Le borbier du droit bancaire et financier serait assaini par un peu de pragmatisme. En effet, les opérateurs qui se démènent pour surmonter l'enlisement réglementaire dans lequel ils sombrent. Le forçage réglementaire serait salutaire car vecteur d'efficacité technique et légistique.

⁴⁵⁹ CÉ, 24 sept. 1990, *Boisdet*.

⁴⁶⁰ V. G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁶¹ Ex. Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement et du Conseil européen du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers. Ce règlement est plus connu sous son acronyme anglo-saxon de MIFIR. Il serait aussi possible de citer les règlements CRR, EMIR, etc.

⁴⁶² Il ne s'agit que d'un premier temps, l'analyse en profondeur de cette question se trouve un peu plus loin.

⁴⁶³ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 50 : « C'est ainsi que les règlements du Conseil ou de la Commission européenne s'appliquent immédiatement aux ressortissants français, en vertu du Traité de Rome lui-même, et de préférence à la loi française ».

⁴⁶⁴ Par réf. L. JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *DH* 1940, chron. 5. Rapp. J. JULIEN, *op. cit.*, p. 115, n° 157.

⁴⁶⁵ S. PIEDELIÈVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, Corpus Droit Privé, 2011, p. 15, n° 16.

⁴⁶⁶ CJCE, 14 déc. 1962, *Fédération nationale de la boucherie*, aff. jtes 19-22/62, Rec. 943 : « est applicable non à des destinataires limités, désignés et identifiables, mais à des catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble ».

98. L’efficacité. – Alors que la directive « lie » les États-membres qui en sont les destinataires, le règlement a pour destinataire les citoyens européens, en l’occurrence les personnes morales intervenant sur les marchés financiers. La portée générale du règlement lui confère une impressionnante efficacité. Les opérateurs, comme les sociétés de gestion ou les établissements de crédit, bénéficient du passeport européen. L’obtention d’un agrément dans un État-membre leur donne le droit de développer leurs activités sur tout le territoire de l’UE. Le règlement s’inscrit dans le même esprit. Il évite la référence aux droits internes des Vingt-huit, bientôt Vingt-sept plus un⁴⁶⁷. La mécanique d’« européanisation du droit bancaire »⁴⁶⁸ est à l’œuvre.

SECTION 2. LES INSTRUMENTS ÉTATIQUES

99. La technicité de la norme prudentielle s’insinue de façon descendante depuis le réseau mondial de la régulation, producteur de recommandations. Il prend corps grâce au réseau européen⁴⁶⁹, producteur de règlements et de directives. La norme prudentielle ayant acquis une grande partie sa force technique⁴⁷⁰ au niveau européen, elle s’intègre au droit étatique.

Au niveau étatique⁴⁷¹, la règle prudentielle s’enrichit encore de précisions et d’éléments utiles à sa mise en œuvre⁴⁷². Les États restent les piliers de l’effectivité des dispositifs techniques. Dans la mesure où l’excipient de la technicité régulatrice est juridique, ce n’est qu’à leur niveau que l’effectivité peut produire ses effets. L’intérêt consiste à montrer comment la norme prudentielle se répartit entre deux instruments.

Il y a, d’abord, ce qui relève de la loi, souvent fidèle au texte supra-étatique, mais qui reste une pièce importante de la régulation (§1). Il y a, ensuite, ce qui est du ressort du régulateur, technicien par excellence, chargé de veiller à la lisibilité des règles techniques. Sa doctrine précise, plus sectorielle, fourmille en dispositions techniques (§2).

⁴⁶⁷ Il est possible que les négociations relatives au *Brexit* ne remettent pas en cause le passeport européen qui pourrait être l’objet d’une négociation qui mettrait en balance la liberté de circulation capitaux et la liberté d’établissement des opérateurs financiers contre la liberté de circulation des citoyens de l’UE sur le territoire souverain britannique. Néanmoins, selon que Mme le Premier Ministre Theresa May opte pour un *soft* ou un *hard Brexit*, les implications sur cette question pourraient varier du tout au tout.

⁴⁶⁸ G. DECOCQ, Y. GÉRARD, et J. MOREL-MAROGER, *Droit bancaire*, 2^e éd., RB Edition, 2014, p. 20, n° 16.

⁴⁶⁹ V. Ph. JESTAZ, *Le droit, op. cit.*, p. 65 : « Mais s’agissant d’une loi, elle émane forcément des assemblées législatives de l’époque ».

⁴⁷⁰ L’idée de force technique se conçoit tel le symétrique de la force normative.

⁴⁷¹ V. H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », in Collectif, *Le droit et l’immatériel*, Sirey, APD, t. 43, 1999, p. 187. La question de la frontière s’érige en problématique centrale pour la norme prudentielle. En effet, ce thème sous-tend l’élaboration de la norme prudentielle. Cela vaut y compris dans le versant technique. Le passage de la frontière se traduit par un phénomène d’inflation technique au moment de l’intégration de cette technique dans la technique juridique étatique.

⁴⁷² La mise en œuvre représente le but ultime pour la règle technique prudentielle. En effet, elle doit rejoindre les règles qui balisent le fonctionnement des banques et des marchés.

§1. La loi

100. La technicité extra-étatique pénètre dans le droit pour s'en servir de véhicule⁴⁷³. Les instruments juridiques deviennent les vecteurs de la technique régulatrice. Leur fonction habituelle est dévoyée. Cette dérivation s'observe aussi à l'échelon national.

La loi est le pivot de la technique juridique car sans elle, il n'y aurait de passage possible entre le droit extra-étatique et le droit interne. Cette interface donne l'impression d'un paradoxe. Les pratiques créatrices mettent sur le métier des techniques d'élaboration à rapprocher du concept de « pluralisme juridique »⁴⁷⁴. Or, la loi fait preuve d'une tendance centralisatrice forte en tant que nœud technique.

Dans un État légicentriste⁴⁷⁵ tel que la France⁴⁷⁶, elle demeure l'interface indispensable à l'intégration de la règle technique. Elle apporte peu d'innovations à la technique prudentielle qu'elle transpose (A). Ceci est d'autant moins vrai lorsque la loi de transposition se rebelle contre les instruments extra-étatiques (B).

A. La loi de transposition

101. La loi persiste à rester la pièce maîtresse du droit français. Son aura et la légitimité en font encore un passage obligé pour l'entrée des règles technique dans le droit interne. Malgré la formation de règles par des réseaux internationaux ou européens, presque toutes les dispositions européennes sont reprises par cet instrument.

Une grande partie des textes financiers européens sont édictés sous la forme de directives. Les lois de transposition⁴⁷⁷ sont nécessaires.

La loi de transposition incarne la passivité du législateur qui abonde aux textes européens (1) avec le souci d'harmoniser le droit français aux règles supranationales (2).

⁴⁷³ V. P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 177, n° 209 : « L'histoire française de la loi est l'histoire d'un déclin progressif, mais qui ne s'assimile jamais à une chute ».

⁴⁷⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Légicentrisme » [en ligne], Glossaire, *Marie-Anne Frison-Roche*, 18 juill. 2013 : « le "pluralisme juridique" qui pose en contradiction que le droit vient de nombreuses sources, comme la coutume, les pratiques, les jugements, etc ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/legicentrisme/>.

⁴⁷⁵ V. G. DECOCQ, Y. GÉRARD, et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, p. 18, n° 11 : « Cette codification (...) loin d'avoir cristallisé le droit bancaire qui a déjà fait l'objet depuis la promulgation du Code de très nombreuses modifications par la voie législative ou de textes adoptés par voie d'ordonnance ». Cela signifierait, en apparence, la centralité du rôle de la loi.

⁴⁷⁶ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789, art. 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale ».

⁴⁷⁷ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015, p. 200, n° 238 : « Cependant, ils vont être mis en œuvre par les États, par des *lois de transposition*, qui choisiront la forme et les moyens adéquats pour les atteindre ».

1. La passivité législative

102. Le dualisme. – La loi française est abaissée au rang de simple loi de transposition. Le rôle du Parlement devient celui d'une chambre d'enregistrement. Il authentifie, en France, les dispositions décidées à Bruxelles.

Le caractère passif du législateur, au mieux au sens neutre, au pire dans le sens péjoratif du terme, montre qu'il laisse d'autres que lui prendre l'ascendant sur le droit français. La loi devient vassale des textes européens. La France n'a pas opté pour un système moniste. La directive européenne exige un acte de transposition qui, en général, se trouve être une loi, mais pas toujours. Pour les directives relatives au service financier, il s'agit de lois.

Pour ne prendre qu'un rare exemple, celui de MIF 2 est éloquent puisque la directive-cadre a été transposée par voie d'ordonnance⁴⁷⁸.

La transposition par voie d'ordonnance⁴⁷⁹ est la seconde technique juridique, parallèle avec l'effet direct du règlement européen, qui permet de ne pas dénaturer le texte initial par la transposition. La loi d'habilitation permet au Gouvernement de légiférer par voie d'ordonnance. Le Gouvernement recopie⁴⁸⁰ et ajuste à la marge la « législation européenne » puis les ordonnances font l'objet d'une loi de ratification. Cet exemple important de MIF 2 allie les deux contournements puisque ce « paquet » contient le règlement MIFIR et la directive MIFID transposée⁴⁸¹ par voie d'ordonnance.

La transposition de directives⁴⁸² se comprend comme la marge de manœuvre nationale, qui, en fait est, la plupart du temps, infime. La transposition met souvent à l'œuvre une forme de copier-coller⁴⁸³ du texte de la directive. Ce point justifie le recours récurrent aux ordonnances⁴⁸⁴ puis aux lois de ratification⁴⁸⁵.

Ce copier-coller prouve que la technique juridique est une simple enveloppe formelle de la technique régulatrice. Pour reprendre la belle mais terrible expression de M. le Recteur Bernard Beignier, la loi

⁴⁷⁸ L. n°2014-1662 du 30 déc. 2014, art. 28.

⁴⁷⁹ Constitution, art. 38.

⁴⁸⁰ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 50.

⁴⁸¹ Ex. Ord. n° 2016-827 du 23 juin 2016 relative aux marchés d'instruments financiers, NOR : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/6/23/FCPT1604110R/jo/texte> : JO 24 juin 2016. Rapp. Rapport au président de la République, 23 juin 2016, NOR : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/6/24/FCPT1604110P/jo/texte> : JO 24 juin 2016.

⁴⁸² V. « Publication de l'ordonnance de transposition de la directive MIF II », *BJB*, n° 07- 08, juillet 2016 : « Outre la transposition de la directive MIF II et l'adaptation du Code monétaire et financier au règlement MiFIR (chap. 1), cette ordonnance comprend des dispositions d'adaptation spécifiques aux collectivités d'outre-mer (chap. 2) et comprend des dispositions diverses et finales (chap. 3) ».

⁴⁸³ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 50 : « Cela d'ailleurs est de plus en plus théoriques, car la plupart des directives sont à ce point détaillées que le législateur interne n'a plus guère qu'à les recopier ».

⁴⁸⁴ Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^e éd., 2012, p. 136, n° 3 : « C'est d'ailleurs le caractère technique des règles qui a pu être avancé lors de la transposition de la directive MIF du 21 avril 2004 pour justifier le recours à l'ordonnance au lieu et place de la loi votée par le Parlement ».

⁴⁸⁵ Constitution du 4 octobre 1958, art. 38.

de transposition équivaut à la « loi dominée »⁴⁸⁶. Cette domination marque une dérélliction⁴⁸⁷ de la loi avec approbation de la Constitution⁴⁸⁸.

2. L'harmonisation

103. Le prolongement législatif. – Le législateur est passif car la loi de transposition provient du dualisme français. Elle est ramenée à un rang subalterne car la loi a déserté la loi. Toutefois, cette désertion a l'avantage de laisser une enveloppe qui autorise une harmonisation voulue par le droit européen. Le droit communautaire propose une législation minimale. Elle fournit des règles juridiques et techniques qui soient le point le plus restreint de législation. Liberté aux États-membres de peaufiner, améliorer ou compléter ce qu'il faut appeler la législation européenne. La loi ne s'y adonne que de façon exceptionnelle.

La loi prolonge les textes européens⁴⁸⁹ du point de vue formel. Il reste aux États la marge d'adaptation quant aux détails. Ils ont leur importance mais sont mineurs face à l'enjeu. Ce que les spécialistes appellent « *completing* de la loi » se réduit à un droit interstitiel.

Le droit, décidé et formulé au niveau européen, se présente telle une masse à intégrer dans le droit interne. Il reste aux États-membres la marge de ces textes européens. Il leur échoie aussi les droits privés traditionnels où la loi regagne sa noblesse : le droit des sûretés, le droit pénal financier et en partie le droit des contrats.

L'ultime preuve de la dilution de la loi s'aperçoit dans le fait qu'elle transpose de moins en moins car l'inflation des règlements européens rend inutile la transposition.

104. La transparence. – La transparence signifie qu'il suffit presque regarder directement les textes supranationaux pour connaître le texte législatif interne. La transparence n'a rien à voir avec la théorie de l'acte clair. L'abaissement⁴⁹⁰ législatif est tel qu'il rend la loi absente⁴⁹¹ d'elle-même. Cette disparition a toutefois un avantage pour les opérateurs, qui ont une activité dans plusieurs États-membres, puisqu'il est inutile de rechercher les textes nationaux. La suffisance du texte supranational

⁴⁸⁶ V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY, et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p 129.

⁴⁸⁷ Cela contredit l'idée « d'abaissement » plutôt que de « chute » la loi exposée par Mme le Professeur Pascale Deumier. Rapp. *supra* note 472.

⁴⁸⁸ DC n° 2004-496 du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ».

⁴⁸⁹ V. Audition de Monsieur le Professeur Hervé SYNDET, Public Sénat, *Audition de la commission des Finances - Place financière de Paris - En séance* [en ligne], 2 avr. 2014, consulté le 31 juill. 2016.

Site Public Sénat : <https://www.youtube.com/watch?v=6MTd1SdMMFg>.

⁴⁹⁰ V. P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 181, n° 212 : « Œuvre de bureaucratie, compromis entre groupes de pression, domaine partagé, contrôles tous azimuts, concurrence européenne, délégation du secteur économique à des autorités de régulation : la loi se transforme sensiblement en outil contingent ».

⁴⁹¹ L'entrée « loi » introuvable de certains ouvrages montrant sa marginalité. Ex. H. CAUSSE, *Droit bancaire et financier*, *op. cit.*

facilite la conformité des opérateurs avec les règles techniques⁴⁹². La « loi dominée »⁴⁹³ se soulève parfois pour entrer en contradiction avec le droit européen.

B. La loi en contradiction

105. La loi de transposition se trouve sous l'empire des textes européens. Elle est le vecteur permettant l'intégration de la technique régulatrice au sein du droit interne.

Cependant il arrive que la loi reprenne la main dans un regain de souveraineté⁴⁹⁴. Elle rompt alors de façon plus ou moins discrète avec l'harmonisation des directives ou l'uniformisation des règlements pour apporter des spécificités nationales.

La loi « en contradiction », distincte de la loi de transposition, met en jeu une renationalisation de l'enjeu réglementaire (1) et base sa technique sur une discordance avec les textes supranationaux (2).

1. La renationalisation

106. La complémentarité. – La loi en contradiction renvoie à la loi non passive comme la loi de transposition. Par sa contradiction, elle nationalise l'enjeu. La loi interne peut s'interposer en contradiction avec les textes européens sans frontalité. La loi peut être « *secundum directem* » comme la jurisprudence peut être *secundum legem*.

Il y a une contradiction car la loi va plus loin et complète les textes supranationaux. Aujourd'hui, il s'agit presque d'un cas théorique. Cette hypothèse a bel et bien existé jusqu'au début des années 2000 avec les dernières grandes lois indépendantes⁴⁹⁵. Une initiative a l'air plus éloquent que les compléments législatifs. Le mouvement de codification⁴⁹⁶ n'existe pas aux échelons supranationaux.

⁴⁹² Pour s'en convaincre, il est inutile de s'interroger sur le texte équivalent en droit allemand à l'arrêté du 3 nov. 2014 relatif au 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, JORF n° 0256 du 5 nov. 2014, p. 18598, texte n° 10. Il suffit de remonter au vecteur communautaire : Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, JOUE L176/338 du 27 juin 2013 ou directive CRD IV.

⁴⁹³ B. BEIGNIER, C. BLÉRY, et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, 4^e éd., Cours, LGDJ, 2014, p. 129.

⁴⁹⁴ V. P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 177, n° 209 : « Cet ancrage de la loi directement à la souveraineté du peuple va porter sa toute-puissance : voix du peuple, qui s'exprime par l'intermédiaire de ses représentants, il n'est pas de force ou de légitimité qui puisse rivaliser ».

⁴⁹⁵ L. du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et dans une moindre mesure car transposition en grande partie de la DSI : L. du 2 juill. 1996 sur la modernisation des activités financières dite Loi MAF.

⁴⁹⁶ V. S. PIEDELIÈVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, p. 10, n° 10 : « La plupart des textes législatifs a été abrogée. Ils figurent désormais dans le Code monétaire et financier qui a été promulgué par une ordonnance du 14 décembre 2000 ».

Le Code monétaire et financier constitue une initiative complémentaire formelle intéressante mais timide⁴⁹⁷.

107. L’opposition. – Il arrive que la loi soit « *contra directem* » pour poursuivre le parallèle avec la jurisprudence *contra legem*. La contradiction se décline cette fois dans l’opposition au texte supranational.

La lassitude du législateur ne s’interrompt qu’avec une extrême parcimonie. La dernière en date s’est produite au changement de majorité législative. Les propositions de campagne relatives au secteur financier du Président de la République, M. François Hollande ont fait l’objet d’une loi en 2013. En effet, la loi SRAB⁴⁹⁸ avait pour intention de séparer⁴⁹⁹ les banques d’investissement des banques de détail comme le faisait le *Glass-Steagall Act*. L’opposition aux textes communautaires était cependant subordonnée à la remise d’un rapport⁵⁰⁰. L’étude d’impact de la loi sur la compétitivité secteur a annihilé toute contestation. En fin de compte, la loi a ramené l’opposition à un mécanisme de filialisation des activités pour compte propres considérées comme spéculatives⁵⁰¹.

2. La discordance

108. L’entrave à l’harmonisation. – La loi en contradiction est une loi qui ne réplique pas tout à fait ou pas du tout le texte supranational. Par la contradiction, l’enjeu redevient interne. Le législateur national se pare de ses traits anciens pour introduire une orientation politique là où la régulation entend laisser développer une activité financière mais contenir ses dérives qui nuisent à l’économie des États.

Le cas d’opposition reste, à défaut d’une remise en question de l’ensemble du système, une hypothèse plus politique que juridique.

⁴⁹⁷ *Ibid.* : « En principe, aucune modification au fond n’est apportée aux textes préexistants. Cependant, cette règle comporte des nuances. Par exemple, la définition du crédit est généralisée ».

⁴⁹⁸ L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

⁴⁹⁹ *Ibid.* : « Titre Ier : Séparation des activités utiles au financement de l’économie des activités spéculatives »

⁵⁰⁰ *Ibid.*, art. 1^{er} : « Avant le 31 décembre 2014, le Gouvernement remet au Parlement un rapport détaillant l’impact de la présente loi sur la compétitivité du secteur bancaire français par rapport aux établissements de crédit américains et européens ainsi que les conséquences sur la taille et la nature des opérations des filiales mentionnées au titre Ier, sur les volumes des opérations de négoce à haute fréquence et la spéculation sur les matières premières agricoles ».

⁵⁰¹ V. ACPR, « Point sur les textes d’application de la loi de séparation bancaire », *Revue de l’ACPR*, n° 19, octobre 2014 : « Ainsi, les opérations ou activités décrites ci-dessous devront être cantonnées dans une filiale dédiée : les activités faisant intervenir le compte propre des établissements à l’exception d’une sélection d’activités spécifiques reconnues comme utiles, soit à la gestion de l’établissement de crédit, soit au financement de l’économie »

109. L’anticipation nationale. – Anticiper la règle technique revient à apporter un complément à cette législation européenne. Il s’agit d’un enjeu majeur. L’exemple de la mise en place de l’ACPR⁵⁰² qui a précédé l’UBE montre combien la France peut mettre en place une structure régulatrice qui inspire la supervision et la résolution au niveau européen. Pendant quelques mois la France a eu un superviseur/régulateur très en pointe avant que ce dernier ne soit privé de l’essentiel de ses prérogatives transmises à l’UBE. Cependant, la présidence du Conseil de Surveillance Unique (CSU), instance dirigeante du MSU ainsi que la présidence du conseil de surveillance de la BCE, confiée à Mme Danièle Nouy, montre le rayonnement de ce type d’initiatives. En effet, Mme Nouy était auparavant Secrétaire générale de l’ACPR. La technicité de la loi profite alors au rayonnement de la France au sein des organismes supranationaux.

Après avoir décrit les bienfaits de l’anticipation légale nationale, les rôles des comités consultatifs, en particulier le CCLRF et le rôle du Ministre de l’Économie⁵⁰³ qui sont chargés de rédiger les normes techniques⁵⁰⁴ devient crucial. Ils sont capables de régénérer la position française au sein des instances supranationales en coordination avec les régulateurs.

§2. La doctrine du régulateur

110. La loi joue en France un rôle essentiel bien qu’il soit en train de reculer, voire s’affaïsser puisque son auteur, le législateur français soit, en partie, dépossédé de sa prérogative de créateur. Il reprend pour l’essentiel les règles techniques extra-étatiques. La mission du régulateur en est d’autant plus renforcée.

Le régulateur publie une importante doctrine⁵⁰⁵ à destination des professionnels et des épargnants. Celle-ci vise à prendre le relai des lois et des règlements afin de présenter les solutions concrètes et les prescriptions les plus aiguës aux interprétations et solutions⁵⁰⁶ à retenir. La doctrine se présente

⁵⁰² V. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9^e éd., Manuel, Lexis Nexis, 2015, p. 139, n° 233 : « Les mesures administratives (...) sont le prolongement des normes réglementaires de gestion financières précédemment exposées et pour leur mise en œuvre l’ACPR dispose, sous le contrôle du juge, d’une marge d’appréciation ».

⁵⁰³ V. A.-D. MERVILLE, *Droit financier*, 2^e éd., Gualino L’Extensio éditions, 2015, p. 69, n° 95 : « Avec la loi de sécurité financière, le ministre chargé de l’Économie est devenu l’autorité de régulation du secteur financier en héritant, notamment la compétence en la matière du Comité de réglementation bancaire et financière (CRBF), mais sous le contrôle d’une nouvelle autorité appelée Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF) ».

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 70, n° 96 : « normes de gestion [...] qu’elles soient quantitatives (fonds propres, ratios de solvabilité, couverture des grands risques, liquidité ...) ou qualitative (contrôle interne) ».

⁵⁰⁵ V. AMF, « Principes d’organisation et de publication de la doctrine de l’AMF » [en ligne], Site officiel, AMF, 17 juill. 2014, consulté le 3 juill. 2016.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Doctrine/Principes-de-doctrine.html/>.

Ce document essentiel donne une grille de lecture de la doctrine de l’AMF par le régulateur des marchés financiers lui-même. Le site de l’AMF présente même joint à ce document une table des matières de sa doctrine sous le titre : « Plan de classement de la doctrine ».

⁵⁰⁶ Le passage de la loi à la doctrine du régulateur laisse une faille béante les séparant. En effet, y a été précipitée la jurisprudence en matière de droit bancaire et financier. Celle-ci est importante pour la compréhension de ce droit. Toutefois, elle n’est pas primordiale puisque l’essentiel de l’interprétation et de la création par le biais des

avant tout comme un ensemble technique. Cet ensemble textuel le plus riche en technicité conduit avec sûreté vers le droit.

La doctrine du régulateur compose un corps technique (A) qui affecte avec force le secteur régulé par ses effets (B).

A. Le corps technique

111. La doctrine du régulateur, des régulateurs en France car le système n'est pas intégré⁵⁰⁷, a rôle essentiel car il apporte la dernière touche à ce décor technique. La mission du régulateur en est d'autant plus renforcée qu'il est le plus apte à produire de la technique régulatrice.

Cette doctrine à destination des professionnels et des épargnants complète ou supplée les lois. Elle apporte d'innombrables éclairages afin de rendre utilisable les dispositifs législatifs. Par ailleurs, le régulateur élabore parfois de toute pièce de la documentation technique sur des thèmes particuliers à destination des professionnels et des non-professionnels.

La doctrine du régulateur se présente comme une systématisation technique (1) qui ne peut se mettre en place que par le suivi de sa propre méthodologie (2).

1. La systématisation

112. La classification. – La doctrine du régulateur s'organise comme un corps technicien qui assure l'encadrement au plus près de la technicité des pratiques des opérateurs.

Pour ce faire, il procède à une systématisation doctrinale des ostentations juridiques issues de toute part. Plus que le législateur, il assure, à sa place, le devoir de clarification. La règle technique s'illustre à travers plusieurs instruments différents dont la fonction est la finition du processus engagé par le réseau international de la régulation. Plusieurs milliers de pages plus loin dans la réglementation technique, le régulateur ajoute sa propre doctrine.

L'AMF utilise la position afin de fournir une « interprétation des dispositions législatives et réglementaires »⁵⁰⁸ à destination des opérateurs et des investisseurs ou épargnants.

décisions intervient grâce aux régulateurs. Le fait de ne la mentionner qu'à cet endroit précis et non dans les développements a vocation de souligner cette présence en éclipse voire cette absence. L'amoindrissement du rôle du juge caractérise aussi les normes prudentielles. Celui-ci a peu de prise sur elles, ne serait-ce que dans le domaine des procédures collectives bancaires et financières ou résolutions. Elles échappent à son contrôle et les normes prudentielles organisent elles-mêmes cette échappatoire.

⁵⁰⁷ A la différence notamment du régulateur allemand, le *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* ou *BaFin* qui est le régulateur fédéral unique des banques, des assurances et des marchés financiers.

Site BaFin : http://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite_node.html

⁵⁰⁸ AMF, « Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF » [en ligne], Site officiel, AMF, juill. 2014.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Doctrine/Principes-de-doctrine>.

Le deuxième instrument est l’instruction. Elle interprète les « dispositions du règlement général de l’AMF en indiquant leurs modalités d’application ainsi que leurs conditions de mise en œuvre »⁵⁰⁹. Ce point de vue est dénué de force obligatoire.

L’énumération se poursuit avec un troisième instrument, les recommandations qui se réduisent à une « invitation à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition »⁵¹⁰. Son obligatorité est aussi nulle⁵¹¹.

Le rescrit⁵¹² éclaire une interrogation du régulateur par un investisseur ou un opérateur. « Ce rescrit ne vaut que pour le demandeur mais il sera publié, éventuellement et au plus un décalage de 180 jours »⁵¹³. La publication du rescrit malgré son absence de portée générale explique et suppose le positionnement du régulateur sur une question donnée.

Cinquième et dernier acte, la position unilatérale sont relatives à des applications de la doctrine régulation « de façon plus concrète »⁵¹⁴.

113. Les formats. – Le régulateur utilise des instruments juridiques qui ne sont des formats améliorant « l’accès et la compréhension par le lecteur de la doctrine de l’AMF »⁵¹⁵.

Dans ce maillage très resserré de textes, chaque type d’outil du régulateur est normalisé par « un certain nombre de mentions spécifiques et respecter des règles de présentation générale »⁵¹⁶. Le format des éléments de la doctrine est essentiel. Le régulateur endosse le rôle de rédacteur⁵¹⁷ de règles techniques interprétatives des textes législatifs et supra-législatifs.

Le régulateur est seul maître de l’interprétation. L’ACPR procède en partie de la même façon que l’AMF. Ces textes infra-légaux échappent au pouvoir de consultation du CCLRF⁵¹⁸ qui est saisi par le ministre chargé de l’économie « de tout projet de loi ou d’ordonnance et de toute proposition de règlement ou de directive communautaire avant son examen par le Conseil des Communautés européennes, traitant de questions relatives au secteur de l’assurance, au secteur bancaire »⁵¹⁹. Par conséquent, il y a une double exclusion : celle des textes infra-législatifs et celle des textes relatifs aux marchés financiers.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.* : « ne revêt donc pas de caractère impératif ».

⁵¹² RGAMF, art. 121-1.

⁵¹³ H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 258, n° 454.

⁵¹⁴ *Ibid. ead loc.*

⁵¹⁵ AMF, « Principes d’organisation et de publication de la doctrine de l’AMF » [en ligne], Site officiel, AMF, juill. 2014.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ V. G. DECOCQ, Y. GÉRARD, et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, p. 19, n° 12 : « Enfin, l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution adopte désormais régulièrement des recommandations dont la portée normative demeure incertaine ». Rapp. Th. BONNEAU, « L’ACP, un législateur occulte ? », *RDBF*, janv.-févr. 2013, repère 1.

⁵¹⁸ C. monét. fin., art. L. 614-2.

⁵¹⁹ C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9^e éd., Manuel, Lexis Nexis, 2015, p. 126, n° 215.

2. La méthode

114. Un corps indépendant. – La systématisation demeure une tâche fondamentale du régulateur. Il formule et classe les règles techniques applicables aux opérateurs. Pour y parvenir, il use d'une méthode qui lui permet de mettre en forme le corps technique dont il a la charge. Ce corps technique est indépendant des lois, règlements et jurisprudence. La doctrine de l'AMF ou de l'ACPR

permet d'appliquer au mieux les normes prudentielles étatiques ou supra-étatiques. Leur précision technique extrême brouille l'accessibilité à la norme.

Ces distinctions apportent une meilleure compréhension pour les « interlocuteurs de l'AMF - professionnels et représentants des épargnants »⁵²⁰.

115. La diffusion. – La doctrine du régulateur est donc destinée à être mise au service des praticiens. Les formats améliorent l'accessibilité aux interprétations dans un affiché « objectif d'extériorisation de la doctrine »⁵²¹. L'extériorisation par le régulateur achève⁵²² l'enrichissement technique de la norme prudentielle. Le maillage devient si étendu que la spécialisation des règles peut nuire à l'intelligence de l'ensemble du corps des règles techniques.

Cette variante de doctrine administrative traduit ainsi « un droit fausement à usage interne »⁵²³ qui sert aux investisseurs ou aux opérateurs⁵²⁴. L'AMF concentre une partie de son action pour « mieux organiser la publication de sa doctrine »⁵²⁵ pour produire des effets sur le secteur.

B. Les effets du corps technique

116. La méthode employée par le régulateur lui permet de systématiser sa doctrine. Elle devient alors accessible aux praticiens pour répondre avec minutie à leurs problématiques.

La doctrine, corps technique, produit des effets fondamentaux par sa précision et sa complexité. Le régulateur doit assurer la cohérence et la lisibilité d'ensemble pour rendre utilisable ce foisonnement de textes techniques, auquel il contribue.

Les régulateurs assurent ainsi une indispensable clarification (1) et mènent à bien le chantier de la juridisation de la technique (2).

⁵²⁰ AMF, « Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF » [en ligne], Site officiel, AMF, juill. 2014.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.* : « phase ultime d'un processus de réflexion ».

⁵²³ P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 327, n° 397.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 328 : « Pourtant, son application va déborder le rapport entre agents de l'administration, puisque c'est à l'administré que cette interprétation administrative sera, au bout de la chaîne, appliquée ».

⁵²⁵ AMF, « Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF » [en ligne], Site officiel, AMF, juill. 2014.

1. La clarification

117. Le champ. – Le corps technique ne reste pas inerte. Il guide la place financière et lui indique non seulement les lignes à ne pas enfreindre mais encore celles à suivre⁵²⁶ notamment sur l'application de certains textes européens.

La clarification n'est pas seulement un éclaircissement à la marge qui serait une redondance de la méthode employée par le régulateur pour composer le corps technique dont il est l'auteur.

La doctrine des régulateurs donne une indication. L'absence des agréments de la liste exhaustive, sous réserve des formes hybrides telles que les positions-recommandations, démontre leur exclusion de ce corps de règles techniques.

L'agrément est aussi un vecteur juridique mais il ne véhicule pas une technicité prudentielle. Le régulateur a pour fonction « de prendre les mesures relatives aux autorités d'agrément et de contrôle du secteur financier en vue de garantir la stabilité et de renforcer la compétitivité et l'attractivité de la place financière française »⁵²⁷. L'agrément sort du champ de la doctrine car il est un acte de portée individuelle.

118. La portée réglementaire. – Les régulateurs organisent leur action sur le fondement de textes de portée réglementaire. Il s'agit du RGAFM⁵²⁸ pour l'AMF et de l'arrêté du 3 novembre 2014 pour l'ACPR. Les doctrines se positionnent sous l'égide de ce règlement et de cet arrêté.

De façon très claire, l'AMF expose la portée de sa doctrine : « Ces travaux ont permis de définir de la doctrine extériorisée de l'AMF et de la distinguer des textes de portée réglementaire »⁵²⁹.

2. La juridicité

119. La prévisibilité. – La mission du régulateur est de donner une dimension juridique aux dispositions techniques pour en faire de véritables règles techniques. Il contribue ainsi peaufiner jusqu'à l'extrême pointe la *juridicité* des textes techniques qu'il diffuse. Un intérêt naît de la doctrine

⁵²⁶ Ex. « Avant-propos » in AMF, « Guide sur OPCVM 5 pour les sociétés de gestion de portefeuille » [en ligne], officiel, *AMF*, s. d., p. 1 : « Dans le cadre de la transposition en droit français et de l'entrée en application de la directive 2014/91/UE du 23 juillet 2014, dite « OPCVM 5 » concernant les OPCVM, l'AMF souhaite apporter aux sociétés de gestion de portefeuille des réponses aux principales questions concernant les impacts de cette directive et de sa transposition sur leur activité ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels.html?xtor=RSS-1&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F5efa8b15-29d9-4d8e-b782-d59d1b980e96/>.

⁵²⁷ L. du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME). Rappr. S. PIEDELIÈVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, p. 161, n° 157.

⁵²⁸ V. H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 254, n° 452 : « La technique qui assied ce pouvoir réglementaire est celle du règlement général (RGAMF) (art. L. 621-6) que l'autorité adopte pour l'exécution de ses missions ; il est publié au JO après homologation par arrêté du ministre de l'Économie ».

⁵²⁹ AMF, « Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF » [en ligne], Site officiel, *AMF*, juill. 2014.

du régulateur, qu'elle soit obligatoire ou non. La doctrine laisse filer une prévisibilité, gage de sécurité juridique pour les opérateurs.

L'incessant ballet de règles techniques, frappées d'une obsolescence programmée, rend la mise à niveau des opérateurs très difficile. Le suivi de cette pulsation réglementaire ne s'envisage qu'avec le soutien d'une doctrine administrative qui accorde les règles techniques et les techniques praticiennes des opérateurs.

120. La présomption de conformité. – L'arrivée sur le terrain normatif se ressent avec la présomption de conformité qui suppose une conformité à la réglementation⁵³⁰ prudentielle. Cette notion symétrique de la présomption d'innocence innerve la doctrine. La présomption, associée à l'application de la doctrine du régulateur, assure une certaine sécurité juridique. Le revers demeure par contre inexact⁵³¹.

La règle technique initiale assez générale, a été éclatée en une gerbe pléthorique de règles techniques d'une redoutable précision. La technique pour s'appliquer aux banques détourne les instruments juridiques car le droit passe pour le meilleur vecteur afin d'amener la technique de contrôle. Le degré de technicité croissant l'éloigne parfois de la normativité. Pourtant, la règle technique arrivée au septentrion doit, ensuite, devenir une norme.

⁵³⁰ *Ibid.* : « Toutefois, le fait de se conformer à une recommandation contribue généralement à nourrir une présomption de conformité à la réglementation ».

⁵³¹ *Ibid.* : « Mais d'une manière générale, le non-respect d'une recommandation ne peut, en lui-même, caractériser une violation de la réglementation ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

121. L'enrichissement technique au fil des vecteurs. – Si la règle technique était vivante et pouvait se retourner sur son passage, elle verrait qu'elle s'est développée à partir d'une orientation extra-étatique faible en technique qui s'est durcit par un enrichissement de ce caractère.

Cet enrichissement passe par les pratiques créatrices qui utilisent les instruments juridiques. Ceux-là sont détournés de leur pure mission juridique pour servir de vecteurs de propagation de l'appareil technique. La frontière est une interface. Le passage de cette ligne de démarcation étatique sélectionne entre ce qui est encore abstrait car non applicable aux opérateurs et ce qui est concret, précis, technicien.

Ce n'est qu'au terme du processus d'acquisition de la technicité que la règle technique va pouvoir prendre place au sein de l'ensemble colossal de dispositifs applicables aux établissements bancaires et aux entreprises intervenants sur les marchés financiers.

CONCLUSION DU TITRE 1

122. Les trois techniques vectorisées. – Technique et même technicien tel est le premier caractère de la norme prudentielle. Règle technique par excellence, ses auteurs, par les pratiques créatrices descendantes et ascendantes dont ils usent, mènent, de façon inexorable⁵³², l'orientation générale vers une règle à la précision acérée. La technique créatrice permet l'assemblage de techniques d'encadrement de la technique financière. Le constat de l'existence de trois niveaux de technicités renforce la difficulté d'analyse de la norme prudentielle.

L'acquisition de la technicité est certes générée par le recours à ces pratiques créatrices, mais ne se matérialise qu'à travers les instruments juridiques. Il ne s'agit pas pour eux d'être des passeurs de droit mais des véhicules de transmission et de diffusion d'une technique extra-juridique. Ce détournement incarne la duplicité de la norme prudentielle. Elle est une norme mais une norme technique. Le fait que la norme prudentielle soit une règle technique ne doit pas faire oublier qu'elle demeure une règle de droit.

123. Technicité et normativité. – S'entrelacent technicité et normativité. Le processus de formation de la règle technique détourne les instruments juridiques pour diffuser des solutions spécifiques. Le vecteur usité brille par sa juridicité⁵³³. Or le caractère d'une norme est d'exercer une contrainte sur les sujets de droit qu'elle vise. Cette contrainte variable dans la pression qu'elle imprime dessine le second caractère de la norme prudentielle. Il importe maintenant de présenter le complémentaire de la technicité, propre à la règle technique, à savoir sa normativité.

124. – Réserve.

⁵³² Ainsi en atteste le passage gradué de la tradition à une forme de coutume savante dans l'élaboration de la norme prudentielle par le réseau dans le cadre de pratiques descendantes.

⁵³³ Il existe un équilibre entre technicité et normativité.

TITRE 2. LA NORMATIVITÉ

125. La norme prudentielle⁵³⁴ s'affirme, en second lieu, en sa qualité de règle de droit⁵³⁵ c'est-à-dire de norme⁵³⁶. Si la norme prudentielle s'illustre par sa complexité technique, elle n'en demeure pas moins une norme⁵³⁷ juridique. La technicité⁵³⁸ en est le cœur. Les pages précédentes montrent comment la norme prudentielle devient une règle technique : technique créatrice⁵³⁹, technique régulatrice⁵⁴⁰ face à la technique opérationnelle⁵⁴¹ des banques et des marchés financiers. La prudence s'impose car le risque d'occulter le droit n'est pas négligeable tant la technique est omniprésente.

Le droit ne se découvre pas là où il serait prévisible de le trouver. Il agit comme le vecteur de ce concept à primauté technique. La norme prudentielle désoriente car elle combine les contraires. L'acquisition de sa normativité suit un processus lié à celui d'acquisition de sa technicité. La normativité peut s'entrevoir comme la carapace de cette norme prudentielle, ou plutôt, de ces normes prudentielles. La technique de vectorisation de la technicité régulatrice dans les instruments juridiques incarne une partie du mécanisme. D'autres pièces viennent s'ajouter car la vectorisation ne procède pas seulement par le droit classique, elle requiert plusieurs textures⁵⁴². Sous le joug de ces textures plures, une nouvelle fois, la diversification entre en jeu et conduit non plus à parler de la norme prudentielle mais des normes prudentielles⁵⁴³.

Le processus démarre par l'émission d'une recommandation prudentielle (Chapitre 1). Celle-ci ne prendra toute son ampleur de règle de droit qu'une fois convertie en norme prudentielle (Chapitre 2).

⁵³⁴ Au sens encore générique du terme.

⁵³⁵ V. *supra* note 83.

⁵³⁶ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 6 : « Le mot *norme* exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon ».

⁵³⁷ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 4 : « Le concept de normes a fait l'objet d'approches doctrinales et jurisprudentielles diverses ».

⁵³⁸ La question de la technique

⁵³⁹ La technique créatrice est l'ensemble des pratiques de formation des techniques régulatrice.

⁵⁴⁰ La technique régulatrice est l'ensemble des pratiques de contrôle des techniques opérationnelles.

⁵⁴¹ La technique opérationnelle est l'ensemble des pratiques commerciales et financières développées par les opérateurs dans le cadre de leur activité professionnelle habituelle.

⁵⁴² C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599. Les textures du droit apportent une nuance cruciale dans la confrontation ou la complémentarité des deux formes de droit qui traversent le droit bancaire et financier.

⁵⁴³ Cette distinction servira aux définitions finales.

CHAPITRE 1. L'ÉMISSION DE LA RECOMMANDATION PRUDENTIELLE

126. La norme prudentielle existe sous la forme d'un concept hybride et dual⁵⁴⁴. La norme prudentielle désigne deux notions. La première est large et sert de référence générique⁵⁴⁵. Elle renvoie à l'ensemble des règles techniques de la régulation bancaire et financière. La seconde, plus étroite, s'étudie en contrepoint de son complémentaire : la recommandation prudentielle.

Recommandation et norme prudentielle s'identifient sur un gradient de normativité⁵⁴⁶. Les techniques créatrice et régulatrice ne permettent pas de les distinguer puisqu'elles se télescopent et véhiculent les mêmes éléments techniques. Seule la rigidité du droit permet d'inciser une délicate scission entre ces deux notions, très proches. La recommandation prudentielle présente une primauté chronologique⁵⁴⁷. Son émission intervient au commencement de l'action du réseau international de la régulation pour les pratiques descendantes⁵⁴⁸ et du réseau des professionnels pour les pratiques ascendantes⁵⁴⁹. Elle fait effraction et prend en tenaille la norme prudentielle au sens strict. Cette recommandation s'introduit par un droit, avec lequel les juristes français sont mal à l'aise. La gêne est causée par ce gradient de rigidité du droit. La première manifestation prudentielle module tour à tour avec habileté sa normativité.

La recommandation prudentielle, assimilée à la norme prudentielle, paraît néanmoins distincte et caractérisée par une certaine forme de souplesse (Section 1). En outre, cette souplesse lui confère une certaine extensivité⁵⁵⁰ compte tenu de sa faible densité normative⁵⁵¹ (Section 2).

⁵⁴⁴ De là le pluriel du titre de ce mémoire.

⁵⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Normes prudentielles » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 18 janv. 2016 : « Les normes prudentielles sont des exigences de sécurité ("prudence") imposées à des entreprises pour que celles-ci soient solides, cette solidité étant requise car une défaillance serait catastrophique pour le secteur auquel elles appartiennent ». Il suffirait d'interrompre cette étude après avoir cité cette définition. Néanmoins, la définition du Professeur Frison-Roche est valable pour saisir le concept général. Le pluriel utilisé montre le rassemblement de plusieurs notions or l'objectif consiste à parvenir à isoler les concepts pour les définir en tant qu'individualité.

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/glossaire-du-droit-de-la-regulation-et-de-la-compl/?letter=n>.

⁵⁴⁶ La normativité se découplerait du normativisme. Rappr. note 94.

⁵⁴⁷ Il y a le temps de la recommandation suivi du temps de la norme.

⁵⁴⁸ *Id.*

⁵⁴⁹ *Id.*

⁵⁵⁰ L'idée d'extensivité de la norme prudentielle indique la faculté de la norme prudentielle à occuper tout l'espace juridique disponible compte tenu de sa faible densité normative. La loi des sciences physiques semble adaptée pour expliquer l'ubiquité des recommandations car en tant que corps juridique de faible densité, elles se comportent à la manière d'un gaz qui se détend.

⁵⁵¹ C. THIBIERGE, *La densification normative : Découverte d'un processus*, Editions Mare et Martin, 2014. Rappr. Site La densification normative : <https://densinormative.sciencesconf.org>

SECTION 1. LA SOUPLESSE

127. L'émission de la recommandation prudentielle borne une entrée du circuit de la régulation. Elle tenaille la norme prudentielle, au sens strict, entre des pratiques descendantes et ascendantes. Il existe ainsi une corrélation entre les recommandations internationales et les recommandations professionnelles déontologiques. Elles se développent sur le terrain technique puis juridique.

La recommandation prudentielle incarne une manifestation du droit souple⁵⁵². Sur le gradient de la densité normative⁵⁵³, la recommandation se trouve du côté de la faiblesse. La souplesse⁵⁵⁴ lui confère son adaptabilité et lui permet d'être efficace dès son édicition. Elle laisse aux ensembles régionaux et aux États une latitude d'adaptation.

La souplesse se manifeste en pratique (§1). Elle se manifeste, en outre, sur le plan théorique (§2).

§1. La souplesse pratique

128. Faible en normativité juridique, la recommandation prudentielle appartient au droit souple. Le réseau international de la régulation satisfait le besoin de création de règles techniques sans la lourdeur procédurale d'une législation internationale⁵⁵⁵.

Le droit mou⁵⁵⁶ ou droit souple⁵⁵⁷ est employé dans une optique de facilité pratique. Ce type de règles juridiques apparaît tout à fait adapté à l'émission de recommandations prudentielles. Cette souplesse donne un avantage sur une législation classique. Son emploi donne licence à une meilleure appréhension des thèmes nouveaux.

La souplesse pratique des recommandations prudentielles leur confère un rôle pionnier au moment de leur émission qui ajoute à l'ouverture (A) d'un sillon nouveau en matière prudentielle un certain empirisme (B).

⁵⁵² B. STIRN, « La dispersion des normes », in *Le désordre normatif*, 13 juin 2016 : « Dans son étude annuelle sur le droit souple, le Conseil d'Etat a constaté une échelle de « normativité graduée », qui va des règles impératives aux simples recommandations ou orientations. A condition de clairement se situer sur cette échelle, le droit souple est une bonne voie pour éviter l'amoncellement de normes inutilement contraignantes ».

Site Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-dispersion-des-normes>.

⁵⁵³ C. THIBIERGE, « La densification normative, Découverte d'un processus », *D.*, 2014, p. 834.

⁵⁵⁴ V. Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^{er} éd., 2012, p. 136, n° 14. : « L'action normative, dans le secteur financier, fait une large place au droit mou : il est ainsi qualifié parce que les règles ne présentent pas *a priori* de caractère obligatoire ».

⁵⁵⁵ Pas de loi mondiale donc pas besoin de démocratie mondiale.

⁵⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome 1 : Le relatif et l'universel*, First Edition, Seuil, 2004.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

A. L'ouverture

129. Le recours au droit souple et non au « droit rigide »⁵⁵⁸ donne un avantage pratique. Il permet de mettre en place des règles sans passer par les processus parlementaires et laisse concevoir les bases d'une législation nouvelle.

Le droit souple est employé pour ouvrir un sillon juridique. L'émission de recommandations prudentielles aborde l'encadrement d'une pratique opérationnelle nouvelle ou actualise une pratique déjà encadrée⁵⁵⁹.

La souplesse juridique autorise la constitution de prémisses de législation (1) sur la base de nombreux rapports (2).

1. La prémisse

130. La matérialisation. – L'amorce d'un sillon juridique prudentiel est difficile. La contrainte supplémentaire d'un droit harmonisé pèse. L'enjeu est de concilier les droits internes entre eux. Or il est impossible d'harmoniser des lois dès leur édicition.

L'émission de recommandations prudentielles aborde l'encadrement d'une pratique opérationnelle nouvelle où actualise celui d'une pratique déjà encadrée. A la richesse pratique répond une richesse⁵⁶⁰ juridique. La recommandation prudentielle, première expression, des réseaux de la régulation, matérialise la formulation des règles techniques. Elles sont tirées du non-droit⁵⁶¹ et propulsées dans le droit souple⁵⁶².

131. La matérialisation réflexive. – La recommandation prudentielle se distingue, dès l'origine, par la matérialisation de la réflexion des réseaux sur la régulation. La recommandation prudentielle devient alors la source⁵⁶³ unique de la régulation. Cette recommandation est une « technique particulière de conception du droit comme une technique de direction des conduites parmi d'autres à

⁵⁵⁸ L'expression n'existe pas en droit français, à l'opposé du droit anglo-saxon qui connaît la *hard law*. Le « droit rigide » correspond au droit tout simplement, au droit classique par opposition au droit mou ou souple.

⁵⁵⁹ Les recommandations prudentielles servent donc soit à l'invention, soit à l'innovation en matière de droit bancaire et financier.

⁵⁶⁰ V. P. DEUMIER, *Introduction au droit, op. cit.*, p. 17, n° 7 : « La règle de droit contraignante devient alors un phénomène juridique parmi d'autres, (...) elle révèle la richesse du droit, son ingéniosité, sa capacité à activer les ressorts les plus différents pour remplir ses fonctions de direction des conduites humaines ».

⁵⁶¹ V. J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2013, p. 25 : « l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent ».

⁵⁶² V. E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit Souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP. G.*, 21 oct. 2013, doctr. 1116, n° 9 : « Triptyque : non-droit / droit souple / droit dur ».

⁵⁶³ V. Ph. JESTAZ, « Source délicate (Remarque en cascade sur les sources du droit) », *RTD civ.*, 1993, p. 73 : « Dans un deuxième sens, les sources – au pluriel désormais – pourraient désigner ce que Ripert appelait les « forces créatrices du droit ».

la disposition de l'État »⁵⁶⁴. Ceci est exact, à ceci près, que le droit souple est en priorité et majorité utilisé par les acteurs supranationaux. L'État l'emploie de façon marginale comparé aux réseaux institutionnels et informels ou aux réseaux professionnels. Avant qu'une recommandation prudentielle soit émise, il n'existe rien. Le droit n'a prise qu'à l'émission d'un Accord de Bâle, par exemple, et pas avant. En effet, rien n'oblige à part une volonté interne d'un opérateur, souvent absente, de constituer des fonds propres solides qui soient proportionnés à la masse de crédits accordée. Il s'agit d'un non-droit⁵⁶⁵ qui prend corps dans le droit souple⁵⁶⁶.

132. La matérialisation intentionnelle. – La subjectivité de la matérialisation des normes techniques est aisée à démontrer. Par exemple, le Comité de Bâle décide avec une part d'arbitraire la fixation de ratios de solvabilités et le détail de la composition de ces fonds propres ; l'IASB⁵⁶⁷ sous le contrôle de la fondation IFRS⁵⁶⁸ édicte les normes comptables⁵⁶⁹. Cependant, l'OICV, régulateur mondial des marchés financiers, n'a formulé aucune recommandation relative à la solvabilité des chambres de compensation (CCP). Il y songe⁵⁷⁰ cependant.

La matérialisation marque une intention. Elle guide les législations. L'édiction de règles techniques fait donc preuve d'une part de subjectivité selon les priorités et l'ordre des édictions. La recommandation n'est pas vouée à rester en l'état car elle n'est pas applicable⁵⁷¹.

Sans législateur mondial⁵⁷², il est nécessaire d'amorcer la création de normes techniques. Le droit souple est une méthode contestable mais il n'est qu'un moyen et non une fin pour créer des normes techniques.

⁵⁶⁴ E. NICOLAS et M. ROBINEAU, art. préc., n° 16.

⁵⁶⁵ V. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 25 à 47.

⁵⁶⁶ CÉ, *Le droit souple* [en ligne], Étude annuelle, Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 32 : Le droit souple « regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives », « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataire en suscitant leur adhésion », « ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires », « ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ».

⁵⁶⁷ V. M. TELLER, « Le régulateur comptable », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 33, n° 10 : « L'IASB va établir des projets de normes ».

⁵⁶⁸ *Ibid. ead loc.* : « L'IASC donnera naissance à l'IASB qui est une entité de droit privé, chapeauté par une structure d'ensemble (*l'International Accounting Standards Committee foundation*) qui est une fondation installée dans l'État du Delaware aux Etats-Unis ».

⁵⁶⁹ *Ibid.*, n° 16 : « Le processus d'édiction des normes IFRS est un système clos, centré sur les experts du chiffres au sein de l'IASB, sans interférence avec les discutants habituels du débat démocratique ».

⁵⁷⁰ V. Committee on Payments and Market of BIS and Board of IOSCO, « CR02/2016 Resilience and recovery of central counterparties (CCPs) : Further guidance on the PFMI », Public Report, BRI and IOSCO, Aug. 16th 2016.

⁵⁷¹ *Ibid.*, n° 10 : « projets de normes, qui seront soumis à l'approbation des autorités étatiques compétentes en matière de comptabilité ».

⁵⁷² V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 414.

2. Les rapports

133. Les émetteurs. – L’ouverture de perspectives régulatrices passe par des recommandations internationales. Ces orientations ne surgissent pas du néant⁵⁷³. Plus en amont, pléthore de rapports apportent une réflexion aux réseaux régulateurs quant aux pistes à suivre pour formuler les recommandations.

Les rapports sont publiés tant par les institutions⁵⁷⁴ ou les régulateurs⁵⁷⁵ que par les cercles quasi-institutionnels⁵⁷⁶. La publication de rapports est aussi un moyen pour les influenceurs⁵⁷⁷ d’entrer en jeu afin d’émettre des préconisations.

134. Les rapports ponctuels. – Dans ce « marécage » de rapports, dont certains issus d’influenceurs ne manquent pas de pittoresque, il existe de prestigieux rapports qui apportent beaucoup à l’organisation de la régulation financière. Parmi eux, deux rapports importent plus que les autres. Le premier est le *Rapport de Larosière*⁵⁷⁸ qui a changé la face de l’édiction des normes prudentielles

⁵⁷³ V. Ph. JESTAZ, « Source délicieuse », *RTD civ.*, 1993, p. 73 : « Ce dernier mot, certes évoque un jaillissement. Mais le sujet, tel quel l’a toujours traité la doctrine française s’enlise dans un marécage ». Les centaines de rapports publiés chaque année montrent la véracité de l’allusion au marécage, loin de n’être que poétique.

⁵⁷⁴ Ex. FMI, « Rapport sur la stabilité financière dans le monde » [en ligne], Résumé analytique, Washington, Site officiel, *FMI*, 16 avr. 2016.

Site FMI : <http://www.imf.org/external/ns/loc/cs.aspx?id=4>

⁵⁷⁵ Ex. Board of IOSCO, « CR01/2016 Examination of Liquidity of the Secondary Corporate Bond Markets », Public Report, IOSCO, 5 Aug. 2016.

Rapport. Committee on Payments and Market of BIS and Board of IOSCO, « CR02/2016 Resilience and recovery of central counterparties (CCPs) : Further guidance on the PFMI », Public Report, BRI and IOSCO, Aug. 16th 2016.

Rapport. Committee on Payments and Market of BIS and Board of IOSCO, « CR03/2016 Harmonisation of the Unique Product Identifier (UPI) Second consultative report issued by CPMI-IOSCO », Public Report, BRI and IOSCO, Aug. 18th 2016.

Rapport. Board of IOSCO, « CR04/2016 Good Practices for the Termination of Investment Funds », Public Report, IOSCO, Aug. 18th 2016.

Site OICV : https://www.iosco.org/publications/?subsection=public_reports

⁵⁷⁶ Ex. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, « Bâle III : révision du cadre régissant le ratio de levier » [en ligne], Document consultatif, Comité de Bâle, Site officiel, *BRI*, 19 avr. 2016.

Site BRI : https://www.bis.org/bcbs/publ/d365_fr.pdf

⁵⁷⁷ Pour le vertige des antipodes : A. BOUZIDI et al., « Le capital patient - un horizon pour la France et pour l’Europe » [en ligne], *Terra Nova*, mai 2016.

Site Terra Nova : <http://tnova.fr/etudes/le-capital-patient-un-horizon-pour-la-france-et-pour-l-europe>.

Contra : GenerationLibre, « Caisse des Dépôts et Consignations : Deux siècles, ça suffit » [en ligne], *GenerationLibre*, avr. 2016.

Site GenerationLibre : <https://www.generationlibre.eu/publications/caisse-des-depots-deux-siecles-ca-suffit/>

Rapport. P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 64, n° 67.

⁵⁷⁸ Comm. UE, communication COM 2009-114, 27 mai 2009, *Rapport Larosière*, 25 février 2009. Sur la base de ce rapport magistral, la Commission a procédé au remaniement du processus Lamfalussy et modifié la classification des directives européennes. Le prestige attaché à ce rapport tient à l’aura de M. de Larosière, ancien Directeur général du FMI, Gouverneur honoraire de la Banque de France, ancien Président de la BERD.

Site Commission européenne : <http://ec.europa.eu>

Rapport. A.-C. MULLER, « Rapport Larosière », *RDBF*, n° 4, juill. 2009 : « Un groupe d’experts a été nommé en novembre 2008 en vue de formuler des propositions destinées à renforcer le dispositif européen de supervision ».

européennes et notamment plaidé pour mis en place le Comité Européen du Risque Systémique (CERS).

Plus actuel, le *Rapport des Cinq Présidents* prône la mise en place d'une Union monétaire européenne avec pour pivot une Union financière⁵⁷⁹.

135. Les rapports cycliques. – D'autres types de rapports sont publiés de façon périodique. Les rapports fourmillent de constats, en véritables états des lieux du droit de la régulation. L'OCDE ou le FMI sont les principaux contributeurs en rapports annuels⁵⁸⁰. En dressant un bilan de leur activité, ils font force propositions d'amélioration du système.

Ils participent à la formation d'un droit qui s'annonce luxuriant⁵⁸¹.

B. L'empirisme

136. Sa mise en œuvre offre une meilleure perception des thèmes nouveaux. Le droit souple présente un second intérêt.

En effet, au-delà de l'ouverture nécessaire d'un processus à vocation législative, les recommandations prudentielles font preuve d'un empirisme. Elles posent des normes techniques sur les pratiques bancaires et financières⁵⁸². Elles témoignent d'une orientation, d'un arbitrage des autorités internationales de la régulation.

L'expérimentation fait partie intégrante des recommandations prudentielles (1) tant est si bien qu'elles sont permissives à des corrections (2).

⁵⁷⁹ J.-C. JUNCKER et al., « Vers l'Union financière : un système financier intégré pour une économie intégrée », *Compléter l'Union économique et monétaire européenne*, Commission européenne, juin 2015, p. 12 : « En effet, l'Union économique et l'Union financière se complètent et se renforcent mutuellement. Les progrès sur ces deux fronts doivent être une priorité absolue lors de la première phase de la feuille de route menant à une véritable Union économique et monétaire ».

⁵⁸⁰ Ex. Banque Mondiale, « Rapport annuel 2015 » [en ligne], Banque Mondiale, 2016, p. 16 et s.

Site Banque Mondiale : <http://www.banquemondiale.org/fr/about/annual-report>

⁵⁸¹ R. SACCO, « Le droit muet », *RTD civ.*, 1995, p. 783, n° 4 : « Bref : 4000 ans avant J. C. le pouvoir centralisé n'existait pas, et toutefois le droit existait et il poussait luxuriant ».

⁵⁸² V. Ph. JESTAZ, « Source délicate », *RTD civ.*, 1993, p. 73 : « Cette fois, le terme désigne sans équivoque une activité ou plutôt une série d'activités : celle des juristes de métier, celle des acteurs économiques (entreprises, assureurs, banquiers, etc.), celle des administrations ou des organisations professionnelles ».

1. L'expérimentation

137. L'expérimentation technicienne. – La formulation des normes prudentielles, bien qu'elle s'en défende, est une méthode qui s'appuie sur l'empirisme. La versatilité des pratiques bancaires et financières exige un test avant que la rigidité des lois ne s'empare des recommandations.

Les normes prudentielles sont formulées sur la base des rapports qui apportent l'expérience des praticiens et des experts.

Trouver des pistes de mesures à partir de rapports fait de la recommandation prudentielle une source de droit peu commune. Elle rejoint un ensemble désigné comme « source muette »⁵⁸³. Le mode coutumier de formation, déjà décrit, l'inscrit dans cette catégorie doctrinale.

138. L'expérimentation professionnelle. – L'expérimentation porte sur la technique, sur la façon de mettre en place les normes prudentielles. Elle fait appel à un processus d'adoption comme l'était le processus législatif Lamfalussy⁵⁸⁴. Il s'agit aussi d'un test auprès des praticiens. Les négociations sont fructueuses car l'expérience⁵⁸⁵ recueille l'adhésion des professionnels. A défaut, un correctif de la recommandation est arrangé.

2. La correction

139. La correction initiale. – L'empirisme de la recommandation puise une créativité⁵⁸⁶ dans l'expérience. Cette dernière est nécessaire mais insuffisante.

La recommandation prudentielle ne serait une expérience valable sans possibilité d'amendement du processus engagé. La correction apporte l'élément de perfectionnement de la règle émise.

Avant de passer au droit dur⁵⁸⁷, destination finale de la norme technique et fin de la dynamique engagée, la recommandation ajuste le dispositif avant qu'il ne rejoigne la *hard law*.

La volonté de légiférer directement en droit dur⁵⁸⁸ conduit vers une impasse. La complexité des relations capitalistiques et financières entre les établissements bancaires compromet cette volonté. Ils

⁵⁸³ R. SACCO, « Le droit muet », *RTD civ.*, 1995, p. 783, n° 11 : « sources muettes (coutumes, usages, contenu que l'interprète attribue à des expressions telles que faute, bonne foi, etc.) ».

⁵⁸⁴ V. S. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 101, n° 65.

⁵⁸⁵ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 47 : « Son succès tient aussi à ce que, dans certains domaines (ainsi pour les phénomènes émergents), l'incitation suscite davantage l'adhésion que la contrainte en même temps qu'elle constitue une forme d'expérimentation ».

⁵⁸⁶ La créativité en matière de régulation interroge beaucoup les praticiens. La considérant souvent prolixie à l'excès, ils sont en recherche d'un moyen afin rendre l'absorption de tels volumes régulateurs au diapason de la production. V. F. VISNOSKY et al., « Club Banque - La créativité réglementaire toujours à l'œuvre », *Revue Banque*, févr. 2016.

⁵⁸⁷ V. E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit Souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP. G.*, 21 oct. 2013, doct. 1116, n° 15 : « Projecteur empirique et en propose une définition avant d'envisager ses rapports avec le droit dur ».

agissent non seulement pour compte propre⁵⁸⁹, mais encore pour compte de tiers. Cette pluralité d'activités rend presque impossible une volonté de ce type.

Afin de produire une réglementation harmonisée, la recommandation prudentielle est permissive, à l'inverse de la loi à des ajustements initiaux notamment grâce aux consultations. Les mécanismes de révision et de correction dans les Accords de Bâle sont ainsi fondamentaux pour la conception des nouveaux accords⁵⁹⁰.

140. La correction tardive. – La correction peut intervenir de manière plus tardive et modifier un dispositif contenu dans une recommandation déjà émise. Ce type de modification est manié par le régulateur. Il maîtrise les correctifs issus d'évaluation⁵⁹¹ de l'application des normes techniques. La souplesse présente aussi des implications théoriques.

§2. La souplesse théorique

141. Le droit mou ou droit souple⁵⁹² est employé dans une optique de facilité pratique. La technicité de la règle prudentielle s'allie au droit pour forger une norme prudentielle.

La souplesse théorique ne doit pas être omise. Le droit souple a tout de l'oxymore. Force est à la loi. Cette expression souffre face à la recommandation prudentielle qui se contorsionne grâce à sa faiblesse normative. Elle se place au bas du gradient⁵⁹³ de la normativité juridique⁵⁹⁴. La force obligatoire semble le critère indicateur de la position sur ce gradient.

La souplesse théorique des recommandations prudentielles confère un cadre (A), toutefois, les limites mouvantes le rendent trouble (B).

⁵⁸⁸ V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 215 : « Mais, en ces temps de globalisation et d'interdépendance, l'indépendance affichée risque de conduire à une dépendance de fait à l'égard du système juridique du pays le plus puissant [...] le réalisme serait de faire appel aux forces imaginantes du droit pour sortir de l'impasse ».

⁵⁸⁹ Activités OTC.

⁵⁹⁰ Ex. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, « Révision de l'approche standard pour le risque de crédit - Deuxième document consultatif », Comité de Bâle, déc. 2015, p. 1 : « Le présent texte constitue le deuxième document consultatif du Comité de Bâle sur la révision de l'approche standard pour le risque de crédit. Le Comité souhaite remercier toutes les personnes qui ont répondu à la première consultation pour leurs nombreux commentaires sur le document publié en décembre 2014 ». Le Comité avoue lui-même l'importance des consultations pour corriger les dispositifs déjà en place. En l'espèce, cette révision intervient dans l'élaboration de ce que la FBF et les professionnels appellent déjà les Accords de Bâle IV.

Site BRI : https://www.bis.org/bcbs/publ/d347_fr.pdf.

⁵⁹¹ V. AMF, « Les relations institutionnelles de l'AMF à l'international » [en ligne], Site officiel, AMF, juill. 2014 : « Le comité d'évaluation de la mise en œuvre des standards du FSB qui s'applique, notamment, à conduire des revues par les pairs (sur des thèmes de régulation et par pays). L'AMF y représente la France ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/L-AMF/Relations-institutionnelles/International/Instances-internationales.html/>.

⁵⁹² Le droit souple se décline de trois façons : le droit flou qui manque de précision ; le droit doux qui n'est pas obligatoire et le droit mou qui n'est pas contraignant donc sanctionné.

⁵⁹³ En fait, il existe deux *soft law* puisqu'il existe deux pratiques créatrices. La *soft law* descendante issue du réseau international de la régulation et la *soft law* ascendante issue des réseaux professionnels. La souplesse juridique s'articule avec les pratiques créatrices de nature coutumière.

⁵⁹⁴ Le gradient va de la faiblesse à la force normative et l'indicateur prend corps dans le caractère obligatoire.

A. Le cadre

142. L'étude de la normativité signifie qu'il existe une norme. La recommandation prudentielle est une figure du droit souple. Nonobstant une faiblesse normative, corolaire de la souplesse, la recommandation prudentielle appartient au droit donc transmet une règle comportementale.

La recommandation prudentielle existe en tant que règle de droit. Elle fournit ainsi un cadre à l'activité sur laquelle exerce son magistère.

La souplesse théorique des recommandations prudentielles lui permet de contenir une proposition (1) appelée à être émise en tant qu'appel à légiférer (2).

1. Une proposition

143. Une observation. – La recommandation prudentielle est une proposition⁵⁹⁵. Entre les nécessités de la régulation et les contingences de la pratique opérationnelle, elle se faufile dans une anfractuosité pour assurer un début d'encadrement. Le droit souple permet avec progressivité d'affiner la proposition au gré des consultations.

Trois conditions cumulatives sont exigées pour qualifier une disposition de droit souple⁵⁹⁶. La première condition repose sur le fait que la recommandation « modifie ou oriente les comportements »⁵⁹⁷. En ce sens la recommandation se distingue des documents préparatoires, des consultations, des rapports.

La seconde condition tient au fait qu'elles sont « non créatrices par elles-mêmes de droit ou d'obligations »⁵⁹⁸. Cette exigence est la limite entre droit souple et droit dur.

La dernière et troisième condition demande que la recommandation prudentielle « présente un certain degré de formalisation et de structuration »⁵⁹⁹. La condition a trait à des considérations formelles. La recommandation prudentielle doit prendre l'apparence de la règle de droit qu'elle est en train de devenir.

Si ce triple test est positif alors la recommandation prudentielle est une manifestation du droit souple et non une expression de la morale de place, laquelle n'appartient pas au domaine juridique.

⁵⁹⁵ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 34, n° 30 : « Seulement là où la *hard law* impose, la *soft law* propose ».

⁵⁹⁶ V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc.

⁵⁹⁷ CÉ, *Le droit souple - Résumé* [en ligne], Étude annuelle, Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 3.

Site Conseil d'État : http://www.conseil-etat.fr/content/download/3594/10810/version/1/file/droit_souple_1-resume_021013.pdf.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ *Ibid.*

144. Une solution globale. – La caractérisation de l'appartenance de la recommandation prudentielle au droit souple est utile. Elle prétend alors à une ou plusieurs des quatre fonctions⁶⁰⁰ qui lui sont reconnues.

Tout d'abord, le droit souple « se substitue au droit dur »⁶⁰¹. Il fait preuve d'une grande utilité quand le droit dur ne peut pas intervenir car il est impossible de convenir d'accords contraignants. Ensuite, le droit souple appréhende avec acuité « les phénomènes émergents »⁶⁰². Cette fonction induit une interprétation du droit souple qui deviendrait une législation transitoire en matière prudentielle. Elle serait une règle de droit à durée déterminée, le temps d'imposer⁶⁰³ des dispositions contraignantes. De plus, le droit souple a une fonction « d'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur »⁶⁰⁴. Le droit souple veille à l'entrée en vigueur et la production d'effet juridique du droit rigide. Le droit rigide est entouré d'une nuée de *soft law* pour couvrir tout un champ juridique et faciliter sa propre mise en œuvre. Dernière fonction, le droit souple constitue une « alternative pérenne au droit dur »⁶⁰⁵. Les trois premières fonctions présentent une crédibilité. Cette quatrième fonction développe une logique d'autorégulation des acteurs de la place. Ils seraient responsabilisés puisque prescripteurs des normes dont ils seraient les sujets. Ce point est discutable dans la mesure où le recours au droit souple change de nature pour prendre l'ascendant sur le droit rigide. Cette fonction reste un horizon lointain. Quelles que soient la ou les fonctions du droit souple dans le cadre de la recommandation prudentielle, le point commun est une intervention du droit souple dès l'édiction de la règle technique. L'émission se montre ainsi décisive.

⁶⁰⁰ CÉ, *Le droit souple - Résumé* [en ligne], Étude annuelle, Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 5.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc. Fig. 4 : Echelle de la densité normative du droit.

⁶⁰⁴ CÉ, *Le droit souple - Résumé* [en ligne], Étude annuelle, Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 5.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

2. Une émission

145. L'entrée du réseau. – La recommandation prudentielle est la forme que prend la règle technique façonnée par le réseau international et le réseau des praticiens. Il s'agit d'un droit spontané⁶⁰⁶ qui balise l'entrée de l'un des deux réseaux. Les intervenants des réseaux avec un rôle crucial des cercles informels concourent à l'émission.

La porte d'entrée de la production du réseau de la régulation est franchie grâce à la recommandation. Elle a cet intérêt non négligeable de mettre en évidence l'horizontalité de la création des règles techniques par un modèle décentralisé⁶⁰⁷.

146. La surveillance de l'émission. – L'émission de la recommandation prudentielle fait l'objet d'une vigilance accrue de la part des acteurs de la régulation. Des rapports viennent vérifier l'application progressive des recommandations prudentielles. En matière bancaire, les opérateurs doivent même publier les données prouvant leur application des normes prudentielles imposées sur la base des Accords de Bâle III⁶⁰⁸.

B. Le trouble

147. Le droit souple se déplit dans un cadre juridique car il répond aux conditions de rattachement à cette catégorie juridique. Il en revêt même certaines fonctions.

Néanmoins, l'oxymore du droit souple se précise par fragmentation de ce concept. Le droit souple est trouble car il est présupposé comme étant un « droit vague »⁶⁰⁹. La souplesse conduit à un trouble dans la théorie du droit. Ce trouble se dissipe par la décomposition de la souplesse en trois notions⁶¹⁰ : le flou⁶¹¹, le doux⁶¹² et le mou⁶¹³.

Ce trouble commande aux recommandations prudentielles une originalité de contenu (1) ; de ce droit troublé découle une effectivité inapparente (2).

⁶⁰⁶ V. P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*

⁶⁰⁷ La décentralisation est celle du pouvoir législatif puisque d'autres que le législateur s'octroient cette prérogative.

⁶⁰⁸ Ex. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Bâle III : ratio de levier et exigences de publicité* [en ligne], janv. 2014, p. 10, n° 40 : « A compter du 1^{er} janvier 2015, les banques seront tenues de publier leur ratio de levier Bâle III sur une base consolidée ».

Site BRI : http://www.bis.org/publ/bcbs270_fr.pdf

⁶⁰⁹ A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, 1984, LGDJ., spéc. p. 561. et s.

⁶¹⁰ V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc. Fig. 2 : Illustration des trois facettes du droit souple.

⁶¹¹ Peu ou pas précis.

⁶¹² Peu ou pas obligatoire.

⁶¹³ Peu ou pas contraignant donc peu ou pas sanctionnable, d'où peu ou pas sanctionné.

1. Le contenu

148. Le droit flou. – Le droit souple n'est pas un concept compact. Bien au contraire, il est sécable à son tour en trois notions distinctes⁶¹⁴ dont le droit flou.

La première déclinaison du droit souple fait entrer en scène le droit flou. Certains écrivent à ce sujet, que le droit flou est un « droit à l'état gazeux »⁶¹⁵. Le « droit vague »⁶¹⁶ explique, en une économie de mots, la nature de ce droit doux qui appartient au « droit souple »⁶¹⁷.

Le droit flou ou *fuzzy law* éconduit la précision. Or les recommandations prudentielles sont précises à l'excès si la précision s'entend comme la quantité de règles et leur degré de technicité. Pointilleuses les recommandations prudentielles usent toutefois de concepts peu précis, à dessein, pour un juriste. Si celui-ci s'emmure dans la doctrine positiviste, des notions telles que l'exposition⁶¹⁸, le risque dans une certaine mesure, le caractère systémique d'un opérateur manquent de précision comme le regretté « bon père de famille » ou l'adverbe « raisonnablement » en sont dépourvus. Ce sont des notions-cadres qui libèrent une marge d'adaptation. Elles se comprennent de façon intuitive, mais les définir est un hardi exercice.

149. La généralité. – La norme juridique présente deux caractères. Elle est générale et impersonnelle. Concernant la généralité de la recommandation prudentielle n'y déroge pas. Elle s'adresse de façon abstraite à tous les opérateurs du marché ou de la profession concernés par la recommandation. Ce point est nécessaire, s'y ajoute un autre.

150. L'impersonnalité. – La recommandation prudentielle est aussi impersonnelle. Elle ne s'adresse pas à un opérateur ou un groupe restreint et caractérisable de façon nominative. Générale et impersonnelle, ceci est nécessaire mais insuffisant. La recommandation n'est pas norme car il manque l'effectivité. Dans ce « réseau de normes »⁶¹⁹, au sens générique, l'effectivité est indispensable.

⁶¹⁴ V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc. : « trois facettes ».

⁶¹⁵ F. CHANDERNAGOR, *De la sécurité juridique*, Rapport du Conseil d'État 1991, La Documentation française, 1992, p. 15 et s.

⁶¹⁶ V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 80 : « le flou d'origine les conduirait à combiner droit international et dénominateur commun des droits nationaux pour fonder leur interprétation sur des éléments objectifs ». Rapp., *ibid.*, p. 82 : « au flou conceptuel d'origine, un nouveau flou dans l'espace et dans le temps, en raison de l'apparition d'une marge nationale d'appréciation implicite, symétrique de celle observée à propos des droits de l'homme ». Ces propos sont tenus pour décrire les droits de l'homme. Les mêmes flous se constatent dans la régulation prudentielle.

⁶¹⁷ Apocryphe de Lord Mc Nair.

⁶¹⁸ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 12 : « Déjà le terme « exposition » n'est pas clair pour un juriste, ce qui explique qu'il soit défini ; il l'est de façon spécifique pour les grands risques : c'est un actif ou un élément hors bilan ». L'exposition n'est pas définie de façon générale.

⁶¹⁹ Y. AGUILA, « Un nouvel État ? », *Mélanges Étienne Fantôme*, Dalloz 2011, p. 1.

2. L'effectivité

151. La bifidité. – Est effective la règle de droit qui est obligatoire et sanctionnée⁶²⁰.

152. La caractère obligatoire. – La seconde composante du droit souple est le droit doux. Le manque d'effectivité⁶²¹ a pour origine le fait qu'il n'est pas obligatoire⁶²². La recommandation prudentielle est négociée, comme cela a été démontré dans le titre précédent, alors que la norme est imposée. La concertation qui meut les réseaux dans la formulation d'une recommandation prudentielle la prive de sa force obligatoire⁶²³. L'absence de caractère obligatoire⁶²⁴ rend la recommandation inapplicable donc ineffective avant le vecteur législatif.

« Certains auteurs entendent toutefois dissocier la validité et le caractère obligatoire »⁶²⁵. Ils soutiennent qu'une règle de droit peut être valide dans l'ordre juridique alors qu'elle n'est pas obligatoire. Cette interprétation convainc peu. Le fond du problème est formel et non substantiel. Le réseau international et communautaire n'a ni le pouvoir ni la légitimité du législateur.

153. La contrainte – La troisième partie du concept de droit souple est le droit mou⁶²⁶. La contrainte a un lien fort avec la sanction. L'absence ou le caractère ténu de la contrainte conduit à considérer qu'à première vue, il n'y a pas de sanction⁶²⁷. Seul le ternissement de la réputation⁶²⁸ risque d'atteindre l'opérateur qui ne respecterait pas une disposition de droit souple. Non contraignant est synonyme d'impossible à sanctionner.

⁶²⁰ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, p. 28.

⁶²¹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc. n° 16 : « Mais quels que soient le suivi organisé et son effectivité, les standards proposés demeurent facultatifs et participent uniquement de la *soft law* ».

⁶²² V. N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.* 1999.729, p. 734 : « Le critère de l'obligatorité, qui sous-tend l'approche normativiste, n'est pas apte à rendre compte des manifestations plurielles du juridique »

⁶²³ V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 182 : « En français, le mot a deux sens : droit mou et droit doux, ce qui pourrait suggérer que la faiblesse du droit, ou sa souplesse si l'on veut rester neutre, peut affecter soit la force obligatoire (l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou), soit la force contraignante (l'intensité des sanctions, entre dur et doux) ».

⁶²⁴ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc. n° 4 : « On sait toutefois que, selon nombre d'auteurs, « la norme ne s'identifie plus à l'obligatoire » et que l'on peut parler de normes dès lors qu'elles formulent « des modèles, des références sur lesquelles les acteurs juridiques peuvent ajuster leurs comportements », ce qui permet d'inclure dans la catégorie « normes » la *soft law* ».

⁶²⁵ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Norme ».

⁶²⁶ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 248 : « le droit mou témoigne d'une nouvelle conception du droit ».

⁶²⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 29, n° 24 : « elle existe également dans les autres ordres sociaux, en prenant des formes diverses allant du remords à l'excommunication en passant par la réprobation sociale, dont l'efficacité est loin d'être négligeable ».

⁶²⁸ *Ibid. ead loc.* : « Ainsi, dans le monde professionnel, l'atteinte à la réputation est une sanction parfois bien plus dissuasive que le paiement de dommages-intérêts ».

La méfiance à l'égard de la sanction comme marqueur du droit doit se faire jour, surtout lorsqu'elle est absente⁶²⁹. Le droit souple n'a pas de force obligatoire. Il ne peut être sanctionné.

Toutefois, un cas exceptionnel de contestation des actes de droit souple existait devant le juge administratif. Pour être sanctionnés, ces actes devaient comporter une « formule impérative »⁶³⁰.

La jurisprudence reprend une importance sur ce point alors qu'elle est secondaire⁶³¹ dans le cadre de l'étude des normes prudentielles.

Une série récente de décisions du Conseil d'État a rebattu la mollesse du droit souple. Les actes de droit souple, des recommandations prudentielles du régulateur étatique, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Deux décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016 font droit à ces recours. Il s'agit de décisions de principe fondamentales dont celle qui intéresse l'AMF est, de surcroît, rendue par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État.

Le Conseil d'État accepte de statuer sur des recours en annulation contre des actes de droit souple⁶³², à certaines conditions. De tels actes n'étaient jusqu'alors pas susceptibles de recours juridictionnels dès lors qu'ils n'ont aucun effet juridique contraignant.

Ces deux décisions sont surprenantes⁶³³ puisque les documents, objets du recours en annulation, sont des communiqués de presse de l'AMF. Cette documentation infra-régulateur n'a même pas le rang de recommandation-position dans la doctrine du régulateur.

Ces actes de droit souple⁶³⁴ sont bel et bien sanctionnés. En cela, certains auteurs pensent qu'il s'agit d'une transition par une « rigidification du droit souple »⁶³⁵. La décision en droit de la concurrence, *Société NC Numericable* et la décision en droit des marchés financiers *Fairvesta International GmbH*

⁶²⁹ V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 28, n° 17 : « La sanction n'est pas la preuve du droit mais sa contre preuve »

⁶³⁰ CÉ, 27 avr. 2011, *Formindep*, n° 334396.

⁶³¹ V. G. FLAUBERT, *Dictionnaire des idées reçues. V°* « Source formelle du droit » : « On ne sait pas ce que c'est, mais tonner contre ceux qui veulent y inclure la jurisprudence ».

⁶³² V. K. DECKERT, « L'assouplissement jurisprudentiel de la recevabilité des recours à l'encontre des actes relevant du « droit souple » émis par les autorités de régulation » [en ligne], *Lettre creda-societes*, n° 2016- 15, avr. 2016 : « Le recours pour excès de pouvoir (recours en annulation) devant le juge administratif n'est en principe pas ouvert contre les actes ne faisant pas grief (car non décisifs), tels que, entre autres, les communiqués, avis, prises de position, car seuls les actes administratifs créant des droits ou des obligations juridiques à l'égard de personnes (morales ou physiques) sont susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel ».

Site Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/info-debat/lettre%202016-15.html>.

⁶³³ Éditions Francis Lefebvre - La Quotidienne, « Le recours en annulation contre les actes de « droit souple » est recevable », *Actualité - Affaires - Contentieux*, Éditions Francis Lefebvre [en ligne], *EFL*, 8 avr. 2014 : « En vertu de certains textes, ou même d'une simple pratique, les autorités de régulation - telles l'Autorité des marchés financiers (AMF), [...], - utilisent des instruments (avis, recommandations, prises de position, etc.) qui, sans avoir le caractère d'actes contraignants pour leurs destinataires, visent à orienter le comportement des opérateurs ».

Site EFL : <http://www.efl.fr/actualites/affaires/contentieux/details.html?ref=UI-a2c1eb77-5d5e-4ac2-a193-783171a392b4>.

⁶³⁴ V. CÉ, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, 368083 et 368084 et CÉ, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023.

⁶³⁵ V. J.-J. DAIGRE, « Le droit mou est-il en train de durcir ? », *Banque & Droit*, n° 167, juin 2016.

et autres, montrent combien des publications anodines du régulateur peuvent être remises en cause alors qu'elles sont d'apparence non contraignantes.

L'AMF a pour rôles d'assurer d'une part l'information des investisseurs et d'autre part le bon fonctionnement sur les marchés. Ces deux rôles qui peuvent être antagonistes lorsque pour assurer l'information des investisseurs, le régulateur entrave un acteur sur le marché.

Le considérant 7⁶³⁶ de la décision *Fairvesta International CmbH* rappelle qu'il est normal que l'AMF appelle les investisseurs à la vigilance au regard de certains types investissements.

Le considérant 8⁶³⁷ ajoute que les commentaires de l'AMF sur ce type de placement sont sévères mais ne contiennent aucune erreur de droit ou matérielle et ne visent pas spécifiquement la société mais sont un propos général sur le type de produit proposés. Pour ces « produits commercialisés en France »⁶³⁸, le considérant laisse entendre que la solution aurait pu être opposée si le propos visait un opérateur en particuliers. En l'espèce, le recours déposé contre le requérant a été rejeté mais le régulateur a accepté un recours portant sur un acte de droit souple.

Cette porte ouverte à nombre de procédures est en partie refermée par le Conseil d'État qui fixe deux conditions d'exercice de cette voie de recours. La première est personnelle et tient dans le fait que le requérant ait un « intérêt direct et certain » à agir. La seconde est matérielle et repose sur le fait que l'« acte contesté soit de nature à produire des effets notables ou ait pour objet (et pas forcément pour effet) d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse »⁶³⁹.

L'exigence d'un effet notable ou d'une influence significative introduit une différence⁶⁴⁰ entre les actes de droit souple qui peuvent faire l'objet d'un recours⁶⁴¹ et ceux qui feraient l'objet d'une fin de non-recevoir.

La décision du 13 juillet 2016⁶⁴² reprend la même solution de principe que les décisions de mars 2016. Elle apporte des précisions relatives aux modalités du recours. Elle précise le délai de recours⁶⁴³ d'une

⁶³⁶ CÉ Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta International GMBH et autres*, considérant 7.

⁶³⁷ *Ibid.*, considérant 8.

⁶³⁸ *Ibid.*, considérant 5.

⁶³⁹ J.-J. DAIGRE, art. préc. : « Là est l'essentiel : les actes de droit souple des autorités de régulation peuvent désormais être soumis par principe au contrôle de légalité des juridictions administratives ».

⁶⁴⁰ V. J. CHACORNAC, « Recours en annulation contre les “actes de droit souple” des autorités de régulation – Légalité des “mises en garde” de l'autorité des marchés financiers », *Banque & Droit*, n° 167, mai-juin 2016, p. 28 : « L'importance de cette décision est telle, sur l'exercice de leur mission de surveillance par les autorités de régulation qu'il importerait d'opérer une comparaison nourrie de son impact en droit de la concurrence commerciale en droit financier ».

⁶⁴¹ V. T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G*, n° 22, 30 mai 2016, p. 623 : « dans un cas, donc, l'agence utilise le droit souple dans un but de vigilance, qui se rattache à sa fonction de police, dans l'autre, il s'agit de sécuriser la situation juridique de l'intéressé ».

⁶⁴² CÉ Sect., 13 juill. 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150, Publié au recueil Lebon, considérant 6.

⁶⁴³ *Ibid.* : « dans les deux mois »

part et le point de départ⁶⁴⁴ de ce délai d'autre part. S'ajoute, de plus, une précision quant au lieu de publication⁶⁴⁵ du document faisant l'objet du recours.

Par ailleurs, le recours pour excès de pouvoir⁶⁴⁶ demeure possible même en cas de dépassement du délai de contestation de l'acte auprès du régulateur.

Cependant le domaine *ratione personae* est très restreint car le recours est fermé pour des justiciables particuliers⁶⁴⁷ : seul un professionnel du secteur ayant intérêt certain et direct à agir peut s'opposer à acte de droit souple du régulateur.

Une décision du Conseil d'État en date du 20 juin 2016⁶⁴⁸ reprend les termes de celle de 2011 quant au contenu normatif des assertions qu'elle contient⁶⁴⁹. Elle présente une précision supplémentaire qui pourrait passer inaperçue. La contestation des actes de droit souple ne serait recevable que si les éléments normatifs sont distincts de ceux déjà contenus dans une loi ou un règlement⁶⁵⁰, un texte de droit dur pour être général. Si tel n'est pas le cas alors le recours n'est pas recevable et le régulateur, l'ACPR en l'espèce est fondé à émettre un acte de droit mou⁶⁵¹. Le droit mou le reste de moins en moins.

Les décisions du Conseil d'État portent au regard la capacité d'un régulateur à formuler de nouvelles règles. Le droit souple conduit à étendre le volume des recommandations prudentielles.

⁶⁴⁴ *Ibid.* : « En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prévoyant un autre mode de publication, la mise en ligne d'un acte de la nature de celui que conteste la société GDF Suez sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte »

⁶⁴⁵ *Ibid.* : « sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte, dans l'espace consacré à la publication des actes de l'autorité, fait courir, à l'égard des professionnels du secteur dont elle assure la régulation ».

⁶⁴⁶ *Ibid.* : « Lorsque le justiciable n'a pas contesté cet acte dans ce délai, il lui reste loisible, s'il s'y croit fondé, de demander son abrogation à l'autorité qui l'a adopté et, le cas échéant, de contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus que l'autorité oppose à cette demande ».

⁶⁴⁷ *Ibid.* : « professionnels du secteur ».

⁶⁴⁸ CÉ 9^e et 10^e ch. réunies, 20 juin 2016, *SCP Piwnica c/ FFSA*, n° 384297, considérant 4 : « Il résulte des termes mêmes de l'acte attaqué que les recommandations qu'il contient ne présentent pas de caractère impératif et n'ont pas vocation à modifier l'ordonnancement juridique ».

⁶⁴⁹ *Ibid.* : « En formulant ces recommandations, l'ACPR s'est bornée à inviter les professionnels du secteur concerné à adopter des règles de bonne pratique professionnelle en matière de distribution des contrats d'assurance vie ».

⁶⁵⁰ *Ibid.* : « Cet acte ne saurait être regardé comme édictant des règles nouvelles relevant du domaine de la loi ou du règlement ».

⁶⁵¹ *Ibid.* : « L'ACPR était, dans ces conditions, compétente pour formuler la recommandation attaquée ».

SECTION 2. L'EXTENSIVITÉ

154. Le droit souple⁶⁵² permet au réseau international de la régulation, institutions et cercles informels, ainsi qu'aux réseaux professionnels, opérateurs et organisations professionnelles, une intervention discrète. Cette discrétion, à la vue de tout observateur, demeure dans l'obscurité pour les autorités européennes et le législateur. Ils ont l'impression de garder la haute main sur la constitution d'un corps de normes techniques. Néanmoins, le surgissement de ces instruments de régulation des banques et des marchés financiers est entamé et expérimenté par d'autres sur la base des pratiques techniciennes.

L'extensivité souligne le fait que la recommandation prudentielle, comme tout corps peu dense⁶⁵³, a une tendance irrépressible à s'étendre. Cette extension gagne tout l'espace qui lui est disponible. La disposition de la physique semble pertinente pour mettre au jour l'ubiquité⁶⁵⁴ des recommandations prudentielles dans le domaine de la régulation.

La recommandation prudentielle, jaillissement de droit souple, en prend son trait majeur c'est-à-dire sa faible normativité (§1). En effet, loin d'être obligatoire⁶⁵⁵, elle exige une certaine adhésion, ce qui témoigne de sa spontanéité et renseigne sur la vogue dont elle fait l'objet (§2).

§1. La faiblesse normative

155. La recommandation prudentielle est extensive. Elle étend son emprise sur tous les aspects possibles de la régulation bancaire et financière.

La faible force normative confond deux notions selon certains auteurs⁶⁵⁶. La supervision⁶⁵⁷ prudentielle et la régulation⁶⁵⁸ se mélangent au lieu de s'opposer de telle sorte que les

⁶⁵² V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc. : « Modèle de référence pour agir et/ou instrument de mesure pour juger, la règle de droit dévoile, grâce au droit souple, sa double utilité et la dissociabilité de ses deux fonctions ».

⁶⁵³ V. C. THIBIERGE, « La densification normative - Découverte d'un processus », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 834 : « double dynamique d'expansion et de concentration ».

⁶⁵⁴ L'essentiel du volume des normes prudentielles est tel que presque chaque aspect du droit bancaire et financier est quadrillé par les normes techniques.

⁶⁵⁵ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 4 : « normes contraignantes, la norme prudentielle n'en est pas une tant qu'elle demeure une règle émanant d'un organe non étatique, tant qu'elle n'est pas reprise par un État ».

⁶⁵⁶ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Normes prudentielles » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 18 janv. 2016 : « l'on mesure ainsi que le réglementaire et le prudentiel, naguère nettement distingués, s'articulent, se rapprochent, voire fusionnent ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/normesprudentielles/>

⁶⁵⁷ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Supervision » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, consulté le 20 août 2016 : « la surveillance prudentielle s'assure de la solidité des opérateurs, c'est-à-dire s'introduit à l'intérieur des opérateurs et contrôle ainsi la solidité du capital, des fonds propres et quasi fonds propres, de l'organisation de la de la société (règle des « quatre

recommandations prudentielles dont leur normativité est réduite. Appartenant au droit souple, elle se situe à un degré⁶⁵⁹ moindre qu'une norme prudentielle.

La recommandation prudentielle n'appartient pas complètement au droit (A). Elle ne prend pas pied dans le terrain juridique de façon pleine du fait de la spontanéité normative dans lesquelles elles naissent (B).

A. L'exclusion des normes

156. Les recommandations prudentielles s'élèvent de leur création et au cours de leur application sur le gradient de la force normative. La souplesse se rigidifie sur le gradient de la force normative. La croissance de la force normative se traduit par un phénomène de densification normative.

Les recommandations prudentielles sont des normes au sens large⁶⁶⁰ du terme mais pas au sens strict⁶⁶¹. La recommandation est une norme technique peu dense donc faible en normativité car elle est une expression du droit souple. Là est la cause de tous ses tourments.

Son exclusion du domaine des normes, au sens strict, est autant issu d'un choix des acteurs de la régulation qui les émettent (1) que de ses caractères intrinsèques (2).

1. L'exclusion par les acteurs

157. La volonté. – Le réseau de la régulation retire un intérêt à ce que la recommandation prudentielle ne soit pas une norme, pas une norme au sens strict. La recommandation prudentielle peut être tout de même vue comme une norme juridique au sens large⁶⁶², comme elle serait en ce sens une norme prudentielle au sens générique.

yeux » pour les banques, qui suppose que celles-ci non seulement un Président mais aussi un directeur général), un contrôle de la moralité des dirigeants etc. ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/supervision/>

⁶⁵⁸ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 14 janv. 2016 : « La "Régulation" se définit comme la mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel. Elle se rattache donc à une théorie libérale puisque le principe de concurrence y est toujours présent. Mais, elle suppose qu'il ne suffit pas à l'organisation complète et suffisante d'un marché, d'un secteur ou d'une filière ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/regulation/>

⁶⁵⁹ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 19, n° 8 : « Elle permet une appréhension plus souple du droit, par le modèle et par degrés ».

⁶⁶⁰ F. TERRÉ, « Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique » in *Pitié pour les juristes*, *RTD civ.* 2002.247, spéc. p. 248, 1^{re} col.

⁶⁶¹ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 74.

⁶⁶² V. J.-L. AUBERT, « La notion de coercition inhérente au Droit », in *Introduction au Droit*, Armand Colin, 1984, p. 20 : « toute règle, morale, religieuse ou autre a vocation à devenir juridique : il lui suffit pour cela d'être rendue obligatoire et sanctionnée par l'État ». Rapp. D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 74 : « conception maximaliste ».

La recommandation est une appréciation alors que la norme prudentielle est une obligation douée d'un caractère impératif dans son exécution. La ligne de démarcation est mince et poreuse. La tâche de poser une limite est ardue car ce sont les autorités étatiques de la régulation⁶⁶³ qui contribuent à la formation des recommandations prudentielles au niveau international.

Les négociations aboutissent à l'émission d'une recommandation qui appartient au droit souple pour pouvoir être mieux acceptée par les autorités qui imposent des normes, autorités européennes dans une certaine mesure et législateur. Les normes n'ont pas le même auteur. En effet, elles ne sont pas édictées par le régulateur mais par le législateur. Le passage par le droit souple et l'amoncellement technique permette à l'auteur légitime des normes prudentielles c'est-à-dire le législateur.

Par ailleurs, les recommandations prudentielles sont des instruments empiriques, par conséquent, le mythe de la norme qui impose sans sourciller vacillerait. Cela est sans compter le délicat problème de l'ubiquité des recommandations.

158. L'ubiquité. – En outre, les recommandations prudentielles sont omniprésentes. Elles couvrent dans tous les sujets, toutes les activités, toutes les professions de la banque et des marchés financiers.

La limite diaphane entre recommandation et norme n'est pas intuitive. La facilité voudrait que la conception maximaliste soit retenue, il n'y aurait que des normes prudentielles. Toutefois, entre les Accords de Bâle III et un communiqué de presse d'un régulateur national, cette admission confine à un relativisme peu satisfaisant et trompeur. Le relativisme conduit à des pérégrinations telle que la phrase précédente et qui manque cruellement de réalisme.

De plus, une norme s'entend souvent comme un point de comparaison entre une ligne à suivre et sa transgression. Face à une recommandation prudentielle, il n'y a pas de possibilité de comparaison⁶⁶⁴, leur effet variable⁶⁶⁵ et leur ubiquité empêche de pouvoir réaliser de telles comparaisons. Le droit flou nuit par son manque de précision à cette comparabilité. Cela exclut donc les recommandations supra-étatiques. De même, les recommandations prudentielles infra-étatiques sont exclues puisqu'elles ne sont pas non plus contraignantes.

⁶⁶³ Ex. le Gouverneur de la Banque de France, Président de l'ACPR siège au *board* des Gouverneurs du Comité de Bâle.

⁶⁶⁴ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V^o « Norme » : « Au sens le plus général, une norme est un terme de comparaison ».

⁶⁶⁵ *Ibid.* : « Dans toutes les hypothèses, elle permet de juger la conformité d'une chose par rapport à une autre, qu'il s'agisse d'objets, d'événements ou de comportements ou d'opérations, que ces événements de comportements ou d'opérations, que ces événements produisent nécessairement ou qu'il s'agisse d'une régularité statistique ou enfin d'une action contingente ».

2. L'exclusion intrinsèque

159. Le volume. – Les auteurs de la recommandation prudentielle l'excluent de la qualification de norme, mais elle s'exclue aussi elle-même. L'exclusion amène à s'interroger sur la nature de la norme⁶⁶⁶ et notamment si la norme est permissive à un volume considérable de textes. La question de la prolifération des règles techniques comme celle des normes est importante. L'ubiquité est une question de localisation, or le volume est une question quantitative. Admettre que toutes les recommandations sont des normes prudentielles reviendrait à intégrer dans le domaine des normes au sens restreint une masse pléthorique de dispositions juridiques qualifiées de normes. De plus, le volume de normes serait tel qu'il existerait des redondances. En effet, par exemple les Accords de Bâle⁶⁶⁷, les directives et règlements européens⁶⁶⁸ et les transpositions en droit interne⁶⁶⁹ seraient tous

⁶⁶⁶ V. Ph. JESTAZ, *Le droit, op. cit.*, p. 25 : « Selon Durkheim, la sanction permet de distinguer le droit de ce qu'il appelle la morale sociale (nous dirions aujourd'hui la norme sociale ou la règle de mœurs) ». L'interrogation sur la notion de droit souple amène à un questionnement sur l'appartenance de ces règles au droit. Il est lancinant mais le garder à l'esprit confère une distance quant à la place de ce droit souple bancaire et financier. La conception de Durkheim de la morale de la place financière est pour partie vraie. Pour partie seulement ce droit a une dimension morale, pas plus que le reste du droit toutefois. Le droit souple se comprend comme une entrée en matière et non comme une alternative au droit classique.

⁶⁶⁷ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Basel III : A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Bâle, Comité de Bâle, 16 déc. 2010, 77 p.

⁶⁶⁸ Règlement CRR : PE et Cons. (UE), règl. n° 575/2013, 26 juin 2013, concernant les exigences prudentielles aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 : JOUE n° L 176, 27 juin 2013.

Directive CRD IV : PE et Cons. UE, dir. 2013/36/UE, 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE : JOUE n° L 176, 27 juin 2013.

⁶⁶⁹ Transposition du paquet « CRR/CRD IV » en droit français : Ord. n° 2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière JORF n° 0044 du 21 févr. 2014 p. 3022 texte n° 5 ; Décr. n° 2014-1315 du 3 nov. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière et relatif aux sociétés de financement : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18575 texte n° 7 ; Décr. n° 2014-1316 du 3 nov. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière et relatif aux sociétés de financement : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18590 texte n° 8 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif à la surveillance complémentaire des conglomerats financiers : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18593 texte n° 9 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif au 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 : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18598 texte n° 10 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif aux coussins de fonds propres des prestataires de services bancaires et des entreprises d'investissement autres que des sociétés de gestion de portefeuille : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18615 texte n° 11 ; Arr. du 3 nov. 2014 modifiant l'arrêté du 5 mai 2009 relatif à l'identification, la mesure, la gestion et le contrôle du risque de liquidité : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18622 texte n° 12 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif à la surveillance prudentielle sur base consolidée : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 page 18624 texte n° 13 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif à l'agrément des établissements de crédit, des sociétés de financement, des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18625 texte n° 14 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif au processus de surveillance prudentielle et d'évaluation des risques des prestataires de services bancaires et des entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18626 texte n° 15 ; Arr. du 3 nov. 2014 relatif au 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 : JORF n° 0256 du 5 nov. 2014 p. 18598 texte n° 10.

des normes qui se répèteraient. Ceci serait d'une inutilité certaine et d'une grande fatuité de la part du législateur et de la Direction générale du Trésor qui rédige les ordonnances.

160. Le mécanisme. – Dans un de ses ouvrages, M. le Recteur Bernard Beignier use d'une formule très intéressante. Il pose le problème de façon directe par l'interrogation : « Vraies ou fausses lois ? »⁶⁷⁰. La grille pose un diagnostic qui permet une étape décisive de la présente démonstration.

Le périmètre normatif restreint présente une première limite avec la règle de droit pas normative. Il considère que « la première (limite) est qu'une loi peut ne pas être une vraie loi »⁶⁷¹. Il poursuit qu'il s'agit d'un « acte législatif mais elle ne contient aucune règle de droit générale et abstraite »⁶⁷². Ce point est intéressant pour la discussion sur le point de savoir si la recommandation prudentielle est une norme véritable ou une règle technique. Il peut être admis qu'elle soit prise comme tel au sens formel mais pas au sens matériel. Mais cette limite est tangente et ne permet pas d'exclure une bonne fois pour toutes les recommandations prudentielles de l'espace des normes.

Sa troisième limite⁶⁷³ part du constat que les motifs de la loi qui ne sont pas toujours normatifs. Pour poursuivre le parallèle avec la recommandation, celle-ci est certes verbeuse, déclarative mais il en va de même pour la norme prudentielle au sens strict. Donc cette limite non plus n'est pas discriminante pour les recommandations.

La deuxième limite qu'il trace⁶⁷⁴ consiste à repérer des règles de droit sans véritable prescription juridique effective et immédiate. Là, la recommandation prudentielle telle qu'elle a été décrite dans le paragraphe précédent sort du périmètre de la norme. Elle n'est pas une prescription mais un guide, elle n'est pas effective car il faut la transcrire par transposition notamment et elle n'est pas non plus immédiate dans la mesure où la transcription prend plusieurs années entre la recommandation donc une recommandation internationale ou même professionnelle n'est pas toujours immédiate.

La démonstration s'achève avec une double condition introduite dans les travaux de M. le Professeur Philippe Jestaz⁶⁷⁵. La réunion de deux conditions, précision et contrainte, permet de repérer une norme prudentielle au sens plein. Soit le degré de précision est trop faible car il s'agit d'une orientation générale donc du droit flou ou bien si elle est précise, il n'y a pas toujours de juge car le juge administratif n'accueille le recours pour excès de pouvoir qu'à la condition où l'acte de droit souple contient une norme non contenue dans les lois ou les règlements⁶⁷⁶.

La recommandation prudentielle n'appartient pas aux normes mais à un corps propre.

⁶⁷⁰ V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 23, n° 11.

⁶⁷¹ *Ibid. ead loc.*

⁶⁷² *Ibid. ead loc.*

⁶⁷³ *Ibid ead loc.*

⁶⁷⁴ *Ibid ead loc.*

⁶⁷⁵ V. Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du Droit », *D.* 1986, p. 198 : « la règle juridique serait (...) digne de porter son nom à la double condition [... de revêtir] un caractère de précision suffisant pour qu'un plaideur puisse formuler une prétention sur son fondement [...] et] qu'il existe virtuellement un juge pour faire droit à cette prétention, fût-ce d'une manière que l'on dit à tort symbolique ».

⁶⁷⁶ V. CÉ 9^e et 10^e ch. réunies, 20 juin 2016, *SCP Piwnica c/ FFSA*, n° 384297, considérant 4.

B. La régulprévision

161. La recommandation prudentielle dispose d'une faible normativité. Elle n'est pas une norme au sens classique. Elle appartient pourtant à un ensemble plus vaste qui s'étend.

Les recommandations prudentielles enflent hors du cercle des normes car elles n'en possèdent pas l'autorité. Pourtant les recommandations s'agrègent dans un corps complexe et inédit. Il s'agit d'une législation des recommandations prudentielles. Ce corps assure la prévision et appartient à la régulation. Il prend le nom de *regulprévision*⁶⁷⁷ sur une élaboration semblable à la légisprudence⁶⁷⁸.

La *regulprévision* s'érige tout d'abord en régulation prédictive (1), ensuite en régulation visionnaire (2).

1. La régulation prédictive

162. Les positions. – Les recommandations prudentielles ne posent, ni ne répondent à la question du pourquoi réguler. Elles ne sont que le jaillissement du comment réguler. Le pourquoi réguler est évacué et les causes de la régulation sont remplacées par une méthodologie⁶⁷⁹.

Le flux d'émission des recommandations prudentielles permet au secteur bancaire et financier de se placer en fonction des dispositions qu'elles contiennent. En effet, comme elles ne sont pas effectives les recommandations sont des positions prises par les organismes informels et les régulateurs ou par les organismes professionnels. Ils ne lient pas les émetteurs et n'imposent rien aux destinataires. Leur faiblesse normative nuit à ce qu'elles soient autre chose qu'une simple position de leur auteur.

163. Les rapports. – Les recommandations se basent sur des rapports ponctuels ou périodiques. Ces derniers décrivent la situation de la finance sans donner les causes des situations qu'ils proposent de traiter. Cette assertion ne souffre que de rares exceptions⁶⁸⁰. Les recommandations sont orientées

⁶⁷⁷ Néol. de régulation et de prévision. Rappr. *infra* note suivante.

⁶⁷⁸ V. Th. REVET, « La légisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : Liber amicorum*, Mélanges, Répertoire Defrénois, 2005, p. 377. Ce mémoire contient quelques néologismes tels que la *lex technica* et maintenant la *regulprévision*. Beaucoup de travaux abordent la norme prudentielle mais non de façon frontale. A l'exception de l'article du Professeur Thierry Bonneau, aucune publication ne traite de cette notion juridique de façon directe. Les néologies ne tiennent pas à une imagination débridée. Cependant, la norme prudentielle est omniprésente dans le secteur bancaire et financier. De plus, elle s'avère d'une complexité conceptuelle qui contraint parfois à innover sur le plan linguistique, non par vanité mais par nécessité.

Rappr. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, p. 144 : « Ce sont des constructions nouvelles – des néologies – et par leur sens, puisque la fabrication linguistique répond à la nécessité de nommer une chose nouvelle, et par leur forme puisque celle-ci n'a pas pour antécédent, dans la langue exploitée, une forme qui existait globalement à l'état d'entité linguistique ».

⁶⁷⁹ V. Partie 1, Titre 1 sur l'édiction des normes prudentielles.

⁶⁸⁰ Ex. J. DE LAROSIÈRE, « The High-Level Group on Financial Supervision in the EU Report », Brussels, 25 févr. 2009. Ce rapport est remarquable de maîtrise des causes des dysfonctionnements multiples de la procédure d'édiction de la « législation » communautaire.

par les rapports⁶⁸¹ et présentent le même caractère prédictif. Elles sont un corps non seulement prédictif mais encore visionnaire.

2. La régulation visionnaire

164. La régulation en silo. – Il existe deux modes de régulation contenus dans les recommandations prudentielles qui s’observent ensuite dans les textes supranationaux puis dans les normes. La régulation en silo consiste à édicter des normes techniques secteur par secteur au sein de la banque et des marchés financiers. Ce mode de régulation permet de partir d’un texte à faible normativité et de monter en puissance dans la normativité par type d’activités. La régulation en silo se perçoit très bien au niveau du droit communautaire. Les organismes de placement collectifs en valeur mobilières sont encadrés par la directive OPCVM 4⁶⁸² et bientôt 5, les autres organismes de placement par le règlement AIFM⁶⁸³, les marchés de gré à gré par le règlement EMIR⁶⁸⁴, les titres de créance par MIF 2⁶⁸⁵, les contrats d’assurance par IMD 2⁶⁸⁶. Le catalogue de textes pourrait être poursuivi mais les textes européens permettent de bien repérer quel texte correspond à quel secteur de la finance.

165. La régulation transversale. – Le second mode de régulation permet d’avoir une vision d’ensemble non pas compartimentée par secteur. La régulation se conçoit cette fois-ci de manière transverse dans une optique transectorielle. Les textes recourent les silos. Ces textes sont moins nombreux et ils complètent le maillage réglementaire. Le meilleur exemple de ce type de régulation est le règlement PRIIPs⁶⁸⁷. La conséquence des normes techniques transversales, est une aptitude à être imposée en supplément des textes sectoriels. Ainsi, le règlement PRIIPs pourrait par exemple s’ajouter aux règles de la directive OPCVM 4 ou celles de IMD 2. Les textes suscités sont pour partie des

⁶⁸¹ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 14 : « La norme prudentielle est extra-étatique car elle prend son origine dans des travaux et rapports internationaux ».

⁶⁸² Directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juill. 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions, JOUE : n° L 257/186, 28 août 2014.

⁶⁸³ Règlement délégué (UE) n° 694/2014 de la Commission du 17 déc. 2013 complétant la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les normes techniques de réglementation déterminant des types de gestionnaires de fonds d’investissement alternatifs, JOUE : n° L 183/18, 24 juin 2014.

⁶⁸⁴ Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, JOUE : n° L 201/1, 27 juill. 2012.

⁶⁸⁵ MIFID : Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d’instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE : n° L 173/349, 12 juin 2014 ;

MIFIR : Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d’instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE : n° L 173/84, 12 juin 2014.

⁶⁸⁶ Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janv. 2016 sur la distribution d’assurances (refonte), JOUE : n° L 26/19, 2 févr. 2016.

⁶⁸⁷ Règlement (UE) n° 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 nov. 2014 sur les documents d’informations clés relatifs aux produits d’investissement packagés de détail et fondés sur l’assurance : JOUE n° L 352/1, 9 déc. 2014.

normes prudentielles, les règlements et dans un état intermédiaire avec les directives. Elle jette les bases du maillage de la régulation. Les recommandations régulatrices en silo et transversale font œuvre de spontanéité normative.

§2. La spontanéité normative

166. La recommandation prudentielle appartient au droit au droit souple. Elle dégage une faible normativité. Un autre trait s'ajoute à la faiblesse, la spontanéité normative.

La recommandation est une norme au sens large mais pas au sens strict. En effet, elle n'a pas atteint un seuil de normativité⁶⁸⁸ suffisant et car elle appartient au droit spontané⁶⁸⁹.

La spontanéité normative s'établit dans un premier temps sur un consensualisme (A), elle procède dans un second temps par pragmatisme (B).

A. Le consensualisme

167. Remonter aux causes de la faiblesse normative conduit à la question de la spontanéité.

La recommandation fait l'objet d'un consensus⁶⁹⁰ important pour sur les marchés financiers. Ce besoin d'adoubement de la recommandation par la place financière est propre aux recommandations prudentielles et témoigne une fois de plus de l'horizontalité⁶⁹¹ de la méthode légistique.

Le principe contractuel du consensualisme⁶⁹² se transpose au droit bancaire et financier à travers la concertation (1) et l'adhésion (2) nécessaires à la mise en place de nouvelles normes techniques.

⁶⁸⁸ D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 194 : « Tout l'intérêt de la *soft law*, de la recommandation, du conseil, de l'incitation réside d'ailleurs dans le fait qu'ils n'interdisent précisément pas, qu'ils ne produisent pas d'obligation ou de prohibition inconditionnelle et que, pour cette raison, ils ne donnent lieu à aucune possibilité d'évaluation en termes de légalité ou d'illégalité ». Cette absence d'évaluation est en train d'être peu à peu battue en brèche mais demeure encore vraie pour l'essentiel.

⁶⁸⁹ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, n° 430 : « le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins ». Rappr. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 17.

⁶⁹⁰ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Consensus », sens 2 : « Accord informel proche de l'unanimité ; convergence générale des opinions (au sein d'un groupe ou dans l'opinion publique), par ex. en faveur d'une politique, d'une candidature, d'une réforme ; assentiment tacite quasi général ».

⁶⁹¹ V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 112 : « Or il est caractéristique pour notre propos que le marché soit précisément une organisation en réseau, dépourvu de centre et de sommet (mais non de pouvoir et de rapports de force, et que les relations qui s'établissent entre les opérateurs prennent la forme horizontale de rapports contractuels ». Elle se poursuit dans les relations avec les autorités de régulation et de supervision qui tombées de la pyramide sur laquelle était perché le législateur se retrouvent au milieu du vulgaire. Le surplomb de la majesté ne leur est plus acquis et ils perdent du même coup la légitimité et la puissance d'imposer. En conséquence, les réseaux de la régulation requièrent le consentement ou l'approbation des réseaux de praticiens.

⁶⁹² V. *Vocabulaire juridique*. V° « Consensualisme » : « Principe (lui-même découlant de l'autonomie de la volonté) en vertu duquel, sauf exception, tous les actes juridiques sont consensuels ».

1. La concertation

168. La préparation. – La concertation, sa nécessité et son intérêt, permettent de comprendre la raison de la mise en place, en aval, de la comitologie. Les « mécanismes de coopération »⁶⁹³ sont puissants et s'exercent à tous les niveaux. Le Comité de Bâle, le FSB, les régulateurs et superviseurs européens et nationaux y ont recours avec régularité pour recueillir l'avis des praticiens et des organismes professionnels. Les influenceurs prennent part à ces consultations pour relayer les positions des principaux opérateurs.

169. La volonté particulière. – Le consentement donné par la place financière aux nouvelles recommandations prudentielles témoigne d'une volonté particulière. Elle diffère de la volonté de cocontractants dans la théorie générale des contrats. Il ne suffit pas de concerter et de recueillir quelques consentements. La volonté doit être franche et massive sur l'essentiel des dispositifs de régulation présenté et surtout sur les moyens de mise en œuvre des nouvelles recommandations prudentielles.

Il n'est pas question d'un consentement de la place mais de son assentiment, nuance notable. La sanction au sens classique est absente, la coercition, c'est-à-dire le pouvoir de contrainte dans l'exécution des recommandations, est tenue donc sans l'aval des réseaux professionnels. Ce point est très visible dans les délais de mise en œuvre⁶⁹⁴ des textes européens, en particulier des directives.

Les directives ne sont pas des pures recommandations prudentielles mais ne sont pas non plus des normes prudentielles à proprement parler. Elles sont une étape intermédiaire proche de la conversion en norme prudentielle.

⁶⁹³ A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010, p. 1205, n° 1605.

⁶⁹⁴ Calendrier initial : M. BARNIER, « More transparent and safer financial markets: European Commission welcomes European Parliament vote on updated rules for Markets in Financial Instruments (MiFID II) » [en ligne], Site officiel, *Commission européenne*, 15 apr. 2014.

Site Commission européenne : http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-129_fr.htm

Calendrier révisé : AMF, « MIF 2 : Textes applicables » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 20 avr. 2016 : « Les textes en vigueur prévoient une date limite de transposition au 3 juillet 2016 et une entrée en application le 3 janvier 2017. La Commission européenne a adopté le 10 février 2016 une proposition de modification de MiFID 2 et de MiFIR, en ce qui concerne certaines échéances. Il est principalement proposé de décaler d'un an l'entrée en application des mesures soit, pour le principal, au 3 janvier 2018 ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Marches-financiers-et-infrastructures/De-MIF-1-a-MIF-2/Les-mesures-d-application-de-MIF-2.html/>.

Rapport. « MIF 2 : le report d'un an confirmé » [en ligne], *Revue Banque*, n° 794, 26 févr. 2016, consulté le 27 avr. 2016 : « défi technique exceptionnel »

Site Revue Banque : <http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/breve/mif-2-report-un-confirme>.

2. L'adhésion

170. L'assentiment majoritaire. – La concertation, les consultations sont le premier pas dans cette recherche de consensus. L'adhésion⁶⁹⁵ de la place financière est la seconde. L'adhésion⁶⁹⁶ des praticiens permet de bannir une erreur. Penser que les sujets respectent les règles seulement car elles sont assorties de sanctions est faux, preuve en est dans la constitution des recommandations prudentielles.

La sanction n'est pas la source de la règle mais sa conséquence ultime et paroxystique. Le droit mou montre que la sanction n'est pas déterminante. En l'absence de sanction et de coercition, les sujets de droit doivent être amenés à adhérer au contenu et aux modalités de la recommandation prudentielle.

171. Le consentement progressif. – L'adhésion est un processus progressif d'émission du consentement. L'intervention des opérateurs⁶⁹⁷ pousserait les partisans les plus orthodoxes d'un droit rigide à pousser des cris d'orfraie mais le secteur financier repose sur l'idée de confiance. Sans elle, l'activité financière ne peut prospérer. Or, la finalité de la régulation n'est pas de briser l'émulation des marchés.

L'adhésion des acteurs professionnels dénote le pragmatisme de la technique d'encadrement.

B. Le pragmatisme

172. La spontanéité normative ou la nouvelle coutume sur laquelle se dressent les recommandations prudentielles : « se dégage »⁶⁹⁸ « sans avoir été imposé et sans volonté délibérée »⁶⁹⁹.

Cette exhalaison confère à la recommandation son extensivité du fait de sa faible normativité.

Le pragmatisme articule les besoins de recommandations (1) au sein du secteur financier (2).

1. Le besoin

173. L'accoutumance. – La production impétueuse de recommandations fait naître une forme d'accoutumance des opérateurs qui se plient à ces circuits d'élaboration des règles techniques. Les réseaux se sont familiarisés avec cette méthodologie d'émission des recommandations où ils interviennent beaucoup. M. le Professeur Alain Sériaux tire le voile sur une caractéristique du marché

⁶⁹⁵ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 34, n° 30 : « Le droit souple veut utiliser le ressort de l'incitation et de l'adhésion, en vue d'obtenir les conduites par la douceur et non par la punition ».

⁶⁹⁶ V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, op. cit., p. 47 : « Son succès tient aussi à ce que, dans certains domaines (ainsi pour les phénomènes émergents), l'incitation suscite davantage l'adhésion que la contrainte ».

⁶⁹⁷ A. COURET et al., op. cit., p. 1205, n° 1605 : « la régulation implique les acteurs économiques [...] à l'élaboration des règles gouvernant leur activités ».

⁶⁹⁸ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, op. cit., n° 430.

⁶⁹⁹ *Ibid. ead loc.*

qui explique cette bienveillance des opérateurs : « L'art du négociateur consiste alors dans le fait d'anticiper les besoins d'autrui »⁷⁰⁰. Les praticiens voient dans ce mode de formation des recommandations prudentielles une opportunité de mener une action presque diplomatique⁷⁰¹ dans la négociation⁷⁰² des règles qui leur seront appliquées sous forme de normes.

174. La dépendance. – L'accoutumance mute en dépendance car la recommandation prudentielle ne cesse d'étendre ses ramifications. Les derniers bastions⁷⁰³ non encore placés sous l'empire des recommandations seront absorbés dans la prolifération extensive des recommandations. A terme toutes les activités, professions, investissements, contrats, techniques financières et documentation seront englobés dans la sphère dure des normes ou souple des recommandations prudentielles.

2. Le besoin sectoriel

175. Le systématisme. – Le droit souple développe avec un dynamisme qu'il n'est pas question de nier. Le Conseil d'État dans sa cruciale étude de 2013 a formulé une fiche⁷⁰⁴ d'utilisation du droit souple dans le domaine de la finance. Le droit souple est déjà utilisé dans la rédaction des contrats-types en matière de *credit default swap* (CDS). Ces contrats financiers reposent sur la notion d'événement de crédit⁷⁰⁵. L'amélioration de leur liquidité a pour origine ces contrats standardisés sous l'égide de l'ISDA⁷⁰⁶. Cette association de droit américain a recouru au droit souple pour mettre en place ces contrats-types. « Le droit souple s'est donc imposé dans ce domaine afin de standardiser ces contrats dans des « contrats-types » qui ont pour but de réguler les échanges de produits dérivés en déterminant par exemple l'existence ou non d'un événement de crédit »⁷⁰⁷. Ils stipulent ce qu'est l'événement de crédit, objet du contrat et renvoient à un comité décidant à une majorité de 80 % si

⁷⁰⁰ A. SÉRIAUX, *Le Droit : Une introduction*, Ellipses Marketing, 1997, p. 107, n° 123.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 108, n° 124 : « Les rites de négociation ».

⁷⁰² CÉ, « Etude annuelle 2013 : “Le droit souple” - Propositions » [en ligne], Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, Proposition n° 25, p. 6 : « Faire de l'influence dans certains lieux bien sélectionnés de la production de normes internationales de droit souple en priorité de la politique extérieure de la France ».

Site Conseil d'État : http://www.conseil-etat.fr/content/download/3597/10819/version/1/file/droit_souple_4-propositions_021013.pdf.

⁷⁰³ S. GAUVENT, « Les chambres de compensation au carrefour des risques », *Revue Banque*, n° 791, 28 déc. 2015 : « Face au dysfonctionnement du marché des dérivés, le G20 a décidé en 2009 de confier aux chambres de compensation le soin de gérer le système de sécurité lié à ces produits financiers ». Rapp. M. BAYLE, « Les CCP soupçonnées d'être sous-capitalisées », *Revue Banque*, n° 781, févr. 2015, p. 26 : « La réglementation en vigueur impose aux CCP de s'assurer qu'ensemble, les marges de couverture et le fonds de gestion des défauts couvrent près de 100 % des mouvements potentiels de marché, et permettent de couvrir les défauts potentiels des deux participants les plus importants, y compris dans une situation de très forte instabilité financière ».

⁷⁰⁴ CÉ, « Etude annuelle 2013 : “Le droit souple” - 7 fiches thématiques sur l'utilisation du droit souple dans 7 domaines significatifs » [en ligne], Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 9.

Site Conseil d'État : http://www.conseil-etat.fr/content/download/3597/10819/version/1/file/droit_souple_4-7fichesthematiques_021013.pdf.

⁷⁰⁵ V. H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 410, n° 794.

⁷⁰⁶ *International Swaps and Derivatives Association*

⁷⁰⁷ CÉ, « Etude annuelle 2013 : “Le droit souple” - 7 fiches thématiques sur l'utilisation du droit souple dans 7 domaines significatifs » [en ligne], Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 9.

l'évènement est réalisé ou non. A défaut, un tribunal arbitral doit trancher⁷⁰⁸. Le droit souple permet de « garantir »⁷⁰⁹ que « les choix ne sont pas dictés par les intérêts d'une catégorie d'acteurs ayant intérêt »⁷¹⁰.

Le droit souple répond à un besoin et s'agrège au droit dur pour prendre son relai sur certaines questions opérationnelles où ce dernier serait inefficace. La complémentarité entre droits souple et rigide reflète celle entre recommandations et normes prudentielles.

176. La circonscription. – La systématisation du recours au droit souple est intéressante mais à la condition qu'elle ne soit circonscrite qu'à certaines matières notamment le droit bancaire avec les recommandations prudentielles. Dans le cas inverse, les normes perdraient de leur force comme le décrit si bien le concept de force normative⁷¹¹.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ C. THIBIERGE, *La force normative, op. cit.*, p. 182 : « En français, le mot a deux sens : droit mou et droit doux, ce qui pourrait suggérer que la faiblesse du droit, ou sa souplesse si l'on veut rester neutre, peut affecter soit la force obligatoire (l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou), soit la force contraignante (l'intensité des sanctions, entre dur et doux) ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

177. La prévoyance. – La recommandation est faible sur le gradient de la normativité. Les techniques créatrice et régulatrice ne permettent pas de distinguer normes et recommandations. La norme succède à la recommandation prudentielle. Elles se parent des mêmes éléments techniques. Une différence de texture les sépare. La recommandation prudentielle entre en jeu la première. Elle appartient au domaine du droit souple. Elle n'est pas douée de force obligatoire qui semble être le critère de distinction entre la recommandation et la norme. Cette différence n'est pas une différence de substance juridique mais elle est formelle. Pour être obligatoire, la recommandation doit être émise par une institution capable d'édicter des textes contraignants. Or, ceci est hors de portée des réseaux internationaux et professionnels.

178. La mutation. – De la diversité vers l'unicité feinte du droit dur⁷¹², une « échelle de normativité graduée »⁷¹³ permet de comprendre comment, sortie du non-droit, une règle technique passe par le droit souple avant d'être transfigurée en droit dur.

179. – Réservé.

⁷¹² V. Ph. JESTAZ, *Le droit, op. cit.*, p. 28 : « Le droit souple constitue un ensemble hétéroclite – mais à la vérité il en va de même du droit dur – et avec des appellations encore plus diverses ».

⁷¹³ CÉ, *Le droit souple - Résumé* [en ligne], Étude annuelle, Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 5.

CHAPITRE 2. LA CONVERSION EN NORME PRUDENTIELLE

180. La recommandation prudentielle anticipe⁷¹⁴ la norme prudentielle⁷¹⁵. La recommandation, compte tenu de sa souplesse normative, manque de densité et par voie de conséquence de force pour contraindre⁷¹⁶ les opérateurs économiques. Ils ne sont pas tenus d'adopter les règles techniques qu'elles contiennent. La seconde manifestation prudentielle revient sur les rives plus familières d'une normativité dure ou rigide. Elle prendrait le contrepied du droit souple pour ramener à des conceptions plus classiques.

Le passage de la recommandation à la norme prudentielle se conçoit comme la conversion de la même notion⁷¹⁷ au sein d'un continuum⁷¹⁸ par lequel elle est investie d'une force normative. La faiblesse normative abandonne⁷¹⁹ la norme prudentielle au moment exact où elle devient effective. Hasard de la chose, l'effectivité ne devient possible qu'après le passage de la frontière par l'entrée de la recommandation en droit interne. Le règlement européen, la loi ou les textes infra-légaux peuvent prétendre à cette appellation de norme prudentielle. La directive européenne, quant à elle, est placée dans une zone grise. Le mécanisme de conversion densifie et rigidifie la recommandation prudentielle. La norme prudentielle, norme au sens fort, a pour origine la compression d'une ou plusieurs recommandations prudentielles par le phénomène de densification normative (Section 1). Par conséquent, plus dense, la recommandation convertie en norme ne se dissocie plus d'une force normative qu'elle puise dans sa rigidité (Section 2).

⁷¹⁴ La distinction s'observe à deux égards : elle est d'abord chronologique, elle est ensuite dans la force normative. Rapp. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 35, n° 32 « La *soft law* joue ainsi souvent le rôle de la *hard law* ».

⁷¹⁵ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 4 : « la norme prudentielle n'en est pas une tant qu'elle demeure une règle émanant d'un organe non étatique, tant qu'elle n'est pas reprise par un État ».

⁷¹⁶ V. R. SACCO, art. préc., n° 11 : « Le juriste répète que la coutume se forme au moyen d'une longue répétition des comportements qui se conforment à elle : dès lors qu'elle est formée, elle oblige ». L'exactitude veut une articulation avec la thèse soutenue dans le titre précédent. En effet, il était question du caractère obligatoire de la coutume dans les points de passage pour la création des recommandations prudentielles. Or, le sujet s'avère différent puisqu'il est question du caractère obligatoire de la recommandation prudentielle. Si elle provient d'une élaboration multilatérale, obligatoire dans cette multi-latéralité c'est-à-dire cette concertation au sein des institutions et cercles internationaux, la recommandation prudentielle n'est en rien obligatoire c'est-à-dire contraignante pour les opérateurs bancaires et financiers.

⁷¹⁷ V. R. SACCO, art. préc., n° 11 : « Des éléments de droit muet peuvent également se mêler à des éléments de droit parlé ».

⁷¹⁸ V. J. RICHARD et L. CYTERMANN, « Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ? », *Dalloz Actualité*, 3 oct. 2013 : « continuum de normativité ».

⁷¹⁹ V. E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit Souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP. G.*, 21 oct. 2013, doct. 1116, n° 15 : « Il s'agit donc d'instrumentaliser le droit souple, d'en faire le complément servile et utile du droit dur, de profiter de ses vertus d'adaptabilité, de simplicité et de rapidité ».

SECTION 1. LA DENSIFICATION

181. Le mouvement central opérant la mue de la recommandation en norme prudentielle est désigné par le concept de densification normative⁷²⁰. Il définit le continuum par lequel une disposition de nature juridique se dote de sa force normative⁷²¹.

Les réseaux régulateurs recourent à la recommandation prudentielle, que la pratique créatrice soit ascendante ou descendante, pour forger la technique régulatrice. Les réseaux émettent des recommandations prudentielles, peu denses sur le plan normatif dans un souci de commodité et de simplicité procédurale. Par la densification⁷²², la recommandation transmet son contenu à la norme par un changement d'état⁷²³ juridique. Celle-ci porte la même technique d'encadrement avec plus de densité normative. A cet égard, la norme prudentielle possède un contenu prévisible. Il est presque identique à celui de la recommandation. Le gain de densité⁷²⁴ confère une force normative⁷²⁵ qui rend l'applicabilité⁷²⁶ de la norme possible.

La densification normative ne transforme pas la recommandation quant à son contenu technique, à cet égard, la norme prudentielle est prévisible (§1). La norme prudentielle gagne en force normative grâce à ce phénomène (§2).

§1. La prévisibilité normative

182. Les réseaux régulateurs recourent à la recommandation prudentielle que la pratique créatrice soit ascendante ou descendante pour forger la technique régulatrice. Les réseaux émettent des recommandations prudentielles, peu denses sur le plan normatif dans un souci de commodité et de simplicité procédurale. Par la densification, la recommandation transmet son contenu à la norme.

⁷²⁰ V. C. THIBIERGE et alii, *La densification normative : Découverte d'un processus*, éd. Mare et Martin, 2014. Rappr. C. THIBIERGE, « La densification normative - Découverte d'un processus », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 834 : « processus de montée en puissance de la normativité ».

⁷²¹ V. S. LEMAIRE, « Catherine THIBIERGE et alii, La force normative - naissance d'un concept. LGDJ-Bruylant, 2009, 891 pages », *RTD. civ.*, 2010, p. 179 : « Vient enfin la « Conclusion » de la recherche. C'est l'occasion pour Catherine Thibierge de présenter – de façon plus personnelle) ce que seraient les « trois pôles de la force normative » : la valeur normative ou « vocation de la norme à fournir de référence », la portée normative ou « fait de la norme de servir de référence » et la garantie normative ou « réaction potentielle et/ou effective du système juridique ».

⁷²² V. C. THIBIERGE, « La densification normative - Découverte d'un processus », art. préc. : « Se densifier, pour le droit ou pour une norme, c'est aussi gagner en force normative, étendre son domaine, saisir des objets plus diversifiés ou encore développer un contenu plus étoffé, plus précis ».

⁷²³ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 29, n° 24 : « Le propre d'une règle sociale est de pouvoir être violée – contrairement aux règles de la physique ».

⁷²⁴ V. C. THIBIERGE, « La densification normative - Découverte d'un processus », art. préc. : « Qu'elles soient quantitatives ou qualitatives, toutes les manifestations de la densification normative ont ainsi pour dénominateur commun le « plus de normativité » ».

⁷²⁵ V. S. LEMAIRE, « Catherine THIBIERGE et alii, La force normative - naissance d'un concept. LGDJ-Bruylant, 2009, 891 pages », art. préc. : « ce qui, en droit fait la force de la norme ».

⁷²⁶ Caractère obligatoire, caractère contraignant et sanction.

Celle-ci porte même technique d'encadrement avec plus de densité normative. La prévisibilité de contenu et l'applicabilité sont propres à la norme prudentielle.

La densification normative dissimule la transcription des recommandations prudentielles en normes (A). Sur cette identité pour une large part, la différence repose sur un formalisme propre aux normes (B).

A. La transcription

183. La norme prudentielle est prévisible⁷²⁷ dans la mesure où elle poursuit dans un autre état la recommandation.

La recommandation influe sur la norme, à tel point qu'il est possible de considérer la norme prudentielle comme la transcription en droit légiféré⁷²⁸ de la recommandation prudentielle.

Deux mécanismes sont mis en œuvre, celui de réception d'abord (1), d'adaptation ensuite (2).

1. La réception

184. La continuité. – La transposition des textes communautaires est leur mode de réception en droit interne. Elle procède en droit bancaire et financier par transcription. Il s'agit d'une différence formelle mais pas une altérité car il n'y a pas de césure. Le questionnement de savoir si la recommandation est ou non une norme⁷²⁹ est important. La recommandation prudentielle n'est pas une norme mais un glissement commence à se produire. M. le Professeur Thierry Bonneau qualifie ce glissement de « conception [...] bien extensive »⁷³⁰.

En l'état actuel du droit, la conversion de la recommandation en norme prudentielle revient au passage du « droit appréciatif »⁷³¹ au « droit impératif »⁷³². La recommandation, qui sert de guide vers une législation, est une norme appréciative alors que la norme prudentielle, qui s'impose aux opérateurs, est une norme impérative.

⁷²⁷ La thèse sous-tendue par la prévisibilité consiste à considérer que la lecture du droit interne c'est-à-dire des normes prudentielles revient à relire les mêmes textes que ceux des recommandations prudentielles. La différence se trouve dans la forme et l'effectivité mais non dans le fond.

⁷²⁸ V. Ph. JESTAZ, *Le droit, op. cit.*, p. 64 : « Ce qui est vrai, c'est qu'aujourd'hui, et depuis des siècles déjà, le droit légiféré est toujours écrit et qu'il l'est dès sa naissance ».

⁷²⁹ V. Th BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 5 : On peut d'ailleurs se demander si le concept de norme prudentielle ne couvre pas l'ensemble des principes, outils ou recommandations émanant de ces autorités et organismes.

⁷³⁰ *Ibid.* : « On pourrait hésiter à adopter une telle conception car elle paraît bien extensive ». Il est judicieux d'hésiter car la conception extensive est fautive.

⁷³¹ V. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010. V° « Normatif ».

⁷³² *Ibid.*

Les décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016⁷³³ donnent une preuve décisive dans la conduite de ce raisonnement. La contestation des actes de droit souple, auprès des juridictions, n'est permise que dans l'hypothèse où l'acte contesté est porteur de dispositions à caractère normatif. Elle est patente et manifeste dans la décision du 13 juillet 2016⁷³⁴ qui n'admet le recours qu'à la condition où les dispositions normatives ne sont pas déjà contenues dans la loi ou les règlements.

185. L'endossement. – Le continuum établi entre la recommandation et la norme prudentielle montre deux choses.

La première réside dans la ressemblance de la recommandation prudentielle à une norme. La recommandation prudentielle a l'air d'une norme, est rédigée comme une norme, encadre comme une norme mais elle n'est pas une norme. La barrière s'amenuise au fil du cheminement vers la norme prudentielle.

Les États endossent⁷³⁵ les recommandations prudentielles. La transposition des directives ou l'inscription du contenu des règlements dans les lois ou les textes infra-législatifs permet de donner force normative et effectivité à des recommandations qui n'en étaient pas douées. Les États-membres de l'UE reprennent le contenu des recommandations qu'ils versent dans les normes dont ils ont l'autorité d'édicter. Ne peuvent recevoir la qualification de norme prudentielle que les règlements communautaires⁷³⁶, les lois, les ordonnances, les décrets, les règlements, les arrêtés et les positions du régulateur⁷³⁷. La norme prudentielle est imposée par les autorités européennes ou par le législateur.

Le passage à la norme prudentielle est aussi un moment d'adaptation des recommandations prudentielles.

2. L'adaptation

186. L'adaptation au corpus. – La conversion des recommandations en normes prudentielles doit tenir compte d'un élément. Les nouvelles normes s'intègrent dans une réglementation préexistante.

L'adaptation ne procède pas par conciliation avec les textes anciens mais par abrogation intégrale et réécriture des textes en entier c'est-à-dire une refonte ou bien l'émission de textes nouveaux, au niveau

⁷³³ V. CÉ, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082, 368083 et 368084 et CÉ, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023.

⁷³⁴ V. CÉ Sect., 13 juill. 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150, Publié au recueil Lebon, considérant 6.

⁷³⁵ V. J.-M. SAUVÉ et S. LASVIGNES, « Guide de légistique » [en ligne], Site officiel, *Légifrance*, 8 janv. 2014 : « Il est utile et même nécessaire que le texte de transposition comporte la mention de la ou des directives qu'il a pour objet de transposer ».

Site Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/IV.-Regles-propres-a-certaines-categories-de-textes/4.1.-Textes-internationaux-et-de-l-Union-europeenne/4.1.3.-Redaction-des-textes-de-transposition-des-directives-de-l-Union-europeenne>

⁷³⁶ A cause de son effet direct.

⁷³⁷ Car elles sont l'interprétation officielle des textes législatifs et réglementaires du législateur.

des directives. En droit interne, l'organisation des lois codifiées est telle qu'il faille adopter des lois de transposition qui usent de la technique du renvoi pour insérer les modifications à apporter.

187. L'adaptation technique. – La conversion en norme prudentielle demande aussi la mise en place des mesures concrètes. Malgré la conversion, les normes prudentielles ne suffisent pas aux praticiens pour appliquer ces dispositifs d'une précision inégale.

La publication par l'AMF d'un guide d'application⁷³⁸ semble une illustration appropriée malgré les normes techniques, directives de niveau 3, et les lignes directrices, directives de niveau 4. Le législateur et le régulateur assurent une intelligibilité technique de ces normes prudentielles.

La prochaine adaptation de ce type sera sans doute la publication des informations sur la rédaction des KID⁷³⁹. PRIIPs est un règlement européen transectoriel⁷⁴⁰ par conséquent le détail sur la rédaction des Documents d'Information Clé (DIC ou KID)⁷⁴¹ a été publié par la Commission européenne elle-même puisqu'un règlement est une norme prudentielle.

B. Le formalisme

188. La norme prudentielle se perçoit telle une transcription de la recommandation prudentielle qui l'aurait affermie par le jeu de la densification normative⁷⁴² à l'œuvre.

La transcription s'entrevoyait aussi par le jeu du vecteur qui la contient, en général la loi. Or dans un État tel que la France, la loi présente des spécificités qui teintent la transcription.

Là encore deux mécanismes sont employés, non seulement un recours aux institutions (1), mais encore un recours aux instruments (2).

⁷³⁸ AMF, « Transposition de MIF 2 : l'AMF publie un guide pour accompagner les sociétés de gestion » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 16 mars 2016.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/Marches/Directive-MIF/Transposition-de-MIF2---l-AMF-publie-un-guide-pour-accompagner-les-societes-de-gestion.html/>.

⁷³⁹ Key Information Document (KID)

⁷⁴⁰ PRIIPs étant une nouvelle forme de régulation, se pose la question de connaître l'étendu de sa transversalité. L'enjeu pour les opérateurs est à ce stade de connaître les domaines non englobés par ce texte.

V. G. KOLIFRATH et G. PETROVA, « Règlement PRIIPs : un KID pour tous ? Tous pour un KID ? Quid des produits dérivés de gré à gré ? », *Revue Banque*, n° 801, 26 oct. 2016.

⁷⁴¹ ACPR, « Les nouvelles réglementations européennes : PRIIPs – DIA 2 » [en ligne], *Revue de l'ACPR*, n° 19, sept.-oct. 2014.

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/publications/revue-de-lacpr/revue-de-lacpr-n19-sommaire/protection-de-la-clientele/les-nouvelles-reglementations-europeennes-priips-dia-2.html>.

⁷⁴² C. THIBIERGE, « La densification normative - Découverte d'un processus », art. préc. : « capacité évolutive et d'une adaptabilité de la norme juridique et du droit ».

1. Le recours aux institutions

189. La nécessité. – Le recours aux institutions dotées du pouvoir de légiférer⁷⁴³ est une obligation que doit respecter la France dans la transposition des textes communautaires.

Toutefois, le législateur use d'une astuce pour éviter ce fastidieux travail de transposition et d'adaptation des textes. Le Parlement procède, de plus en plus, par ordonnance⁷⁴⁴ ce qui ne l'oblige plus qu'à prendre deux lois, une loi d'habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnance et une loi de ratification. De la sorte, ce sont les services de Bercy qui rédigent la loi sur le plan pratique. Cet artifice questionne la souveraineté française.

190. La souveraineté. – Cela montre à quel point la place de la loi en droit bancaire et financier est formelle⁷⁴⁵ mais aussi combien le passage par ce stade exprime la souveraineté des États-membres. La loi demeure un des quatre pouvoirs⁷⁴⁶ qui assure la souveraineté de l'État. Les trois autres pouvoirs quittent, peu à peu, la sphère étatique donc cela justifie la puissance symbolique de rédiger la loi. Symbolique seulement, puisque les dispositions sont conçues par des entités supranationales⁷⁴⁷. Cela rend le recours à la loi plus nécessaire pour les internaliser.

2. Le recours aux instruments

191. Le nœud légal. – La loi reste une source formelle. Elle prend corps comme le nœud⁷⁴⁸ entre le supranational, le national et l'infranational. La loi domine encore dans la mesure où elle appartient aux « sources parlées »⁷⁴⁹. Elle reste centrale en France compte tenu de la légitimité de son auteur⁷⁵⁰. Cette conjonction lui permet encore de rester au cœur de la mise en place des normes prudentielles nonobstant la création supranationale et le jeu du droit souple.

⁷⁴³ Constitution, art. 34.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, art. 38 : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

⁷⁴⁵ V. B. BRÉHIER, art. préc., n° 7 : « Ces institutions se sont imposées ces dernières années comme de véritables législateurs à l'échelle mondiale, dans le domaine bancaire et financier, malgré un statut très précaire et une absence de légitimité normative dans l'ordre juridique international. Dit autrement, ces institutions ont tous les attributs d'un législateur, sans en avoir la légalité formelle ».

⁷⁴⁶ Lever l'impôt, faire les lois, battre monnaie, décider de la paix et de la guerre.

⁷⁴⁷ V. J.-P. MATTOU, art. préc., n° 2 : « La supranationalité de certaines règles se caractérise par le fait que leur auteur agit en dehors du cadre d'une souveraineté nationale ».

⁷⁴⁸ V. B. BRÉHIER, art. préc., n° 7 : « Pour autant, la précarité de leur statut soulève bien des interrogations au regard des principes de souveraineté politique des États et plus simplement de hiérarchie des normes ».

⁷⁴⁹ R. SACCO, art. préc., n° 11 : « Nos droits positifs connaissent bien les sources parlées (les normes écrites, aux contenus et aux formes littéraires splendides, qu'ont élaborées le Parlement et le gouvernement) ».

⁷⁵⁰ V. H. SYNDET, « Rapport de synthèse », *RDBF*, n° 4, juill. 2015, n° 37 : « En définitive, la question-clé, pour l'appréciation de la légitimité de l'extraterritorialité, est celle de l'intérêt qui la sous-tend, confronté à celui des autres systèmes juridiques concernés ». L'auteur renverse le problème et évoque la légitimité du droit extranational à rejoindre le droit interne.

192. L’effectivité. – La loi demeure le texte effectif, de droit dur⁷⁵¹. La loi est générale et impersonnelle⁷⁵². Elle est précise à l’opposé du droit flou⁷⁵³. Elle est obligatoire à l’inverse du droit du droit doux⁷⁵⁴. Elle contraint, donc sa violation peut être sanctionnée au contraire du droit mou⁷⁵⁵. L’effectivité démarque les deux textures du droit et permet à la loi de survivre aux assauts venus de toute part grâce à sa force normative.

§2. La force normative

193. La densification normative assure le passage de l’état de recommandation prudentielle à celui de norme prudentielle. Le concept de densité normative explique ce passage entre deux états du droit différents, deux textures différentes⁷⁵⁶.

La transition entre la recommandation, faisant appel au droit souple, et la norme, faisant appel au « droit dur », se résume à une différence de force normative⁷⁵⁷. La recommandation n’en est que peu douée alors que la norme prudentielle affiche la même force normative que les normes⁷⁵⁸ régissant toutes les matières du droit. Elle devient l’une d’elles.

La force normative unit les normes prudentielles pour en faire un corps assimilable à une « législation régulatrice » (A). Ce corps de norme technique met en lumière un droit maximisé (B).

A. La régulation

194. La force normative est caractéristique de la norme prudentielle. Elle est un corps organisé et presque autonome au sein de la législation française.

⁷⁵¹ V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc. : « la conception d’un droit à textures multiples, plus ou moins dur, plus ou moins normatif ».

⁷⁵² V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY, et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 123, n° 102.

Rappr. PORTALIS, « Discours préliminaire », *Recueil Fenet*, t. I, 467 : « L’office de la loi est de fixer, par grande vues, les maximes générales du droit : d’établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ».

⁷⁵³ V. C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », art. préc. Fig. 2 : Illustration des trois facettes du droit souple.

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ P. DEUMIER, « Catherine Thibierge et *alii*, La densification normative, éd Mare et Martin, 2013, 1204p. »,

RTD. civ., 2014, p. 475 : « Cette analyse

prend d’abord la forme d’une synthèse des contributions, qui révèle l’infinie plasticité de la notion de densification normative, avant d’être celle de la conclusion, qui reconstruit un processus unique ».

⁷⁵⁷ Site La force normative : <https://forcenormative.sciencesconf.org>

⁷⁵⁸ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Norme » : « Historiquement, le terme *norma*, apparaît comme synonyme de *regula* dès l’Antiquité et semble avoir été utilisé en architecture (ou encore chez Vitruve) avant d’être métaphoriquement transposé en philosophie morale où on le trouve notamment dans les écrits de Cicéron »

La *régulation* est un emprunt à la jurisprudence⁷⁵⁹ dans sa construction syntaxique. Le droit devient une « discipline proprement ancillaire »⁷⁶⁰ de la régulation. Se met en place une « législation régulatrice ».

Elle se comporte autour d'une valeur (1) et présente une portée juridique (2).

1. La valeur

195. La vocation référentielle. – Les « forces créatrices du droit »⁷⁶¹ n'appartiennent pas au camp des normes prudentielles. L'invention, l'innovation, l'émulation juridique se trouve du côté des recommandations prudentielles. « Le droit souple est imbriqué avec le droit dur bien plus qu'il ne lui est opposé, et il est appréhendé par le juge »⁷⁶². *Régulation* vient de régulation et de législation. Ces deux mots paraissent contradictoires mais donnent à la législation relative à la régulation une qualité référentielle. La loi bancaire et financière sert de référence aux opérateurs. Ils puisent directement dans les textes supranationaux pour l'aspect technique ou dans la doctrine du régulateur. Ils se réfèrent aux normes prudentielles pour obtenir les adaptations et connaître les sanctions.

196. La légitimité référentielle. – La norme prudentielle offre un retour du réseau à la pyramide⁷⁶³. La *régulation* donne l'impression d'une verticalité et d'une autorité de la loi sur les sujets de droit alors que cela n'est qu'une façade. La *régulation* est un ordre de façade qui a une réalité matérielle, une réalité formelle mais une servilité. La loi est légitime dans sa forme mais elle n'est qu'une ombre au regard de son prestige ancien. « Le marché se substitue à la nation, s'impose à l'État, devient le droit : la loi du marché, faisant du droit une marchandise, aboutit au marché de la loi »⁷⁶⁴.

2. La portée

197. L'autorité. – L'obligation, la contrainte et la sanction⁷⁶⁵ en cas de transgression⁷⁶⁶ posent le débat difficile sur l'obligatorité de la recommandation⁷⁶⁷. Cette discussion est évacuée par nature

⁷⁵⁹ V. Th. REVET, « La jurisprudence », in A. DECOCQ (dir.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : Liber amicorum*, Mélanges, Répertoire Defrénois, 2005, p. 377.

⁷⁶⁰ M.A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Droit et marché* in Collectif, *Droit et esthétique*, Sirey, APD, t. 40, 1995, p. 286, n° 30.

⁷⁶¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

⁷⁶² CÉ, *Le droit souple - Résumé* [en ligne], Étude annuelle, Site officiel, *Conseil d'État*, 2013, p. 4.

⁷⁶³ F. OST et M. DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 11 : « Ordre politique centré sur l'État, puissance suprême dans l'ordre interne, figure souveraine dans les relations internationales ; ordre juridique fondé sur la norme, commandement impératif et unilatéral, s'imposant sous la menace de la contrainte ».

⁷⁶⁴ J.-A. MAZÈRES, « Le marché de la loi » in Collectif, *Droit et marché*, Sirey, APD, t. 40, 1995, p. 105, n° 123.

⁷⁶⁵ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 28, n° 22 et s.

lorsque le substantif « loi » apparaît. La loi est arbitraire et autoritaire⁷⁶⁸. En effet, la norme prudentielle est un arbitre car elle fixe une borne comportementale par une décision qui tranche entre les comportements des sujets de droit. Il y a les comportements conformes à la norme et ceux qui ne le sont pas. Le législateur dispose, par avance, qu'une situation donnant lieu à un contentieux devra être tranchée d'une certaine façon. Le caractère autoritaire⁷⁶⁹ de la loi suppose l'obéissance de tous car cette obéissance provient de la légitimité de la loi dans un État légicentriste comme la France.

198. La dissuasion. – La loi sert à imposer de manière coercitive et à dissuader, avant de sanctionner si cela est nécessaire. L'autorité⁷⁷⁰ de la loi n'est pas contestable. La non-observance des règles de droit souple constitue certes une atteinte à la réputation de l'opérateur mais ne peut faire l'objet d'une sanction du régulateur, d'une juridiction judiciaire ou administrative.

B. Le droit atrophié

199. Les normes prudentielles s'organisent en un corps de règles qui peut être désigné par le terme *régulation*. Cet ensemble tend à la mise en place d'une régulation comme le droit souple mais celui-ci y parvient par une effectivité.

L'effectivité du droit rigide le fait apparaître comme la maximisation du droit souple ou comme une atrophie de ce droit. Le droit rigide présente une effectivité mais il n'est pas indépendant.

La législation réglementaire est subordonnée aux apports venus du droit souple (1) et bien qu'il soit effectif le droit dur n'est pas à lui seul suffisant (2).

1. La subordination

200. L'entrée en vigueur. – Les grandes questions en matière de régulation n'apparaissent pas du jour au lendemain. La mise en place d'une régulation qu'elle soit sectorielle, c'est-à-dire en silo, ou transectorielle, c'est-à-dire transversale, prend plusieurs mois voire années. Toutefois, une fois les recommandations prudentielles adoptées par la négociation, il ne suffit pas de les transcrire en droit

⁷⁶⁶ V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, 4^e éd., Cours, LGDJ, 2014, p. 5 : « Pourtant l'identification de la règle de droit est fondamentale, car cette règle détermine des obligations et est de fait assortie d'une sanction ».

⁷⁶⁷ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 16 : « Mais quels que soient le suivi organisé et son effectivité, les standards proposés demeurent facultatifs et participent uniquement de la *soft law* ; ils seraient obligatoires si on considérait que les standards adoptés par les organismes et autorités étaient ceux des États qui y participent ».

⁷⁶⁸ V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 15, n° 7.

⁷⁶⁹ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 29, n° 24 et s.

⁷⁷⁰ V. B. BEIGNIER, C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 30, n° 27 : « plus seulement alors de s'interroger sur la *consistance* de la règle mais sur sa *valeur* ».

interne pour obtenir des normes prudentielles applicables⁷⁷¹. Le droit rigide se subordonne à l'entrée en application du droit souple. Ceci est une conséquence de l'enchaînement chronologique entre les deux.

Ainsi, un opérateur bancaire français doit appliquer des règles de calcul et de composition de ses fonds propres qu'au moment où entre en vigueur l'ordonnance⁷⁷² de transposition de la directive européenne⁷⁷³ qui reprend les éléments de la réglementation baloise⁷⁷⁴. Il s'est écoulé plus de trois ans entre l'émission de la recommandation prudentielle et l'ordonnance de transposition qui incarne le droit rigide doué d'effectivité.

201. La mise en œuvre. – L'atrophie de la *régulation* c'est-à-dire du corps des normes prudentielles ne s'arrête pas à une question de calendrier. Le droit interne joue un rôle d'éclaircissement et d'ultimes précisions pour l'applicabilité des normes prudentielles aux opérateurs. Avant d'appliquer une norme prudentielle, au niveau européen, il est indispensable que soient publiées les mesures de niveau 2⁷⁷⁵ des règlements. Ce sont essentiellement les Normes techniques réglementaires (NTR)⁷⁷⁶ et les Normes techniques d'exécution (NTE)⁷⁷⁷. De même, il faut que soient publiés les niveaux 3 et 4 pour les directives. Ceci est en cours pour la transposition du « paquet MIF 2 » par exemple.

2. L'insuffisance

202. Les régulateurs. – Le corps des normes prudentielles⁷⁷⁸ qui s'emploie à réguler les opérateurs n'est pas une législation classique. La *régulation* présente des traces d'atrophie. Ni le législateur, ni les services de l'administration centrale de l'économie et des finances, ni le juge ne jouent un rôle

⁷⁷¹ V. P. DEUMIER, « Catherine Thibierge et *alii*, La densification normative, éd Mare et Martin, 2013, 1204 p. », *RTD. civ.*, 2014, p. 475 : « La dynamique, en inscrivant le processus dans le temps, permet de tenir compte de cette action conjuguée de forces ».

⁷⁷² Ord. n° 2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JORF : n° 0044 du 21 févr. 2014 p. 3022 texte n° 5.

⁷⁷³ PE et Cons. UE, dir. 2013/36/UE, 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE : JOUE n° L 176, 27 juin 2013.

⁷⁷⁴ Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires, *Basel III : A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Bâle, Comité de Bâle, 16 déc. 2010, 77 p.

⁷⁷⁵ V. Commission européenne, « Mesures de niveau 2 » [en ligne], Site officiel, *Commission européenne*, 6 juin 2016 : « Lorsque les mesures de niveau 2 concernent des questions purement techniques et nécessitent la participation d'experts dans le domaine de la surveillance, il peut être prévu dans l'acte de base que ces mesures soient des normes techniques, qui se fondent sur des projets élaborés par les Autorités européennes de surveillance (AES) ».

Site Commission européenne : http://ec.europa.eu/finance/general-policy/level-2-measures/index_fr.htm

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ La conception extensive des normes prudentielles n'est donc pas retenue. Rapp. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc. n° 5 : « On pourrait hésiter à adopter une telle conception car elle paraît bien extensive ».

central. Ces acteurs sont incapables à eux seuls d'encadrer les banques et les marchés financiers de manière coordonnée avec les autres principales puissances économiques. Cette tâche incombe aux régulateurs.

Ils ont pour mission de compléter le droit dur par, à nouveau, du droit mou. Ils précisent, complètent, donnent des interprétations des lois. Le droit souple intervient ainsi en amont et en aval du droit rigide.

203. L'inflexibilité. – L'inflexibilité du droit rigide, l'antiphrase montre la complexité de l'exercice, appelle une régulation par d'autres méthodes que la rigidité qui est nécessaire mais insuffisante pour couvrir l'ensemble de la matière bancaire et financière. La transcription du droit souple en droit rigide, des recommandations aux normes, et l'inflexibilité de la législation réglementaire appelle quelques précisions cette texture rigide du droit.

SECTION 2. LA RIGIDITÉ

204. La densification normative⁷⁷⁹ enrichit la force normative de la recommandation prudentielle pour la convertir en norme prudentielle. La force normative conduit à coordonner l'ensemble des normes prudentielles applicables aux opérateurs économiques. Elle devient ainsi une législation spéciale, la *régulation*.

La *régulation* est marquée par une forme de rigidité, symétrique de la souplesse. La rigidité est le signe de l'ultime étape du processus d'acquisition de la normativité⁷⁸⁰. Elle est le corolaire de l'obligatorité. La norme prudentielle se situe du côté du « droit rigide »⁷⁸¹ sur le gradient de la densité normative⁷⁸². La rigidité réduit l'adaptabilité et l'efficacité⁷⁸³ de la norme. Elle pose des inconvénients mais permet de gagner l'obligatorité⁷⁸⁴ et en effectivité donc une forme de légitimité⁷⁸⁵.

La rigidité de la norme prudentielle s'étudie dans le domaine théorique (§1). Elle se ressent aussi dans des manifestations pratiques (§2).

§1. La rigidité théorique

205. La législation en matière bancaire et financière étatique⁷⁸⁶ est rigide. Sa normativité a atteint un seuil suffisant pour être une norme comparable à toutes celles du droit des affaires.

La rigidité s'exprime d'abord d'un point de vue théorique. Il s'agit d'un point commun entre les normes prudentielles et les normes au sens classique du terme.

La rigidité de la norme prudentielle sur le plan théorique se développe par sa dimension obligatoire (A) et par la possibilité de sanctionner sa violation (B).

⁷⁷⁹ V. C. THIBIERGE, « La densification normative, Découverte d'un processus », art. préc. : « Très au-delà de l'inflation législative, il donne à saisir une dynamique d'évolution du droit, mais aussi une tendance majeure de l'évolution normative des sociétés contemporaines ».

⁷⁸⁰ PORTALIS, *Discours préliminaire* : la loi « permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense ».

⁷⁸¹ Par opposition au droit souple. Le droit rigide est tout simplement le droit entendu dans son acception classique.

⁷⁸² *Ibid.* : « la dynamique du droit en mouvement, en train d'émerger et de « se densifier » ».

⁷⁸³ Un des critères du recours au droit souple est son efficacité car il invite les opérateurs à adhérer à la règle qui s'applique à eux.

⁷⁸⁴ V. C. THIBIERGE, « La densification normative, Découverte d'un processus », art. préc. : « acquiert une obligatorité, par intensification de sa force normative ».

⁷⁸⁵ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 131, n° 152 : « Elle représente les normes les normes d'un ordre juridique sous une forme hiérarchique : elles ne sont pas à égalité mais les unes au-dessus des autres, dans un rapport de normes supérieures à normes inférieures ».

⁷⁸⁶ V. E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit Souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP. G.*, 21 octobre 2013, doct. 1116, n° 15 : « Étatocentrisme ».

A. L'obligatorité

206. La rigidité s'exprime d'abord d'un point de vue théorique, comme pour toute norme. La norme prudentielle est obligatoire⁷⁸⁷. Elle tire son obligatorité du fait qu'elle présente les caractères classiques de la règle de droit. En tant que règle de droit formulée par une institution habilitée à produire des règles contraignantes, la norme prudentielle est imposée. La rigidité de la norme prudentielle sur le plan théorique se développe par ses caractères (1) et par la contrainte qu'elle exerce (2).

1. Les caractères

207. Générale, impersonnelle. – Ces critères cruciaux⁷⁸⁸ sont partagés avec la recommandation prudentielle qui appartient au droit souple. Tous les opérateurs de façon indistincte⁷⁸⁹. En revanche, les stress-tests sont destinés aux établissements systémiques, leur absence de généralité les exclut d'office du champ normatif, de même pour les agréments.

208. Permanente, stable. – D'autres critères sont partagés entre normes et recommandations prudentielles. La permanence et la stabilité⁷⁹⁰ cèdent en partie face à l'obsolescence programmée des recommandations et par ricochet des normes. Sur un laps de temps donné, les normes prudentielles sont considérées comme permanentes et stables.

Ces critères sont communs aux recommandations et aux normes prudentielles qui sont toutes des règles de droit. La différence n'est pas substantielle mais elle est formelle. Le législateur transmet une légitimité formelle aux normes prudentielles.

⁷⁸⁷ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 16 : « Mais quels que soient le suivi organisé et son effectivité, les standards proposés demeurent facultatifs et participent uniquement de la *soft law* ; ils seraient obligatoires si on considérait que les standards adoptés par les organismes et autorités étaient ceux des États qui y participent ».

⁷⁸⁸ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Norme » : « Mais c'est sans doute à Hans Kelsen que le terme doit d'être utilisé pour désigner un concept plus général que celui de « règle » ou de « loi », couvrant toutes les variétés d'obligations, de permissions ou d'interdictions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc.) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation ».

⁷⁸⁹ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 21, n° 12 : « La règle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits : elle s'adresse à tous, sans désigner quelqu'un en particulier ».

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 22, n° 13 : « Pour pouvoir aligner son comportement sur un modèle, encore faut-il que celui-ci présente une certaine permanence et stabilité permettant de s'y fier ».

2. La contrainte

209. De place. – La place financière exerce sur les opérateurs la même contrainte que dans le cadre des recommandations prudentielles. La transgression de la norme⁷⁹¹ entraîne la même réprobation de la place. La violation de la règle de droit⁷⁹² porte atteinte à la réputation de l'opérateur mais entraîne, en plus, des sanctions.

210. Des juridictions. – L'État a le monopole de la contrainte organisée, la différence entre la recommandation et la norme est formelle et non matérielle. La norme prudentielle a l'autorité de la loi et des textes infra-législatifs. La transgression d'une obligation appelle une sanction. La distinction se réalise autour de la notion de la possibilité de sanctionner la violation de la norme prudentielle.

B. La sanction

211. La norme prudentielle est obligatoire⁷⁹³, elle est donc contraignante. Son non-respect entraîne une sanction⁷⁹⁴. La norme prudentielle présente une complexité dans la sanction des opérateurs qui la viole.

La sanction de la norme prudentielle s'analyse sur deux axes, la qualité du sanctionnateur (1) et la coordination des sanctions (2).

1. Les sanctionneurs

212. Le régulateur. – Le régulateur peut infliger des sanctions aux opérateurs par le biais de la Commission des sanctions de l'AMF⁷⁹⁵ au terme d'une procédure d'enquête menée par ses services.

213. Les juridictions. – Deux juridictions sont compétentes pour accueillir les recours⁷⁹⁶ formés contre les décisions du régulateur. La Cour d'appel de Paris⁷⁹⁷ a la compétence de principe et la

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 29, n° 24 : « Le propre d'une règle sociale est de pouvoir être violée – contrairement aux règles de la physique ».

⁷⁹² *Ibid. ead loc.* : « Le propre d'une règle « de droit » est d'assortir cette violation d'une sanction ».

⁷⁹³ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 16 : « Mais quels que soient le suivi organisé et son effectivité, les standards proposés demeurent facultatifs et participent uniquement de la *soft law* ; ils seraient obligatoires si on considérait que les standards adoptés par les organismes et autorités étaient ceux des États qui y participent ».

⁷⁹⁴ V. C. MASCALA (dir.), *A propos de la sanction*, PUT1, 2008.

⁷⁹⁵ C. monét. fin., art. L. 621-15. et s.

⁷⁹⁶ C. monét. fin., art. L. 621-30 et s.

Rappr. AMF, « Les recours formés à l'encontre des décisions de la Commission des sanctions », Site officiel, AMF, avril 2013.

compétence d'exception, pour les professionnels⁷⁹⁸, est dévolue au Conseil d'État. La Cour d'appel est donc compétente pour les recours des non-professionnels.

Plusieurs sanctionneurs conduisent inmanquablement à une nécessaire coordination des sanctions.

2. La coordination des sanctions

214. La pluralité des poursuites. – La concurrence des ordres de juridiction est une question d'une grande délicatesse. Les délits boursiers commis sont des infractions à la fois financières et pénales. Sont compétents le juge répressif et la Commission des sanctions de l'AMF, le Conseil d'État en appel. Or, le principe *ne bis in idem*⁷⁹⁹ est une garantie pour le justiciable qui ne peut pas être sanctionné deux fois pour les mêmes faits.

215. Le cumul des sanctions. – Les sanctions se cumulent dans la poursuite pénale d'un délit d'initiés⁸⁰⁰ et administrative d'un manquement d'initié⁸⁰¹.

Le Conseil constitutionnel⁸⁰² statuant sur une QPC en mars 2014 a décidé qu'était inconstitutionnel ce cumul de sanctions. Il admet néanmoins que « ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction »⁸⁰³. Il s'en déduit que dans le cas d'espèce, les corps de règles étaient confondus. S'ils avaient été distincts, l'inconstitutionnalité n'aurait pas été prononcée comme cela pourrait être admis notamment en matière pénale et fiscale⁸⁰⁴.

⁷⁹⁷ C. monét. fin., art. L. 621-39.

⁷⁹⁸ C. monét. fin., art. L. 621-9 II.

⁷⁹⁹ N. DDHC, art. 8 ; PIDCP, art. 14, §7 ; Conv. EDH, Protocole additionnel n° 7, art. 4, §1 ; CDFUE, art. 50 et CPP, art. 6 al. 1^{er}.

⁸⁰⁰ C. monét. fin., art. L. 465-1.

⁸⁰¹ C. monét. fin., art. L. 465-2.

⁸⁰² DC C. Const. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres*. Le Conseil pose quatre critères pour que joue le principe du non bis in idem : tout d'abord est requise une identité des faits réprimés, puis de la finalité des dispositions, ensuite de la nature des sanctions et, enfin, des ordres de juridiction. Statuant dans le sens de : CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens* : Bull. Joly Bourse 2014, p. 209, n° 111h1, note J. Chacornac.

⁸⁰³ *Ibid.*, § 19. Rapp. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : impacts et adaptations envisageables », *AJ pénal*, 2015, p. 182.

⁸⁰⁴ Cass. Crim., 30 mars 2016, *Wildenstein*, n° 16-90.001 et Cass. Crim., 30 mars 2016, *Cahuzac*, n° 16-90.005. Rapp. DC n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016, *M. Alec W. et autres* et DC n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, *M. Jérôme C.*, considérant 13 : « les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale ». Les décisions constitutionnelles posent une solution de principe dans la continuité de la décision du 18 mars 2015 en acceptant un cumul des sanctions sous réserve du respect d'une double condition cumulative : le cas est d'une particulière gravité et le rappel de l'indépendance des poursuites sur le terrain fiscal. Ces décisions sèment un trouble dans la jurisprudence sur ce sujet. Les deux critères d'admission de la complémentarité des poursuites ne peuvent s'envisager qu'à la lumière de l'enjeu fiscale pour les finances de l'État.

Une seconde décision⁸⁰⁵ a été rendue sur cette question du cumul des sanctions. Cette fois-ci le nouvel article L. 621-15 du Code monétaire et financier a été reconnu conforme à la Constitution car les sanctions pénales et administratives étaient de nature différente⁸⁰⁶.

Les propositions doctrinales pour lutter contre le cumul⁸⁰⁷ sont importantes. Le législateur incline vers un aiguillage⁸⁰⁸ des affaires plutôt que la création d'une nouvelle juridiction. Il oriente les dossiers entre juge répressif et régulateur avec une petite prime pour le régulateur.

§2. La rigidité pratique

216. La rigidité théorique se décèle dans le caractère obligatoire des normes prudentielles. En résultent quelques péripéties notamment constitutionnelles montrant combien les normes prudentielles étendent leur magistère jusqu'à frôler le droit pénal.

La rigidité de la norme prudentielle se constate aussi sur le plan de la pratique. En effet, les normes prudentielles sont traversées par des courants contradictoires. Ce sont ceux élargis déjà décelables dans les recommandations prudentielles.

La rigidité de la norme prudentielle sur le plan pratique agit de manière paradoxale comme un frein à certains égards (A), comme un engrenage à d'autres (B).

A. Le frein

217. La norme prudentielle présente des rigueurs pratiques qui nuisent à la qualité du droit.

Ces normes alourdissent la régulation et freinent la mise en œuvre des mesures d'encadrement des banques et des marchés financiers.

Les normes prudentielles sont non seulement des dispositifs cornéliens à instaurer (1), mais encore un écheveau inextricable (2).

V. P. PAILLER, « Comment analyser les décisions du Conseil constitutionnel en matière de cumul de sanctions ? », *RDBF*, n° 5, sept. 2016, alerte 63 : « Le Conseil constitutionnel donne certains éléments d'appréciation, mais qui demeurent trop vagues pour constituer des critères objectifs ».

⁸⁰⁵ DC n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janv. 2016, *M. Alain D. et autres*. Rappr. O. DÉCIMA, « Tombeau de *ne bis in idem* », *D.* 2016, p. 931.

⁸⁰⁶ V. C. Const., « Communiqué de presse - 2015-513/514/526 QPC », Site officiel, *Conseil constitutionnel*, 14 janv. 2016 : « Appliquant les critères fixés par sa jurisprudence issue de sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a jugé que le délit d'initié et le manquement d'initié devaient ainsi être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente ».

⁸⁰⁷ J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA, et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », *D.*, 2012, p. 693.

⁸⁰⁸ En ce qui concerne l'abus de marché : C. monét. fin., art. L. 465-3-6 IV issu de L. n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché : JORF du 22 juin 2016.

1. *La difficile installation*

218. Les coûts. – La sophistication exponentielle des normes prudentielles est problématique pour les opérateurs. Les mécanismes sont complexes et entraînent des coûts très lourds. Les normes prudentielles pesant sur les résultats⁸⁰⁹ des opérateurs. La prolifération des normes prudentielles n'apporte aucune accalmie à ce phénomène.

219. L'infrastructure. – En plus des coûts très importants, la mise en place de normes prudentielles exige des départements⁸¹⁰ consacrés à l'application des dispositifs contenus dans les normes prudentielles. Se constitue tout écosystème de professionnels de la conformité qui assurent une efficace veille juridique mais dont les honoraires augmentent les coûts d'application des normes prudentielles. L'impact financier de la norme est le frein principal.

2. *L'inextricable écheveau*

220. L'imbrication. – La coexistence de deux paradigmes qui s'excluent l'un l'autre rend encore plus délicate l'appréhension des normes prudentielles. Réglementation et régulation⁸¹¹ se télescopent et se complètent. Faire la part de ce qui est directement applicable car ce sont des normes et anticiper les mécanismes à venir car ils ne sont encore que des recommandations est un exercice incessant pour les opérateurs.

221. Les cumuls. – Les cumuls de sanctions sont néfastes à la qualité de la justice, toutefois les cumuls de réglementation ne sont guère plus propices aux opérateurs. La régulation en silo est privilégiée mais elle engendre des effets inattendus. Un opérateur intervenant dans plusieurs secteurs d'activités et auprès de plusieurs types d'investisseurs et épargnants se retrouve dans une situation où il doit appliquer dans son activité habituelle une dizaine de corps réglementaires. Ceci nuit à leur activité commerciale dans la mesure où l'ubiquité des normes prudentielles affaiblit la sécurité juridique.

⁸⁰⁹ V. BNP Paribas, *La Banque, Acteur de changement* [en ligne], Rapport annuel, *BNP Paribas*, 2015, p. 19 : « En 2015, l'évolution des indices bancaires a été freinée par les incertitudes sur la croissance économique en Europe, comme en 2014, et par les répercussions de la régulation sur la rentabilité des activités bancaires ». Il serait intéressant d'obtenir des données chiffrées sur cette répercussion mais les opérateurs bancaires ne communiquent pas les chiffres précis des coûts de la régulation.

Site BNP Paribas : <https://invest.bnpparibas.com/rapports-annuels>

⁸¹⁰ Départements de *regulatory* et de *compliance*.

⁸¹¹ V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 26 : « Le glissement de la pyramide au réseau est une évolution qui s'accompagne de deux autres transformations majeures de l'univers juridico-politique : le passage de la réglementation à la régulation, et la montée en puissance du thème de la gouvernance forment ainsi un nouveau dispositif dont il serait sans doute excessif de dire qu'il s'est substitué à la triade classique pyramide, réglementation, gouvernement, mais qui la déborde certainement et en subvertit parfois les modes de fonctionnement ».

B. L'engrenage

222. La rigueur pratique freine l'épanouissement des activités économiques des opérateurs.

Les normes prudentielles sont non seulement un frein pour les opérateurs mais encore un engrenage qui cause une réaction en chaîne.

Les normes prudentielles prennent en étau entre insuffisance (1) et incitation (2).

1. L'insuffisance

223. La catégorisation. – Cette norme mosaïque se concilie avec la notion de réseaux. Les recommandations prudentielles sont un droit interstitiel comme cela a été expliqué. Les interstices entourent les normes prudentielles, objets juridiques de droit dur.

224. Le syncrétisme. – La norme prudentielle cherche l'ordre et la stabilité⁸¹². Toute norme cherche une forme de syncrétisme par l'abstraction. Les normes prudentielles sont d'une précision et d'une ubiquité tout à fait contraire à cette recherche.

2. L'incitation

225. La perpétuité. – La rigueur des normes prudentielles agit comme un engrenage qui conduit à faire de la régulation un chantier infini dans le temps. L'innovation financière conduit les organismes informels et les régulateurs internationaux à secréter des recommandations prudentielles. En fin de chaîne, cela amène de manière indirecte à produire sans fin des normes prudentielles. Tel est un écueil qui mène à la « double tentation du droit dur »⁸¹³.

226. L'instabilité. – Le second écueil, qui mène à l'autre « tentation du droit dur », est lié à cette régulation à l'infini. La production incessante de nouveaux textes plonge les opérateurs dans une instabilité normative.

Les textes sont instables par un apport constant de technique d'encadrement dans une normativité variable. Ce mouvement contredit une des fonctions de la norme prudentielle, l'apport de stabilité des opérateurs et des marchés.

⁸¹² V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 18 : « En ce qui concerne les valeurs associées respectivement au paradigme de la pyramide et à celui du réseau, on notera que, si la hiérarchie classique poursuivait les valeurs de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance, le réseau en revanche, cultive les valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent ».

⁸¹³ E. NICOLAS et M. ROBINEAU, art. préc., n° 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

227. La recommandation convertie. – La recommandation prudentielle est convertie en norme prudentielle par un mécanisme de densification normative. La recommandation prudentielle acquiert une force normative là où elle n'était que faiblesse. La recommandation troque son droit souple contre le « droit rigide » de la norme.

Le passage de la recommandation à la norme prudentielle se décrit comme une conversion, un passage entre deux états de la même notion. Il n'y a aucune rupture entre les deux. Tout est question de continuité et de progressivité. Seule la norme prudentielle est imposée. Elle est aussi la seule des deux à être coercitive et donc obligatoire, par extension sanctionnée en cas de violation. En outre, la norme prudentielle appartient au droit étatique.

CONCLUSION DU TITRE 2

228. La normativité variable. – Le processus d'élaboration de la norme technique commence par l'émission d'un texte de droit souple, une recommandation prudentielle. Cette règle technique faible en normativité acquiert sa force normative par un double phénomène de densification et d'intégration au droit interne qui conduit à sa conversion en norme prudentielle.

De la norme prudentielle, cette conclusion partielle de la recherche rend compte d'une duplicité au sein d'une notion générique désignée par le vocable de normes prudentielles. Se succèdent de façon chronologique une recommandation prudentielle appartenant au droit souple et peu normative puis une norme prudentielle au sens strict, appartenant au droit dans son acception classique et forte en normativité. Cette opposition apparente se traduit en fait par un processus continu de conversion de la première en la seconde.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

229. L'hybride. – L'élaboration des normes prudentielles exige que se mettent en place de manière entrelacée la technique d'encadrement et la normativité. La technicité est inoculée dans les instruments juridiques, vecteurs de la technique régulatoire. Le cheminement de vecteur en vecteur fait croître la normativité par densification normative. Ce phénomène augmente la force normative de la recommandation prudentielle jusqu'à sa conversion en norme prudentielle.

Les normes prudentielles sont synonymes de normes techniques⁸¹⁴. Comme le veut le positivisme, tout contexte a été évacué dans cette première partie. Seul le droit est resté. L'étude a été centrée sur la question du comment se mettent en place les normes techniques. Il s'agit d'une description plate des processus d'émission, du rôle des autorités de la régulation, des organismes informels aux niveaux supra-étatiques, c'est-à-dire international et communautaire, et étatique. La présentation des notions, de leur articulation, a évacué de façon volontaire la question du pourquoi pour se focaliser sur le comment. Ce structuralisme a permis d'étudier la norme prudentielle sans interactions, de façon statique. Or pour définir la recommandation et la norme prudentielle, la face dynamique des normes techniques est indispensable.

230. Le dynamisme. – Toute définition présente une part statique et l'autre dynamique. Cette partie a disséqué le côté immobile, reste à explorer le côté mobile. Le dynamisme des normes prudentielles passe par leurs incidences⁸¹⁵ multiples dans le secteur bancaire et financier. Il s'agit d'une mise en relief de leurs fonctions notamment régulatrice.

231 à 249. – Réservés.

⁸¹⁴ Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^{er} éd., 2012, p. 136, n° 19 : « En distinguant ainsi l'apport structurel de l'apport normatif, nous avons tenté de rendre compte de qui participe de l'élaboration d'un droit, tant ses concepts que ses règles elles-mêmes, pour souligner l'influence de la doctrine et du juge en ce domaine ».

⁸¹⁵ *Ibid.*, n° 4 : « Ces changements importants, qui reposent sur le dogme de la concurrence et le libéralisme, montrent bien que le droit des marchés financiers ne peut être réduit à des outils, à une règle technique qui serait, en quelque sorte, de « seconde zone », même si, bien sûr, la technique juridique est indispensable à la construction et au fonctionnement du droit des marchés financiers, comme elle l'est d'ailleurs pour tout droit, et qu'elle est au service de certains intérêts, de certains objectifs.

PARTIE 2. LES INCIDENCES DE LA NORME PRUDENTIELLE

250. La norme prudentielle, concept juridique couronné⁸¹⁶, pénètre en tant que norme technique⁸¹⁷ dans le champ juridique. L'obtention d'une définition passe par le repérage d'éléments statiques⁸¹⁸. Cette immobilité décrite, il importe d'apporter les aspects dynamiques⁸¹⁹.

Si la structure de la norme prudentielle est cruciale, la notion trouve toute sa richesse par l'utilisation qui en est faite. Les impacts⁸²⁰ du concept ont une importance égale à la structure. La norme prudentielle n'est pas une norme technique oisive. Bien au contraire, ses effets montrent ses remarquables qualités. Ces normes ont un double visage⁸²¹. Le processus de composition de la définition impose une analyse des incidences du concept. Les normes prudentielles exercent une influence cardinale sur le secteur de la banque et des marchés financiers, dans la mesure où, elle est le seul instrument utilisé pour maîtriser ce domaine. Les incidences apportent des indices indispensables à la fondation des définitions.

Il s'agit donc, maintenant, de souligner les apports de la norme prudentielle, lesquels forment ses incidences bénéfiques (Titre 1). Cette facette reste néanmoins indissociable des aspects néfastes de la norme prudentielle dont l'émergence trouble l'intérêt de ce concept juridique (Titre 2).

⁸¹⁶ *Contra* J. DE SALISBURY, *Policraticus* : « Illiteratus rex quasi asinus coronatus est » (trad. : « Un roi illettré est comme un âne couronné »). La norme prudentielle est la reine du droit de la banque et des marchés financiers. Ses manifestations, en droit positif, montrent la noblesse de cette notion loin d'être cet âne couronné que laisserait croire le dédain que pourrait revêtir l'expression de « norme technique ».

⁸¹⁷ Il ne s'agit que d'un postulat. Il s'est révélé juste alors qu'il aurait pu être faux ou partiellement erroné. « Norme technique » ne suffit pas à définir les normes prudentielles. Rappr. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 7 : « Le postulat est une proposition que celui qui parle, en l'occurrence l'auteur, demande à son interlocuteur (le lecteur) d'accepter *au moins pour les besoins de sa démonstration*, sauf à produire tout de même quelques bons arguments en faveur de ce point de départ ».

⁸¹⁸ Les éléments statiques et intangibles des normes prudentielles sont leur caractère statique. Les incidences sont leur aspect dynamique. Rappr. G. CORNU, « Préface », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. VII : « Structurale et finaliste, une définition réelle est appelée à saisir la nature des éléments de l'ordre juridique dans l'association de leurs conditions et de leurs effets ».

⁸¹⁹ V. L.-M. SCHMIT, *op. cit.*, p. 283, n° 285 : « Par-delà l'apparente stabilité, les définitions en droit privé se manifestent comme des instruments dynamiques : elles communiquent au droit leur propre mouvement ».

⁸²⁰ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 26 : « Ce qui montre que la réglementation impacte les régimes juridiques des entités, des opérations et des traitements et influe sur la société en général ».

⁸²¹ V. A. SCHOPENHAUER, *Philosophie du droit et autres essais*, trad. par A. DIETRICH, Editions du Sandre, 2006, p. 18 : « De même, le dieu de la mort, Yama, a deux visages : l'un féroce, l'autre infiniment aimable ».

TITRE 1. LES INCIDENCES BÉNÉFIQUES

251. Le passage de la mondialisation à la globalisation est un mouvement décrié car il implique des bouleversements nombreux et incessants⁸²². Cette globalisation est notamment dénigrée car elle fait naître de nouveaux risques. Elle imprime une tendance à la concentration des opérateurs économiques qui s'agrègent en des groupes de taille mondiale. Ces concentrations se justifient sur les plans économique et financier. Toujours est-il qu'elles vont de pair avec une recrudescence des risques pour le secteur financier compte tenu des interpénétrations⁸²³.

Face à ces obscurs périls, la norme prudentielle reste un phare⁸²⁴. Elle ne puise sa force que dans le respect d'un triptyque. La triple exigence⁸²⁵ est celle qui réunit l'adhésion, la compétence et la légitimité. L'adhésion a déjà fait l'objet d'une étude, la légitimité sera disséquée plus tard. Les incidences bénéfiques questionnent maintenant la compétence des normes prudentielles à assurer une mission de régulation financière. Les incidences⁸²⁶ bénéfiques sont synonymes de l'ensemble des mesures qui oeuvrent à éviter ou résorber le risque systémique⁸²⁷.

Dans les périodes de calme, de plus en plus rares, les normes prudentielles sont bénéfiques au secteur financier grâce à leur faculté préventive (Chapitre 1). Cependant, les crises se multiplient, lorsque la prévention ne suffit plus, il est temps de restaurer l'essor des banques et des marchés financiers ; par temps de crise, les normes prudentielles se révèlent curatives (Chapitre 2).

⁸²² V. R. SÈVE, « La mondialisation entre illusion et utopie », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 1.

⁸²³ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Risque systémique » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche* : « Les systèmes bancaires et financiers sont par nature et définitivement sujets au risque systémique puisqu'une faillite d'établissement financier entraîne chez les déposants un effet de panique et un retrait des fonds, comportement qui se généralise et fait s'effondrer le marché ».

⁸²⁴ V. P. LAMY, *La démocratie-monde : Pour une autre gouvernance globale*, Seuil, 2004, p. 11 : « Il ne faut pas comprendre la mondialisation comme le seul jeu de l'inflation du marché, mais comme l'accélération et l'approfondissement d'une dynamique beaucoup plus globale qui trouve son origine dans le développement pluriséculaire du capitalisme de marché ».

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 15 : « Aujourd'hui, force est de constater que la crise est là. Le gros temps déferle sur le système international, sur l'Europe et sur les démocraties nationales – trois échelons de pouvoir interrogés à la lumière d'une triple exigence : de légitimité, de compétence et, pour finir d'adhésion ».

⁸²⁶ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 19 : « La norme prudentielle, qui est introduite par des États conscients de la globalisation et de l'impossibilité pour eux de régler seuls les difficultés auxquels ils font face, participe à la stabilisation du système financier et des entreprises financières ».

⁸²⁷ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Risque systémique », art. préc. : « Le risque systémique se définit comme ce qui menace un secteur lorsque le comportement et plus particulièrement la défaillance d'un seul agent économique entraîne des comportements en chaîne (effet domino), qui peut faire s'écrouler tout le secteur ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/risque/>.

CHAPITRE 1. LA NORME PRÉVENTIVE

252. Les normes prudentielles sont des normes techniques. Leur technicité assure un encadrement des opérateurs économiques du secteur financier. Les incidences des normes prudentielles apportent les éléments mobiles à la notion. Les incidences bénéfiques correspondent aux impacts fidèles aux finalités poursuivies par les normes prudentielles.

Le premier objectif des normes prudentielles correspond à la préservation de la stabilité financière⁸²⁸. La poursuite de ce but est la première à être apparue. En effet, avant que ne se produisent les confusions dues au caractère extensif des normes prudentielles, qui prennent une place croissante, les normes prudentielles visaient à prévenir. Le lien entre prévention et garantie de la stabilité est évident. Les institutions en charge de la stabilité⁸²⁹ contribuent par leurs productions à éviter la crise. En effet, la stabilité⁸³⁰ a trait à la solidité des intervenants sur les marchés financiers. Traiter de la stabilité revient donc à étudier les mécanismes de supervision⁸³¹. La supervision, préventive⁸³², maintient l'homéostasie⁸³³ du secteur.

Les normes prudentielles s'illustrent comme des normes préventives en assurant la solidité de leurs destinataires (Section 1). En veillant à la solidité des opérateurs financiers, la prévention parvient à remplir la tâche plus délicate de garantir la stabilité du système (Section 2).

⁸²⁸ R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *Les crises financières*, Rapport réalisé par le Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre français, La Documentation française, 2004, p. 11 : « De plus, comme *la stabilité financière est un bien public*, la prévention de crises systémiques constitue une tâche essentielle pour les responsables de la politique économique, au premier rang desquels les banquiers centraux ».

⁸²⁹ R. DE RATO, « S'adapter à de nouveaux défis », in FMI, *Guide du FMI* [en ligne], Site officiel, FMI, 2004, p. 7 : « La tâche principale du FMI consiste à promouvoir la stabilité financière et contribuer à l'amélioration des perspectives de croissance soutenue. Ce faisant, Le FMI prête main-forte à la communauté internationale dans la lutte contre la pauvreté dans le monde ».

⁸³⁰ C. monét. fin., art. L. 621-1 al. 2 : « Dans l'accomplissement de ses missions, l'Autorité des marchés financiers prend en compte les objectifs de stabilité financière dans l'ensemble de l'Union européenne et de l'Espace économique européen et de mise en œuvre convergente des dispositions nationales et de l'Union européenne en tenant compte des bonnes pratiques et recommandations issues des dispositifs de supervision de l'Union européenne ».

⁸³¹ C. monét. fin., art. L. 621-1 al. 2. Cet article du Code monétaire et financier qui institue l'AMF comme régulateur des marchés financiers a une construction très intéressante. Alors que l'alinéa 1^{er} l'institue en régulateur des marchés, l'alinéa 2 lui confère le rôle de superviseur des marchés financiers. Ceci est une particularité de l'AMF où la supervision et la régulation se confondent. En matière bancaire, l'organisation est différente dans la mesure où l'ACPR est un régulateur mais non un superviseur. La supervision bancaire revient au MSU dont l'instance dirigeante, le CSU, est présidé par l'ancien Secrétaire Général de l'ACPR, Madame Danièle Nouy. Le MSU est le superviseur et l'ACPR n'est plus que le régulateur national. Dans la fusion généralisée de la supervision et de la régulation, il reste quelques îlots où cette fusion ne s'est pas encore produite. Le mouvement de rassemblement des deux missions n'en fait pas apparaître une troisième mais s'entend comme un cumul. Rapp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Normes prudentielles » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 18 janv. 2016.

⁸³² V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Risque systémique », art. préc. : « L'effet autoréalisateur et inéluctable du processus rend impérieux la prévention de risque systémique, à la fois par le Régulateur financier et par la Banque centrale ».

⁸³³ V. *Le Larousse*. V^o « Homéostasie », sens 2 : « Caractéristique d'un écosystème qui résiste aux changements (perturbations) et conserve un état d'équilibre ».

SECTION 1. LA SOLIDITÉ DES DESTINATAIRES

253. La fonction de stabilisation de la finance⁸³⁴ est la première assignée aux normes prudentielles. Première sur le plan chronologique⁸³⁵, première sur le plan de l'action, la mission stabilisatrice est essentielle afin de garantir un équilibre propice à la confiance⁸³⁶ sur les marchés.

Les normes prudentielles stabilisent, tout d'abord, leurs destinataires. Elles renforcent les opérateurs financiers grâce à des mécanismes techniques qui les rendent plus solides. La présence d'acteurs solides sur les marchés est une première étape pour éviter les défaillances. Les autorités de surveillance veillent à la santé des opérateurs. Pour avoir un marché composé d'acteurs solides, il est nécessaire de fixer des règles internes mais cela est insuffisant. Pour obtenir un dispositif complet, les autorités de supervision s'emploient à sécuriser les opérations réalisées sur les marchés. La stabilisation des destinataires des normes prudentielles se décompose ainsi en deux niveaux.

Le premier niveau est relatif à la solidification directe des opérateurs avec des normes dites microprudentielles (§1). A celle-ci s'ajoute une solidification des opérations financières qu'ils réalisent soit une stabilisation des investissements (§2).

§1. La solidité micro-prudentielle

254. Le premier impact bénéfique des normes prudentielles consiste à assurer la solidité de ses destinataires. En ce sens, leur impact bénéficie aux opérateurs qui en sont les sujets de droit. Ces normes techniques leur permettent d'améliorer leur place au sein des marchés.

La solidité des destinataires des recommandations et des normes prudentielles est le premier niveau de stabilisation. Il convient de préciser que ces normes microprudentielles⁸³⁷ jouent un rôle non

⁸³⁴ V. Committee on the Global Financial System, « Committee on the Global Financial System » [online], Official website, *BIS*, Aug. 23rd 2005 : « The Committee has a **mandate** to identify and assess potential sources of stress in global financial markets, to further the understanding of the structural underpinnings of financial markets, and to promote improvements to the functioning and stability of these markets ». Au sein de la BRI, le Comité de Bâle n'est pas seul à assurer la supervision internationale. Ce dernier s'occupe du volet bancaire, les marchés financiers font l'objet d'une supervision pilotée par un autre comité.

Site BIS : <https://www.bis.org/cgfs/index.htm?m=3%7C15>.

⁸³⁵ Les Accords de Bâle contiennent des règles relatives aux fonds propres. Leur renforcement augmente la solidité des établissements bancaires donc appartiennent à la supervision et non la régulation.

Rapport. Basel Committee, « About the Basel Committee » [online], Official website, *BIS*, Sept. 30th 2015 : « The Basel Committee is the primary global standard-setter for the prudential regulation of banks and provides a forum for cooperation on banking supervisory matters ». Le Comité de Bâle assure la supervision à l'échelle mondiale des établissements bancaires.

Site BIS : <https://www.bis.org/bcbs/about.htm?m=3%7C14%7C573>.

⁸³⁶ La solidité des opérateurs permet aux autres d'avoir confiance en eux et de favoriser les investissements. Ces derniers sont croisés et contribuent à l'interdépendance propre à la banque et aux marchés financiers. Avant de stabiliser la collectivité d'opérateurs, le système, la première étape consiste donc à renforcer un à un les opérateurs et les flux financiers.

⁸³⁷ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 2 : « aux normes micro-prudentielles qui visent la solidité des intermédiaires financiers ».

seulement durant la vie, la gestion des intermédiaires financiers, mais encore lorsque ceux-ci sont en défaut afin d'organiser leur démantèlement. Cet effet de stabilité concerne tous les opérateurs à titre individuel au long de leur période d'activité sur les marchés financiers.

Durant l'existence de l'opérateur, les normes prudentielles imposent une discipline afin d'assurer la solidité (A). Lorsque l'opérateur fait défaut, ce type de normes techniques met en place une procédure de résolution afin d'organiser sa disparition sans nuire aux autres intermédiaires (B).

A. La discipline

255. La solidité⁸³⁸ des destinataires des recommandations et des normes prudentielles est le premier niveau de stabilisation. Il convient de préciser que ces normes microprudentielles jouent un rôle non seulement durant la vie⁸³⁹, la gestion des intermédiaires financiers⁸⁴⁰ mais encore lorsque ceux-ci sont en défaut afin d'organiser leur démantèlement. Cet effet de stabilité concerne tous les opérateurs à titre individuel au long de leur période d'activité sur les marchés financiers.

Pour améliorer la solidité des intervenants sur les marchés, les normes microprudentielles prennent position pour la prévention grâce à l'élaboration d'instruments⁸⁴¹ de renforcement (1). Cette prise de position décidée par les superviseurs se traduit par une immixtion dans la gestion des opérateurs afin de les rendre plus résistants (2).

1. La prévention

256. La surveillance interne. – Les normes microprudentielles assurent la solidité des opérateurs de façon individuelle. La prévention⁸⁴² passe par des instruments de surveillance des fonds propres⁸⁴³. A l'intérieur d'un établissement, un organe de surveillance veille à la préservation des fonds propres en qualité et en quantité⁸⁴⁴.

⁸³⁸ *Ibid.*, n° 5 : « Toutefois, il est certain que la norme prudentielle ne se limite pas à la norme de gestion et comprend l'ensemble des normes, outils et dispositifs qui assurent la solvabilité et la liquidité des intermédiaires financiers ».

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² Directive BRRD, considérant 1^{er} : « De tels instruments sont, en particulier, nécessaires pour éviter l'insolvabilité ou, en cas d'insolvabilité avérée, pour en minimiser les répercussions négatives en préservant les fonctions importantes, sur le plan systémique, de l'établissement concerné ».

⁸⁴³ Directive CRD IV : PE et Cons. UE, dir. 2013/36/UE, 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE : JOUE n° L 176, 27 juin 2013.

⁸⁴⁴ Arr. du 3 nov. 2014 relatif au processus de surveillance prudentielle et d'évaluation des risques des prestataires de services bancaires et des entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, JORF n° 0256 du 5 nov. 2014, p. 18626 texte n° 15.

Cet organe de surveillance permet « de détecter, mesurer, gérer et suivre le risque de liquidité sur différentes périodes courtes et longues »⁸⁴⁵. La prévention passe, en outre, par la constitution d'un plan d'alerte voire de rétablissement en cas de diminution trop importante des liquidités de l'établissement.

L'organe de surveillance est contraint à une remise en question annuelle sur son fonctionnement. En effet, il « se prononce, au moins une fois par an, et approuve toute modification sur le niveau de tolérance au risque, sur les stratégies, politiques, procédures, systèmes, outils et limites »⁸⁴⁶. En outre, il « est informé des conclusions des revues, des analyses du risque de liquidité, des résultats des scénarios de crise alternatifs ou des actions prises »⁸⁴⁷.

257. La surveillance élargie. – L'organe de surveillance reste en lien étroit avec le MSU et l'ACPR. La répartition des rôles dans la supervision est nette. Le MSU supervise les établissements systémiques⁸⁴⁸ alors que l'ACPR⁸⁴⁹ supervise ceux d'importance moindre ainsi que d'autres types d'établissements de crédit⁸⁵⁰. Le MSU surveille en plus, de façon indirecte, la surveillance réalisée par l'ACPR. Le MSU est un véritable superviseur dans la zone euro alors que l'ACPR est un régulateur auquel est assignée une mission partielle de surveillance. La surveillance est orientée par des facteurs⁸⁵¹ qui donnent à voir comment les autorités s'immiscent dans l'activité financière des opérateurs économiques.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, art. 148.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, art. 183.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, art. 184.

⁸⁴⁸ V. ACPR, « La surveillance directe de la BCE », Site officiel, *ACPR*, [en ligne], s.d. : « Un établissement de crédit sera considéré comme important s'il remplit l'une des conditions suivante : la valeur totale de ses actifs est supérieurs à 30 milliards d'euros (taille) ; la valeur totale de ses actifs est supérieure à 5 milliards d'euros et dépasse 20 % du PIB national (importance économique) ; la valeur totale de ses actifs est supérieure à 5 milliards d'euros et le ratio entre ses actifs ou passifs dans plus d'un État-membre participant et le total entre ses actifs ou passifs est supérieur à 20 % (activité transfrontière) ; il est bénéficiaire de l'assistance directe du Mécanisme européen de stabilité (assistance financière). Un établissement sera également « important » s'il fait partie des trois établissements de crédit établis dans un État-membre ».

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/contrôle-prudentiel/le-contrôle-bancaire/le-contrôle-dans-le-cadre-du-msu/la-surveillance-directe-de-la-bce.html>

⁸⁴⁹ C. monét. fin., art. L. 612-1 II 2° : « D'exercer une surveillance permanente de la situation financière et des conditions d'exploitation des personnes mentionnées au I de l'article L. 612-2 ; elle contrôle notamment le respect de leurs exigences de solvabilité ».

⁸⁵⁰ V. ACPR, « Le contrôle hors cadre MSU » [en ligne], Site officiel, *ACPR*, s.d. : « L'ACPR est chargée de la surveillance des établissements qui ne sont pas des établissements de crédit soumis à la législation européenne : entreprises d'investissement, sociétés de financement, établissements de paiement et de monnaie électronique, succursales en France d'établissements de crédit de pays tiers, établissements de crédit ayant leur siège social dans les territoires d'outre-mer ou à Monaco ».

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/contrôle-prudentiel/le-contrôle-bancaire/le-contrôle-hors-cadre-msu.html>

⁸⁵¹ Directive BRRD, considérant 14 : « Les autorités devraient tenir compte de la nature de l'activité, de la structure d'actionariat, de la forme juridique, du profil de risque, de la taille et du statut juridique d'un établissement, ainsi que de son interconnexion avec d'autres établissements ou avec le système financier en général, du champ et de la complexité de ses activités, de son appartenance à un système de protection institutionnel ou à d'autres systèmes coopératifs de solidarité mutuelle ».

2. L'immixtion

258. L'intervention interne. – Les règles microprudentielles visent à rendre plus solides les opérateurs. Il n'est donc pas étrange de déduire que la supervision soit une forme d'intervention au sein des opérateurs. La surveillance et l'amélioration de leur solidité⁸⁵² modifient les établissements grâce aux ratios de liquidité, aux fonds propres, aux formules mathématiques qui permettent de les calculer.

La supervision et la surveillance des fonds propres conduit à une intervention à mots couverts dans la gouvernance⁸⁵³ des opérateurs pour protéger un enjeu supérieur à leur liberté, la prévention du risque systémique. Les autorités s'immiscent dans la gestion des établissements⁸⁵⁴ ce qui engendre une forme de dirigisme.

259. Le dirigisme insidieux. – L'immixtion dans la gouvernance des établissements bancaires et financiers conduit à un dirigisme prudentiel. Les autorités administratives exercent un pilotage de cette industrie de façon sous-jacente mais réelle⁸⁵⁵. La preuve la plus éclatante est administrée par la résolution financière.

B. La résolution

260. Les normes microprudentielles sont un ensemble complexe d'encadrement individuel des banques et des marchés financiers visant à assurer leur solidité. Lorsque le but est atteint, l'opérateur financier est solide. Il intervient sur les marchés avec une structure interne et des réserves de fonds propres suffisantes pour absorber les chocs et les fluctuations propres au monde de la finance.

Il arrive, malgré ces efforts, qu'un intervenant sur les marchés ne réussisse pas à conserver sa santé financière. Des normes prudentielles⁸⁵⁶ prévoient sa sortie individuelle du système⁸⁵⁷. Compte tenu des

⁸⁵² BCE, « Rapport annuel de la BCE sur ses activités de surveillance prudentielle » [en ligne], Rapport annuel 2014, Site officiel, BCE, mars 2015, p. 56. Site BCE :

<https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmar2014.fr.pdf?b9286ed5d10575fa1d3ae6d826a9cfe8>.

⁸⁵³ Ex. D. NOUY, « Dans le cadre de sa mission de supervision bancaire, la BCE recommande une politique de dividendes prudente et annonce un examen des pratiques de rémunération variable » [en ligne], Communiqué de presse, Site officiel, BCE, 29 juin 2014 : « « Les banques doivent définir leurs politiques de dividendes sur la base d'hypothèses prudentes et conservatrices afin d'être toujours en mesure, après tout versement, de remplir pleinement les exigences de fonds propres en vigueur et de se préparer en vue des normes plus strictes à venir. » Site BCE :

https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Eurosysteme_et_international/cp-bce-mission-supervision-bancaire-recommandations-29-01-2015.pdf

⁸⁵⁴ *Ibid.* : « Il convient que les banques adoptent une politique de prudence en matière de distribution de dividendes, tenant compte des conditions économiques et financières actuelles difficiles ».

⁸⁵⁵ Le lien avec le formatage est très fort.

⁸⁵⁶ Directive BRRD et règlement BRR : Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen

liens étroits entretenus par les acteurs, la résolution⁸⁵⁸ ne peut être organisée que de façon concertée⁸⁵⁹ afin que cette situation ne concerne que cet opérateur. Il s'agit d'un droit des procédures collectives spécial⁸⁶⁰.

Le corpus de règles techniques micro-prudentielles permettent de gérer la situation d'un opérateur en difficulté (1). Lorsqu'il est en défaut, l'opérateur s'en remet aux mêmes normes micro-prudentielles afin d'organiser sa liquidation organisée⁸⁶¹ (2).

1. La situation non irrémédiablement compromise

261. Les définitions dérogatoires. – Ce droit est une exception donc une dérogation à un droit général. La contradiction⁸⁶² du droit général des procédures collectives et du droit de la résolution fait du second un « système dérogatoire de prévention »⁸⁶³.

Avant la résolution à proprement parler, une intervention précoce⁸⁶⁴ est prévue dès le *reporting* des premières difficultés relatives aux fonds propres ou aux liquidités.

et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012. JOUE : n° L 173/190 du 12 juin 2014.

Considérant 1 : « La crise financière a révélé un manque criant, au niveau de l'Union, d'instruments permettant de faire face efficacement aux établissements de crédit et entreprises d'investissement (ci-après dénommés ensemble « établissements ») peu solides ou défaillants ».

⁸⁵⁷ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 5 : « permettent de limiter le risque systémique et de protéger le système financier des perturbations qui auraient de graves conséquences pour l'économie réelle, ce qui justifie d'y inclure notamment la résolution bancaire dont l'objectif est de permettre une liquidation ordonnée des établissements bancaires dans le but de préserver l'économie réelle ».

⁸⁵⁸ *Ibid.* : « le traitement des difficultés des entreprises bancaires, désormais identifié à la résolution bancaire ».

⁸⁵⁹ Par le MRU : PE et Cons. UE, règl. n° 806/2014, 15 juill. 2014, établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 : JOUE n° L 225, 30 juill. 2014, p. 1.

⁸⁶⁰ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté. Regard sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. KRYNEN et M. HECQUART-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t. 1 : *Bilans*, Les travaux de l'IFR : Mutation des Normes Juridiques, n° 2, PUSST, 2005, p. 389 : « Conçu pour sanctionner la défaillance d'un commerçant, il est, en effet, devenu un droit des entreprises en difficulté ». En ce qui concerne la défaillance financière, ce droit est resté bloqué entre ces deux stades car entre en jeu la préservation de l'épargne. Certes, il existe le Fonds de Garantie des Dépôts et de Résolution (FGDR) mais l'établissement doit tout de même être écarté étant donné le risque qu'il représente pour le système.

Rappr. Fonds de Garantie des Dépôts et de Résolution, « Qu'est-ce que la "résolution" d'une crise bancaire ? » [en ligne], Site officiel, FGDR, s.d.

Site FGDR : <https://www.garantiedesdepots.fr/fr/resolution-bancaire/la-resolution-des-crises-bancaires>.

⁸⁶¹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 5.

⁸⁶² V. Ch. BOILLOT, « Droit bancaire et financier et droit des procédures collectives : exception ou contradiction ? », *D.* 2003, p. 2741.

⁸⁶³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté. Regard sur les évolutions du dernier quart de siècle », art. préc.

⁸⁶⁴ V. P. ALLARD et G. HELLERINGER, « Le rôle de la Banque centrale européenne dans la prévention des défaillances des établissements de crédit », *RISF*, n° 1, 2014, p. 61 : « La BCE est dotée de compétences en matière d'agrément, de supervision prudentielle, de surveillance concernant les plans de rétablissement et d'intervention précoce ».

Le référentiel est l'état de cessation des paiements⁸⁶⁵ mais non tel que formulé dans le Code de commerce. Les opérateurs bancaires et financiers sont des entreprises particulières. Cela explique qu'il soit exprimé en termes différents. Cet équivalent est relatif à la situation des établissements « qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements immédiatement ou à terme rapproché »⁸⁶⁶.

Dans un souci de célérité, de règlements des problèmes d'implantations transfrontalières⁸⁶⁷, le juge national est écarté au profit d'une autorité administrative européenne pour procéder au règlement de la résolution.

La résolution est la traduction des procédures collectives en droit bancaire et financier⁸⁶⁸. Si la situation n'est pas irrémédiablement compromise, il faut entendre une forme de procédure de redressement judiciaire bancaire et financier. Qui dit redressement judiciaire dit possibilité de mettre en place un plan de consolidation qui passe par des restructurations internes.

262. L'obligation de restructuration interne. – Le plan de redressement⁸⁶⁹ se déploie dans les restructurations internes qui transforment en profondeur l'établissement en difficulté. Les autorités européennes ont tiré les leçons de la crise des *subprimes* et l'embrasement qui l'a suivie avec la crise de la dette des États⁸⁷⁰. Elles considèrent, désormais, que les établissements doivent trouver eux-mêmes les fonds nécessaires à leur rétablissement ou leur liquidation concertée. Elles ont ainsi opté pour la technique du *bail-in* ou renflouement interne⁸⁷¹. A été créé un Fonds de Résolution Unique (FRU). Le FRU⁸⁷², au sein du MRU, est un fonds auquel abondent les opérateurs et qui atteindra en 2024, 1 % des dépôts couverts⁸⁷³ par le FGDR.

⁸⁶⁵ C. com., art. L. 631-1.

⁸⁶⁶ C. monét. fin., art. L. 613-26.

⁸⁶⁷ V. M. ROUSSILLE, « La protection des dépôts bancaires à l'étranger », *RISF*, n° 1, 2014, p. 67.

⁸⁶⁸ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, p. 41, n° 63 : « adaptent les procédures de redressement et de liquidation judiciaire à la spécificité des établissements de crédit ».

⁸⁶⁹ Directive BRRD, considérant 22 : « Les plans de redressement devraient comporter les mesures éventuelles à prendre par la direction de l'établissement lorsque les conditions d'une intervention précoce sont réunies ».

⁸⁷⁰ V. Ph. ROUSSEL-GALLE et M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ? », *RDBF*, n° 6, nov. 2014, dossier 44 : « Le renflouement des banques pratiqué par certains États a eu pour effet de lier les dettes des banques et les dettes souveraines et de retarder ainsi le rebond des économies des États membres de l'Union européenne ».

⁸⁷¹ V. Commission européenne, « Un "règlement uniforme" pour la résolution des défaillances bancaires s'appliquera dans l'UE à partir du 1^{er} janvier 2015 », Site officiel, *Commission européenne*, 31 déc. 2015 : « Elles garantiront aussi que les actionnaires et les créanciers des banques assument leur part des coûts au moyen d'un mécanisme de "renflouement interne" ».

Site Commission européenne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2862_fr.htm?locale=fr.

⁸⁷² Directive 2014/59/UE du PE et du CE du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du PE et du CE 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et des règlements du PE et du CE (UE) n° 648/2012, JOUE n° L.173/190 du 12 juin 2014.

Règl. (UE) n° 806/2014 du PE et du CE du 15 juill. 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règl. (UE) n° 1093/2010, JOUE n° L.225/1 du 30 juill. 2014.

Cette solution est préférable au *bail-out* c'est-à-dire le renflouement externe réalisé par les États donc par les contribuables. Le *bail-out* n'est toutefois pas exclu et devient une solution subsidiaire en cas d'insuffisance du FRU. Cette remarque est étayée par la faiblesse relative des sommes placées sur ce fonds. Néanmoins le premier *bail-in*, n'a pas eu besoin en plus d'une injection de fonds étatiques⁸⁷⁴.

Le plan de rétablissement ne se résume pas à un *bail-in*, des opérations de cession de parts, de cessions de filiales, de cessions d'actifs, de délestage des créances douteuses à une structure *ad hoc* sont aussi prévus. La question du transfert d'actifs⁸⁷⁵ se trouve au cœur de la résolution.

2. La situation semblant irrémédiablement compromise

263. La prise de contrôle. – En cas de véritable défaillance, la prise de contrôle par les autorités de résolution est complète. Il s'agit d'une forme de liquidation judiciaire bancaire et financière, sans l'aspect judiciaire. Le pilotage administratif⁸⁷⁶ par l'ACPR et surtout le MRU, donc le CRU, est complet.

La logique est inverse à celle du droit des procédures collectives. Un parallèle historique peut être réalisé avec l'ouvrage de Mme le Professeur Corinne Saint-Alary-Houin. Elle décrit les tempéraments des législations face à la faillite. En matière bancaire et financière, il semble que l'attitude face à la défaillance soit proche de la logique napoléonienne du Code de commerce de 1807⁸⁷⁷.

Règl. Délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 oct. 2014 complétant la directive 2014/59/UE du PE et du CE en ce qui concerne les contributions ex ante aux dispositifs de financement pour la résolution, JOUE : n° L 11/44 du 17 janv. 2015.

Règl. d'exécution (UE) 2015/81 du CE du 19 déc. 2014 définissant les conditions uniformes d'application du règl. (UE) n° 806/2014 du PE et du CE en ce qui concerne les contributions ex ante au Fonds de résolution unique, JOUE n° L 15/1 du 22 janv. 2015.

Accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au fonds de résolution unique (ensemble deux déclarations), signé à Bruxelles le 21 mai 2014.

⁸⁷³ ACPR, « Contribution des établissements au mécanisme de résolution » [en ligne], Site officiel, ACPR.

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/resolution/contributions-des-etablissements-au-mecanisme-de-resolution.html>.

⁸⁷⁴ Banca Monte dei Paschi di Siena a mis en place un fonds Atlante 2 pour liquider ses créances douteuses et apurer ses comptes. La République italienne a tenté, sans succès, d'obtenir une dérogation auprès du CRU pour injecter des fonds mais le *bail-in* semble porter ses fruits sans nécessité d'un *bail-out*.

⁸⁷⁵ V. C. HOUIN-BRESSAND, « Le transfert des actifs dans le cadre de la résolution des difficultés des établissements financiers », *RISF*, n° 1, 2014, p. 75 : Le système de traitement des difficultés [...] repose sur trois types de mesures : la prévention, l'intervention précoce et la résolution des crises bancaires ».

⁸⁷⁶ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté. Regard sur les évolutions du dernier quart de siècle », art. préc. : « Il faut observer que ce traitement des difficultés des entreprises d'assurance se rapproche sur certains points : la procédure revêt un caractère administratif, [...] elle a pour finalité de mettre en place des mesures préventives des difficultés de l'établissement, mais en cas d'échec et de liquidation, d'organiser le paiement des créanciers épargnants ».

⁸⁷⁷ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, p. 16-17, n° 14 : « Ses dispositions sont très rigoureuses à l'égard du débiteur défaillant, probablement sous l'influence de Bonaparte qui avait été très choqué des spéculations effectuées par les commerçants qui traitaient avec les administrations pour les armées et qui était personnellement intervenu dans les discussions au Conseil d'État pour demander des peines sévères ».

264. La mise à l'écart. – Le droit de la résolution se situe plus du côté du droit des faillites que des procédures collectives. L'idée de sanction pour la protection du système⁸⁷⁸ est prégnante. Le but poursuivi est l'élimination⁸⁷⁹ de l'opérateur par le retrait de l'agrément⁸⁸⁰ et la liquidation⁸⁸¹ afin de protéger, d'une part, les épargnants et, d'autre part, le système financier dans son entier. Celui-ci est guetté par le risque systémique au bord de se réaliser.

A cet égard, la stabilisation des opérateurs ne peut être efficace qu'avec, en même temps, une stabilisation des investissements afin de rendre solide les personnes et les flux financiers.

§2. La solidité des investissements

265. La solidité des destinataires des normes prudentielles est un premier pas dans la recherche d'un équilibre de la finance. Cet impact bénéfique des normes prudentielles assure que les intervenants sur les marchés conservent une résistance aux fluctuations qui les affectent.

Des outils viennent compléter les normes prudentielles pour stabiliser les opérations entre intermédiaires. Ce ne sont pas des normes prudentielles. Néanmoins des normes prudentielles les encadrent à leur tour.

La notation financière se positionne auprès des normes prudentielles, sans se confondre à elles, pour stabiliser les investissements (A). Les investissements sont aussi renforcés donc stabilisés par la précision de l'information communiquée aux investisseurs et prévue par des normes prudentielles (B).

A. La notation financière

266. La stabilisation des opérateurs est renforcée par une stabilisation des investissements. Ces derniers sont les liens innombrables qui les réunissent en un système.

Si les investissements n'étaient pas visés, la solidification des opérateurs aurait une portée plus ténue. La stabilisation des investissements n'intervient pas par des normes prudentielles. Les instruments qui la permettent ne sont ni généraux, ni impersonnels. Ils se présentent en simples compléments comme l'est un agrément. Un agrément est un moyen de s'assurer que l'opérateur respecte les normes prudentielles mais il n'en est pas une. En revanche, les instruments complémentaires font l'objet d'un encadrement institué par les réseaux de la régulation.

⁸⁷⁸ *Ibid.* : « La faillite poursuivait donc une *fonction de sanction et une fonction d'élimination* du commerçant ».

⁸⁷⁹ V. C. HOUIN-BRESSAND, « Le transfert des actifs dans le cadre de la résolution des difficultés des établissements financiers », art. préc. : « L'objectif de la résolution n'est pas de sauver l'établissement bancaire ou financier, mais, au contraire, d'organiser son démantèlement ou sa restructuration profonde ».

⁸⁸⁰ C. monét. fin., art. L. 613-26 al. 2 : « La procédure de liquidation judiciaire peut être ouverte à l'égard des établissements de crédit ou des sociétés de financement qui ont fait l'objet d'une mesure de radiation ou d'interdiction totale d'activité, selon les cas, prononcée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ».

⁸⁸¹ *Ibid.*

La notation permet de vérifier la qualité de la dette, elle relaie les normes prudentielles (1) sans cacher qu'il existe une marge d'erreur dans l'estimation (2).

1. Le relai de la norme prudentielle

267. L'estimation du risque. – Les agences de notation financière⁸⁸² jouent un rôle crucial puisqu'elles estiment le risque. « Une agence de notation évalue la capacité d'un emprunteur à rembourser le capital et les intérêts de ses dettes (*terme technique : solvabilité*) »⁸⁸³. L'estimation du risque déclenche la mécanique psychologique chez les investisseurs relative au couple risque/rendement. Les normes prudentielles existent pour, notamment, rendre solides les opérateurs. Néanmoins, la pluralité des activités fait aussi des opérateurs des émetteurs de titres financiers d'où la nécessité d'une note pour porter à la connaissance du public la qualité du débiteur. Il s'agit d'un négatif de la solidité, un moyen indirect de connaître la capacité de l'opérateur à honorer ses dettes.

268. L'indépendance de l'estimation. – Le problème de la notation financière réside dans les potentiels conflits d'intérêts⁸⁸⁴ qui viendraient perturber la qualité de la note. Étant donné que l'objet de l'évaluation permet une estimation du risque de crédit, il est nécessaire que la note soit fidèle à la réalité⁸⁸⁵.

La notation financière conduit à des mouvements grégaires⁸⁸⁶ de telle sorte que sont attribués d'excellentes notes à des entreprises ou des produits jusqu'à la veille de leur état de cessation des paiements ou d'un krach. Le *Big Three* a été éclaboussé à l'occasion du retentissant scandale d'Enron⁸⁸⁷ ou encore au moment du déclenchement de la crise des *subprimes*.

⁸⁸² V. *Lexique des termes juridiques*. V° « Agence de notation » : « organisme rendant publiques ses évaluations de la solvabilité d'un débiteur ou de la qualité de crédit attachée à certains produits financiers, tels les actions de sociétés commerciales ou les titres d'emprunt émis par les États. En Europe, ces organismes sont agréés et surveillés par l'autorité administrative, à compter de 2011 par l'Autorité européenne des marchés financiers ».

⁸⁸³ AMF, « Les agences de notation : comprendre et utiliser leurs notes de crédit », juill. 2013, p. 2.

⁸⁸⁴ RGAMF, art. 313-19 : « 1° Le prestataire ou cette personne est susceptible de réaliser un gain financier ou d'éviter une perte financière aux dépens du client ; 2° Le prestataire ou cette personne est susceptible de réaliser un gain financier ou d'éviter une perte financière ; 3° Le prestataire ou cette personne est incité, pour des raisons financières ou autres, à privilégier les intérêts d'un autre client ou d'un groupe de clients par rapport aux intérêts du client auquel le service est fourni ; 4° Le prestataire ou cette personne exerce la même activité professionnelle que le client ; 5° Le prestataire ou cette personne reçoit ou recevra d'une personne autre que le client un avantage en relation avec le service fourni au client, sous quelque forme que ce soit, autre que la commission ou les frais normalement facturés pour ce service ». Le RGAMF contient à cet article une liste non exhaustive de cas pouvant être source de conflits d'intérêts.

⁸⁸⁵ V. AMF, « Les agences de notation : comprendre et utiliser leurs notes de crédit », préc., p. 3 : « Une note de crédit mesure la perception du risque de non-remboursement d'une dette (*terme technique : risque de crédit*) du point de vue de l'agence de notation ».

⁸⁸⁶ V. J.-F. BIARD, « Comment améliorer l'action des agences de notation ? », *RDBF*, n° 5, sept. 2010, comm. 194, p. 1.

⁸⁸⁷ F. BORDAS, « Devoirs professionnels des établissements de crédit. – Déontologie en matière d'opérations de banque. – Conflits d'intérêts », *JCl Banque - Crédit - Bourse*, JCl 140, 20 sept. 2011, § 117.

2. La marge d'erreur de la note

269. Une opinion. – La note est une simple opinion : « Les notes sont des opinions sur les risques de crédit. Les notes de Standard and Poor's expriment notre opinion sur la capacité et la volonté d'un émetteur (une entreprise, un État, une collectivité territoriale) de rembourser intégralement ses dettes à l'échéance prévue »⁸⁸⁸. L'opinion ne puise sa valeur que dans la réputation de celui qui la propage. Or la réputation tient dans une kyrielle de facteurs parmi lesquels au premier chef le sérieux de l'analyse sur le plan méthodologique, avec pour cœur des critères relevant du facteur humain. La notation introduit, ainsi, dans son processus d'évaluation une certaine subjectivité, d'autant plus qu'il convient de ne pas perdre de vue les influences réciproques qu'exercent les agences les unes sur les autres. Les oppositions se concentrent donc sur le manque de caractère scientifique car l'oligopole est peu enclin à l'amélioration de sa technique du fait d'un supposé défaut de concurrence. Confinées à un certain empirisme, les agences ont la charge difficile de quantifier non seulement la solvabilité mais encore de tirer de cette étude un étalon de confiance voire des prédictions sur les perspectives de fluctuations des cours. Il ressort de la quasi-impossibilité de se parer d'un rôle prédictif un risque non négligeable de collusion qui se cristallise entre autres dans le conflit d'intérêts.

270. Une opinion faillible. – M. Marc Ladreit de Lacharrière, Président de Fimalac et de Fitch Group qui détient Fitch Ratings, estimait que « Moins les banques ont d'importance, plus le recours aux agences de notation augmente ». Toute variation relevée par les agences, à plus forte raison, parfois discordantes entre elles, entraîne un mouvement des marchés sur les émissions notées. Une dégradation conduit à une baisse brutale en général qui aggrave la situation qui a justifié la dégradation : la note sert d'amplificateur au marché qu'elle reflète. Cet effet pro-cyclique se conjugue avec le développement des normes comptables IFRS et ses principes centraux, la *fair-value* et *substance over form*, qui sont eux aussi réputés avoir amplifié la crise de 2008. La pro-cyclicité émane de la propension des investisseurs à trouver dans ces instruments une fonction prédictive. Cela montre leur puissance et certains parlent de « quasi-régulateurs ».

Se pose alors la question de la responsabilité des agences de notation⁸⁸⁹. Ce complément qui communique la solidité de l'opérateur, qui a été assurée par l'application des normes prudentielles, est lui-même encadré par des normes régulatrices⁸⁹⁰. L'UE assure maintenant un encadrement de la

⁸⁸⁸ V. Standard and Poor's, « Guide de la notation de crédit », p. 3.

⁸⁸⁹ V. A.-D. MERVILLE « La responsabilité civile, pénale, administrative des agences de notation », *RDBF*, n° 3, mars 2013.

⁸⁹⁰ V. AMF, « Les agences de notation : comprendre et utiliser leurs notes de crédit », préc., p. 7 : « La crise financière ayant mis en lumière certaines failles, les agences de notation sont régulées à l'échelle européenne depuis la n 2009. Depuis le 1^{er} juillet 2011, c'est le rôle de l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA pour *European Securities and Markets Authority*) ».

notation financière par des textes européens⁸⁹¹. D'autres normes encadrent leur responsabilité. Un règlement⁸⁹² a mis en place la responsabilité civile des agences de notation et reprend les dispositions de la loi du 22 octobre 2010⁸⁹³.

B. La norme informative

271. La notation financière est un relai, certes imparfait, de la solidité des opérateurs qui sont stabilisés grâce aux normes prudentielles. Elles sont à leur tour encadrées par des normes réglementaires pour qu'elles ne ruinent, pas par dilettantisme ou négligence, les efforts de solidités réalisés par les intermédiaires financiers.

A côté des normes prudentielles, les investissements sont renforcés dans leur solidité par l'information transmise aux investisseurs. L'information est un enjeu clef qui fait l'objet de normes techniques propres afin que les investisseurs adéquats placent des fonds dans des produits adaptés. Cette correspondance renforcée solidifie l'investissement.

Les normes relatives à l'information des investisseurs participent à la protection des investissements (1) par un renforcement de l'obligation d'information (2).

1. La protection des investissements

272. La transparence. – La transparence est un élément crucial dans la mesure où il permet à un investisseur de pouvoir placer des fonds en étant éclairé sur le produit et sur les risques. La clarté de l'information financière permet alors de renforcer la quantité d'investissements et donc de rendre plus solide un opérateur.

La directive Transparence⁸⁹⁴ améliore l'information financière et modifie certaines règles du RGAMF. Un changement important contenu dans le Wagon 1⁸⁹⁵ est l'actualisation des listes d'informations⁸⁹⁶ considérées comme réglementées.

⁸⁹¹ Règl. CE n° 1060/2009 du PE et du CE du 16 sept. 2009, JOUE : n° L 302/1 du 17 nov. 2009, considérant 35 : « Les agences de notation de crédit devraient prendre des mesures de nature à garantir la fiabilité des informations qu'elles utilisent [...] de prévoir des dispositions contractuelles stipulant clairement l'engagement de l'entité notée ou de ses tiers liés, s'ils savaient que les informations fournies en vertu du contrat étaient fausses sur le fond ou trompeuses s'ils n'ont pas fait preuve, comme le prévoyait le contrat, d'une vigilance raisonnable concernant l'exactitude de ces informations ».

⁸⁹² Règl. (UE) n° 462/2013 du PE et du CE du 21 mai 2013 modifiant le règl. (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE : n° L 146/1 du 31 mai 2013.

⁸⁹³ C. monét. fin., art. L. 544-5.

⁸⁹⁴ Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la

La directive Prospectus⁸⁹⁷ révisée est un élément de renforcement de l'UMC⁸⁹⁸, en construction, à laquelle appartiendront les intermédiaires financiers⁸⁹⁹. Les prospectus informent les investisseurs et allègent certaines règles pour laisser une place au financement participatif. Le but est de redonner une souplesse à l'investissement après la rigidification des opérateurs du fait des normes microprudentielles⁹⁰⁰.

La convergence vers la mise en place d'une Union des marchés de capitaux qui stabiliserait les investissements c'est-à-dire les flux financiers entre les opérateurs économiques⁹⁰¹. Bien entendu, il est clair que ces directives ne sont pas propres aux établissements de crédit comme la réglementation baloise. En tant qu'émetteurs, les opérateurs financiers sont concernés par ces normes qui améliorent leur stabilité.

Le règlement PRIIPs⁹⁰² quant à lui procède de la même manière que les directives précitées mais avec une versatilité qui sera décryptée dans le titre suivant.

négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE, JO

UE n° 294/13 du 6 nov. 2013.

⁸⁹⁵ AMF, « Directive Transparence révisée : finalisation de la transposition » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 4 déc. 2015.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/Societes-cotees-et-operations-financieres/Marches-d-actions/Directive-Transparence-revisee---finalisation-de-la-transposition.html/>.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ Directive 2013/50/UE du PE et du CE du 22 oct. 2013 modifiant la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du PE et du CE concernent le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE, JOUE n° L 294/13 du 6 nov. 2013.

⁸⁹⁸ V. AMF, « La révision de la directive Prospectus » [en ligne], Site officiel, *AMF*, mai 2016 : « Le projet d'UMC promet un élargissement des sources de financement des entreprises, notamment des PME innovantes ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/Marches/Union-des-marches-de-capitaux/La-revision-de-la-Directive-Prospectus.html/>

⁸⁹⁹ *Ibid.* : « A cet égard, il est apparu nécessaire de réformer le régime du prospectus – trop souvent devenu un document de protection juridique des émetteurs – pour le recentrer sur sa vocation première, en diminuer le coût, trouver un nouvel équilibre entre pertinence et volumétrie de l'information et renforcer la convergence des législations européennes comme des pratiques de supervision ».

⁹⁰⁰ *Ibid.* : « le nouveau schéma simplifié des émissions secondaires, légitimement destiné à éviter la duplication d'informations déjà publiées, doit aussi permettre d'éclairer l'investisseur quant aux conséquences de l'opération sur la structure financière et actionnariale de l'émetteur, en particulier lorsque l'émission est très dilutive ou destinée à financer une acquisition ».

⁹⁰¹ *Ibid.* : « La révision de la directive Prospectus, pan important de l'Union des marchés de capitaux (UMC) en tant que « porte d'entrée » pour le financement de marché, a été annoncée en janvier 2015 par la Commission européenne et publiée le 30 novembre 2015 ».

⁹⁰² Règl. (UE) n° 1286/2014 du PE et du CE du 26 nov. 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance : JOUE n° L 352/1 du 9 déc. 2014. Le règlement PRIIPs entrera en vigueur comme MIF 2 en 2018 : European Commission, « Commission extends the application date of the PRIIPs Regulation by one year » [online], Official website, *European Commission*, Nov. 9th 2016.

Site Commission européenne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3632_fr.htm?locale=FR

273. La documentation. – Les prospectus sont enfermés dans un certain formalisme. Les obligations de transparence prennent leur forme par le caractère réglementé de l'information à diffuser. L'information financière concerne aussi les investisseurs qui deviennent actionnaires ou créanciers des établissements de crédit, des entreprises de marchés. En effet, elles sont aussi des sociétés admises à faire des offres au public de titres financiers⁹⁰³, selon la nouvelle appellation de l'appel public à l'épargne⁹⁰⁴. Les normes prudentielles individuelles absorbent dans leur périmètre des textes qui n'en feraient pas à première vue partie.

2. L'obligation d'information

274. L'autre complément. – L'information rend solide les investissements solides. Il ne s'agit plus d'une norme prudentielle mais d'un complément. La connaissance de l'investissement par les investisseurs contribue à renforcer la solidité de l'opérateur qui agit en bon professionnel dans ses missions de dépositaire⁹⁰⁵, ou de mandataire dans la gestion de portefeuille⁹⁰⁶. Grâce à l'obligation d'information, au devoir de conseil, les investisseurs sont éclairés dans le placement qu'ils réalisent.

Bien que ces obligations d'information ne soient pas des normes prudentielles, elles stabilisent les investissements et indirectement les opérateurs. En effet, la crise n'est en général pas un problème d'endettement excessif mais souvent un problème de qualité de la dette. La crise financière qui a suivi celle des *subprimes* n'a pas montré que les problèmes étaient posés par les grands opérateurs. Elle a mis à jour des établissements de taille moyenne voire de petite taille qui par leur manque de transparence ont accumulé des créances douteuses⁹⁰⁷.

275. Les insuffisances. – Les normes micro-prudentielles⁹⁰⁸ sont indispensables mais la finance dépasse une somme d'individualité. Les interpénétrations font naître un système intégré où le

⁹⁰³ La complexité de la présentation à ce niveau vient du fait que les opérateurs financiers ne sont pas passifs, ils émettent en plus leurs propres titres sur les marchés. Par conséquent, des textes qui ne seraient directement impliqués dans la dissection de la notion de normes prudentielles sont ramenés dans leur périmètre. Ils viennent apporter un éclairage supplémentaire

⁹⁰⁴ Ord. n° 2009-80 du 22 janv. 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière : JORF n° 0019 du 23 janv. 2009 p. 1431 texte n° 14.

⁹⁰⁵ Ex. Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18005, Publié au bulletin, Bull. 1991 IV N° 327 p. 227 : « que soient les relations contractuelles entre le client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer du risque encouru dans les opérations spéculatives ».

⁹⁰⁶ Ex. C. monét. fin., art. L. 533-11.

⁹⁰⁷ V. J. DE LAROSIÈRE, *op. cit.*, p. 203. De plus, sont encore embourbés dans ces difficultés des opérateurs portugais ou italiens qui sont des établissements de taille moyenne au regard d'un établissement systémique.

⁹⁰⁸ F. BARRY et M. DAI, « La dimension macro-prudentielle de la régulation financière introduite par Bâle III », *Bulletin de l'Observatoire de politiques économiques en Europe*, n° 28, Été 2013 : « La critique essentielle formulée envers la régulation micro-prudentielle est qu'elle ne prend pas en compte l'impact, particulièrement indésirable en cas de crise, de l'ajustement des portefeuilles des banques individuelles sur la performance globale du système financier et de l'économie ».

renforcement de la solidité d'un opérateur ne conduit pas nécessairement à la stabilisation de l'ensemble⁹⁰⁹.

SECTION 2. LA STABILITÉ DU SYSTÈME

275. La stabilisation financière constitue un impact bénéfique essentiel des normes prudentielles. Elles rendent plus solides les opérateurs et, de manière périphérique, les flux qui les unissent. Ce travail permet d'assurer la solidité individuelle de chaque opérateur et de ses investissements pris un par un. Néanmoins, la finance contemporaine dépasse une somme d'individualités.

La politique macro-prudentielle⁹¹⁰ a une autre dimension que les normes micro-prudentielle. Elle vise à stabiliser l'ensemble du système financier. Le système financier, en effet, se perçoit comme une entité. La somme des opérateurs économiques forment un ensemble qui n'est pas réductible à un cumul. Ainsi, les mesures macroprudentielles⁹¹¹ complètent celles micro-prudentielles. Les Accords de Bâle⁹¹², surtout ceux de 2010, amorcent une surveillance macro-prudentielle. La convention de langage⁹¹³ qui distingue supervision et régulation s'estompe. La finalité est ici d'éviter la réalisation du risque systémique, le risque qui emporterait le système.

Le premier niveau de stabilisation globale est celui de l'ensemble du secteur financier, il s'agit d'une stabilisation macro-prudentielle (§1). Aux normes macroprudentielles s'ajoutent un ensemble d'instruments étatiques ou régionaux qui complètent les normes pour affiner la maîtrise du risque systémique (§2).

⁹⁰⁹ *Ibid.* : « Lorsqu'un régulateur pousse une banque à restaurer son *ratio du capital*, il est indifférent que cette dernière l'ajuste en acquérant du capital ou en diminuant leurs actifs ».

⁹¹⁰ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 2 : « Cette stabilité est au cœur des normes dites macro-prudentielles ».

⁹¹¹ V. T. BENNANI, M. DESPRÉS, M. DUJARDIN, T. DUPREY and A. KELBER, *Macroprudential framework : key questions applied to the French case* [online], Official website, *Banque de France*, Occasional Papers, n° 9, Feb. 2014.

Site Banque de France : https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/publications/Occasional-paper-9_2014-02_01.pdf

⁹¹² V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 1 : « Ces accords successifs traduisent l'adaptation desdites normes qui s'est imposée en raison des évolutions financières et technologiques ainsi que des crises, la stabilité du système financier dans un monde globalisé étant en jeu ».

⁹¹³ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Concevoir une régulation prudentielle » [en ligne], *Marie-Anne Frison-Roche*, août 2014 : « Ainsi, il est convenu que l'on parle d'une part de "normes de régulation" et d'autre part de "normes prudentielles", les premières relevant du "droit de la régulation", les secondes du "droit de la supervision" ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/10-concevoir-une-regulation-prudentielle/>

§1. La stabilisation macro-prudentielle

276. La stabilisation macro-prudentielle assure une stabilité du système sans se préoccuper, directement et uniquement, des opérateurs de manière individuelle et des investissements, comme le fait la stabilisation micro-prudentielle.

Les normes macro-prudentielle⁹¹⁴ s'appuient notamment, mais pas seulement, sur les emblématiques coussins contra-cycliques⁹¹⁵. L'idée est d'utiliser des capitaux pour stabiliser l'ensemble du système.

La stabilisation macro-prudentielle recouvre une mise en place d'une stabilité des marchés (A), mais génère des retombées bénéfiques rapides sur les opérateurs (B).

A. La stabilité des marchés

277. La stabilisation par les normes macroprudentielles va utiliser des capitaux pour renforcer l'ensemble du système financier, entendu comme une entité qui dépasse la somme arithmétique des opérateurs économiques.

La stabilité des marchés permet à des opérateurs solidifiés grâce aux normes micro-prudentielles de pouvoir intervenir sur un terrain sûr. Il serait inutile d'avoir des intermédiaires financiers qui ne craindraient pas la défaillance à titre individuel alors que l'ensemble de la finance mondiale pourrait sombrer.

Afin de mettre en place des conditions propices à un tel marché financier, les normes prudentielles procèdent à une stabilisation en coupe (1) et une stabilisation au cours du temps (2).

1. La stabilisation en coupe

278. L'intervention structurelle. – La stabilisation en coupe s'appuie dans un premier temps sur des normes prudentielles de structure. Les mesures structurelles ont été présentées en Europe à l'occasion de la publication d'un rapport rédigé par un groupe d'experts sous la direction de M. le Gouverneur Erkki Liikanen⁹¹⁶. Ce groupe proposait notamment la séparation des banques de détail et des activités spéculatives pour compte propre. L'établissement qui voudrait se livrer à des opérations de trading pour compte propre devrait créer une filiale dédiée à cette activité. Cette compartimentation rappelle le *Glass-Steagall Act*⁹¹⁷. En réalité, l'inspiration provient directement du *Dodd-Franck Act*⁹¹⁸.

⁹¹⁴ *Ibid.*, n° 3 : « pour les normes macroprudentielles, les coussins contra-cycliques ».

⁹¹⁵ C. monét. fin., art. L. 612-1 II 2° bis : « De fixer l'exigence de coussin applicable aux établissements d'importance systémique mondiale et aux autres établissements d'importance systémique et de veiller au respect de l'exigence globale de coussin de fonds propres définie aux articles L. 511-41-1 A et L. 533-2-1 ».

⁹¹⁶ E. LIIKANEN, « Groupe d'experts de haut niveau sur la réforme structurelle du secteur bancaire de l'UE - Rapport final », Bruxelles, 22 oct. 2012.

⁹¹⁷ *Banking Act*, 1933.

Cette loi de 2010⁹¹⁹, qui régule les excès notamment observés au moment de la crise des *subprimes*, contient la *Volcker Rule*. Cette règle prévoit cette séparation, par filialisation, entre les activités de détail et celles spéculatives. Elle met aussi en place une limite dans les possibilités de placement dans les fonds d'investissement spéculatifs. Cette inspiration s'est en fait retrouvée dans le Titre Ier de la LSRAB⁹²⁰ qui sépare les activités de banques de détail et d'investissements en filiales à part entière.

279. L'intervention capitalistique. – En plus de ces mesures structurelles, les normes macroprudentielles supposent de veiller à ce que les établissements systémiques⁹²¹ aient des fonds suffisants, en quantité et en qualité, pour constituer des coussins de risque systémique structurel⁹²². Ces fonds ne sont pas des fonds propres qui relèvent d'une politique micro-prudentielles mais sont spécialement affectés à la protection de l'établissement contre la survenance du risque systémique. A la différence des autres coussins, celui-ci n'est pas lié à la conjoncture. Le seul critère de son emploi est la recrudescence de la probabilité de la réalisation du risque systémique.

A ce coussin s'ajoute des renforcements de fonds propres au sein des établissements bancaires au-dessus des exigences posées par les Accords de Bâle III.

Il ne suffit pas de stabiliser en coupe, la durabilité de cette stabilisation présente une grande importance.

⁹¹⁸ Public law 111-203 - Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, July 21st 2010, H.R. 4173, H. Rept. 111-517, S. Rept. 111-176.

⁹¹⁹ Durant la récente campagne électorale américaine, M. le Président élu Donald Trump avait émis l'hypothèse d'une abrogation du Dodd-Frank Act. Cette abrogation serait le signe d'une amorce de dérégulation de la finance anglo-saxonne. La période qui vient de s'ouvrir s'inscrit sous le signe de l'inconnu aux États-Unis. Bien que cette proposition soit difficile à mettre à œuvre, elle marquerait le début d'une nouvelle phase dans l'histoire de la finance. Le Brexit trouble lui aussi les certitudes des acteurs sur les marchés car une hypothèse de réduction drastique de la réglementation financière au Royaume-Uni ne peut être exclue. Il est, en revanche, fort probable que cet enjeu soit très discuté lors des négociations qui suivront la mise en œuvre de la procédure de sortie prévue par l'article 50 du TFUE. D'éventuelles réciprocitys, comme l'accès au passeport européen pour les établissements implantés à Londres, pourraient être refusées sur le Royaume-Uni entamant une politique de dérégulation massive. Ceci serait un paradoxe car il s'agit de l'État-membre à l'origine de la majeure partie de la réglementation européenne.

⁹²⁰ L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

⁹²¹ Selon les critères définis au niveau de la BCE.

⁹²² V. ACPR, « "Notice" Modalités de calcul des ratios prudentiels dans le cadre de la CRD IV » [en ligne], Site officiel, ACPR, 20 mai 2014, p. 13 : « Coussin pour le risque systémique : il vise à limiter les risques systémiques ou macroprudentiels non cycliques à long terme. Il ne s'applique pas obligatoirement à l'ensemble des risques pondérés mais peut s'appliquer par exemple uniquement aux expositions domestiques. Il n'est pas plafonné, mais est a priori compris entre 1 % et 5%. Son application sera décidée en France par le Haut conseil de stabilité financière ».

Rapport. *Ibid.* p. 14.

Site ACPR : https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/International/Les_grands_enjeux/2014-modalites-de-calcul-du-ratio-de-solvabilite-20140520.pdf.

2. La stabilisation temporelle

280. L'intervention capitalistique. – L'intervention de capitaux, dans la fonction préventive des normes prudentielles, entre en jeu par quatre types d'instruments.

Le premier est le coussin en capital contra-cyclique⁹²³. Tant qu'il n'est pas utilisé, sa mission est préventive. Il s'agit d'une réserve de capitaux qui n'est employée que pour moyenniser les pertes en cas de déclenchement d'une crise aiguë. Il est alimenté en période de croissance afin de faire face aux périodes où cette dernière est morne voire négative dans les hypothèses de récession⁹²⁴.

Le second instrument est un ratio de levier maximum⁹²⁵. Il est dirigé par l'ABE⁹²⁶ et sert à éviter les dérives financières auxquelles confinent parfois les effets de levier excessifs. Ce ratio permet d'éviter des investissements sur la base d'une mise initiale trop étroite. La répétition de tels investissements déstabilise les marchés par l'absence des fonds et un recours irraisonnable à l'emprunt.

Troisième instrument, le ratio de liquidité minimum⁹²⁷ sert à vérifier que l'établissement, sans manque de fonds propres, dispose des capitaux nécessaires pour faire faces aux besoins immédiats de fonds, par exemple pour rembourser des créanciers.

Dernier instrument, la limitation des capacités de prêt maximum par des banques ou d'endettement des agents est claire dans sa fonction. Elle sert à éviter l'endettement excessif.

281. Le temps financier. – La stabilisation temporelle a trait des comportements capitalistiques qui s'étendent sur un laps de temps. Il convient de préciser un élément supplémentaire. Les modifications d'affectation des capitaux au sein des opérateurs passent par la contrainte à des instruments tels que ceux précités. Cependant, cette contrainte ne doit pas aller trop vite. En effet, elle ne peut pas être brusque sinon l'opérateur encourt un risque de liquidité ou de crédit. La progressivité dans la mise en place de ces outils apparaît nécessaire.

L'ensemble de ces instruments macroprudentiels permet à la fois une stabilisation en coupe, c'est-à-dire par type d'activité, et temporelle, c'est-à-dire par période. Cet ensemble mène à des retombées immédiates sur les opérateurs.

⁹²³ *Ibid.*, p. 12 : « Coussin contracyclique : Il est mis en place en cas de croissance excessive du crédit (notamment une déviation du ratio crédit/PIB). Il s'impose sur décision discrétionnaire d'une autorité désignée d'une juridiction à toutes les expositions que les établissements ont dans cette juridiction ». Rappr. CRD IV, art. 140.

⁹²⁴ *Ibid. ead loc.*

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 45 : « Le ratio de levier mesure le rapport entre les fonds propres de catégorie 1 et le total d'expositions, qui comprend les actifs au bilan, y compris les dérivés et les opérations de pensions et prêt/emprunt de titres, ainsi que le hors bilan ».

⁹²⁶ *Ibid. ead loc.* : « Le ratio de levier figure dans la CRD IV comme une mesure de Pilier II et Pilier III, le passage à une exigence de Pilier I en 2018 étant soumis à une revue approfondie qui sera menée par l'Autorité Bancaire Européenne puis à un Rapport accompagné d'une proposition législative de la Commission avant le 31 décembre 2016 ».

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 47.

B. La stabilité des opérateurs

282. La stabilité des marchés assure aux intermédiaires financiers de pouvoir développer leurs activités sur des marchés. Ils ne risquent d’engendrer la réalisation de l’événement tant redouté, le risque systémique.

L’évitement du risque systémique⁹²⁸ a pour corollaire immédiat un renforcement presque mécanique des opérateurs. La place de normes techniques⁹²⁹ permet de renforcer un système dans lequel les intermédiaires financiers sont tous liés entre eux.

Les retombées des normes macroprudentielles bénéficient aux opérateurs compte tenu, d’une part, de leur interdépendance (1) et, d’autre part, de leur rôle indispensable dans une économie de marché (2).

1. L’interdépendance

283. Les groupes. – L’aspect systémique de la finance n’est pas nouveau⁹³⁰. Il est dû aux conglomérats financiers. En effet, la globalisation a tendance à favoriser la création de groupes bancaires⁹³¹.

L’existence de groupes systémiques bancaires, les G-SIB⁹³² selon l’appellation du FSB, justifie l’existence de ces normes macroprudentielles afin de concevoir des règles de prévention systémiques.

284 Les prêts interbancaires. – Les prêts interbancaires⁹³³ et, de façon générale, les relations de capitaux qu’entretiennent les opérateurs entre eux, sont créatrices du système. Les liens sont si étroits qu’ils créent des circuits propices à un effet domino, en cas de défaillance d’un acteur « important ».

⁹²⁸ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Banque » : « Elles (les défaillances bancaires) ne sont pas sans danger pour le système bancaire et financier mondial ; elles peuvent produire, par un effet de contagion, d’autres défaillances et créer des situations de rupture grave : on parle de risque systémique ».

⁹²⁹ *Ibid.* : « Aussi tant au niveau international – le Comité de Bâle – qu’au niveau communautaire et interne, a-t-on proposé et imposé des normes prudentielles de gestion ».

⁹³⁰ V. R. CONTAMIN, « Interdépendances financières et dilemme de politique monétaire : *La Banque de France entre 1880 et 1913* », *Revue économique*, n° 2003/1, Vol. 54, p. 157.

⁹³¹ Un État tel que la France a une industrie bancaire très puissante qui comporte quatre établissements de dimension systémique : BNP Paribas, Société Générale, Groupe Crédit Agricole et BPCE. Rapp. M.-H. FORTÉSA et A. KUBRUSHKO, « Plans de redressement et de résolution : nouvelle donne dans la gestion des crises bancaires », *Banque & Stratégie*, n° 308, 13 nov. 2012 : « Conformément aux déclarations du G20, le *Financial Stability Board* (FSB) a dressé en novembre 2011 une liste de 29 G-SIFI, devenues 28 le 1^{er} novembre 2012, dont 4 banques françaises (BNPP, Société Générale, Groupe Crédit Agricole, BPCE), pour en faire un groupe pilote pour l’application de la réglementation relative au redressement et à la résolution des établissements financiers ».

⁹³² Global Systemically Important Banks.

⁹³³ V. P. PRAET et V. HERZBERG, « Liquidité de marché et liquidité bancaire : interdépendances, vulnérabilités et communication financière », *RSF*, N° spécial liquidité, n° 11, févr. 2008, p. 107 : « De surcroît, le financement interbancaire dépend lui-même de plus en plus de la liquidité du marché ».

2. Le rôle indispensable

285. Le financement de l'économie. – Les opérateurs sont, de façon indirecte mais certaine, des bénéficiaires des normes macroprudentielles. Elles sont destinées à stabiliser le système mais complètent, sans s'opposer, les règles microprudentielles. La stabilisation des marchés par les normes macroprudentielle permet aux entreprises de trouver les fonds nécessaires au financement de l'économie. Un marché stable est propice à la mise en place d'une Union des marchés de capitaux afin que les opérateurs financiers, agissant sur ce marché stable, puissent financer l'économie⁹³⁴. Se met en place une réciprocité entre la stabilité des marchés et le financement des investisseurs qui, à leur tour, investissent dans des opérateurs financiers solides. Les normes macroprudentielles et microprudentielles permettent d'engager une dynamique bénéfique.

286. Le financement des États. – Les États sont en situation de dépendance à l'égard des marchés financiers. Ils empruntent des fonds notamment par des émissions obligataires.

En France, l'AFT⁹³⁵ procède à plusieurs types d'émissions⁹³⁶ selon les besoins de l'État. L'AFT procède, à l'heure actuelle, à des émissions d'obligations assimilables du Trésor (OAT) et de bons du Trésor à taux fixe et à intérêts précomptés (BTF). Les OAT constituent les émissions à moyen et à long terme. Les BTF servent à la gestion de trésorerie c'est-à-dire les fluctuations au cours d'une année de la trésorerie française. Cela justifie que leur maturité ne dépasse pas l'année.

Les *Govies* sont un marché très sûr pour les opérateurs car les française ou allemande avec le *Bund*, ne présentent qu'un infime risque de crédit.

L'acquisition de ces OAT ou BTF servent à constituer des fonds propres et donc, à remplir les obligations contenues dans les normes prudentielles, tout en stabilisant, par réaction, les États.

§2. La stabilisation par les États

287. Les normes macroprudentielles visent à stabiliser l'ensemble des marchés financiers sans se préoccuper des intermédiaires financiers en tant qu'entités propres. Toutefois, cette stabilisation des marchés stabilise, du même coup, les États.

Les normes prudentielles ont un effet bénéfique par leur caractère préventif. Grâce à lui, les marchés financiers sont aussi stabilisés. Il existe, là aussi, une réciprocité stabilisatrice. Elle se comprend avec

⁹³⁴ V. Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions : « Un plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux », 30 sept. 2015, COM (2015) 468 final : « Des marchés des capitaux plus forts permettront de compléter le financement bancaire, dont la tradition est solidement ancrée en Europe ».

⁹³⁵ Site Agence France Trésor : http://www.aft.gouv.fr/rubriques/informations-generales_169.html

⁹³⁶ V. AFT, « Les produits : Informations générales » [en ligne]. Site officiel, AFT, 2016.
Site AFT : http://www.aft.gouv.fr/rubriques/informations-generales_169.html

aisance car les États ont une position subsidiaire en cas de défaillance des opérateurs bancaires, dans l'hypothèse d'une insuffisance des mécanismes administratifs.

La stabilisation procède ainsi d'une intervention étatique (A) afin d'écarter, en même temps que le risque systémique, la crise des dettes souveraines (B).

A. L'intervention étatique

288. Les normes prudentielles profitent, de façon indirecte, aux États. La politique de prévention, qu'elles mettent en place, leur évite d'avoir à procéder à des renflouements d'établissements financiers en difficulté.

En sens opposé, l'État est en situation d'intervention au moyen de la BCE. Dans l'UE, sur le modèle de la banque centrale allemande, la BCE est indépendante du pouvoir politique mais les États-membres en sont les actionnaires.

L'intervention procède par la politique monétaire (1) et par le rôle de prêteur de dernier ressort (2).

1. La politique monétaire

289. La politique de taux. – Un taux directeur d'une banque centrale n'est pas une norme prudentielle. Il n'est pas une norme car il n'en poursuit pas le but, pas plus qu'il ne vise à stabiliser les marchés au sens d'une norme macroprudentielle. La politique des taux qui est décidée par le *board* des Gouverneurs des banques centrales actionnaires⁹³⁷.

290. La gestion de l'inflation. – Les remontées de taux directeurs permettent de réduire l'inflation due à la faible cherté de l'argent en cas de taux bas⁹³⁸. Les mouvements lents sur les taux, et notamment le taux directeur, permet à la banque centrale de compléter l'effet des normes prudentielles mises en place afin de stabiliser les marchés⁹³⁹.

⁹³⁷ BCE, « Rotation des droits de vote au sein du Conseil des gouverneurs » [en ligne], Site officiel, *BCE*, 1^{er} déc. 2014 : « Un classement sera établi pour déterminer à quel groupe chaque gouverneur de banque centrale nationale appartient. Les gouverneurs des pays classés de un à cinq (actuellement l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Espagne et les Pays-Bas) se partagent quatre droits de vote ».

Site BCE : <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/voting-rotation.fr.html>

⁹³⁸ V. BCE, « Rapport annuel » [en ligne], Rapport annuel, Francfort, Site officiel, *BCE*, 2015, p. 21 : « Les taux d'intérêt très bas ne relèvent que partiellement du choix de la banque centrale. Ils sont également le reflet de facteurs spécifiques au plan mondial et dans la zone euro, dont certains sont de nature séculaire, tandis que d'autres sont liés aux répercussions de la crise financière ».

Site BCE : <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/annrep/ar2015fr.pdf?33442d868260d516a9b38063a4ce961c>

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 69 : « Depuis le 4 novembre 2014, la BCE assume les compétences macroprudentielles que lui a conféré le règlement MSU afin de remédier à l'émergence d'éventuels risques systémiques dans le système financier ».

2. Le prêteur de dernier ressort

291. Le refinancement. – La banque centrale est une banque de premier rang par opposition aux banques commerciales et mutualistes qui sont des banques de second rang. Elle mène une politique monétaire qui doit s'accorder avec les orientations inscrites dans les normes prudentielles afin de ne pas créer de rupture ou de contradiction. En tant que prêteur de dernier ressort, elle joue un rôle subsidiaire mais majeur pour veiller à la viabilité du système.

292. La nationalisation. – La nationalisation serait une mesure extrême à l'heure actuelle et jamais utilisée depuis 1982⁹⁴⁰, en France. La tendance actuelle serait plutôt à la privatisation⁹⁴¹ mais les États-Unis avaient nationalisé l'assureur AIG durant la crise de 2008. Si le risque systémique venait à se réaliser, il est indubitable que l'État, la Banque de France et la BCE agiraient en étroite coordination pour sauver le système, quitte à susciter un important endettement.

B. La crise des dettes souveraines

293. Les normes macroprudentielles ont un double rôle bénéfique car elles stabilisent, tout d'abord, les opérateurs financiers pour avoir, ensuite, un rôle stabilisateur des États.

La dernière crise financière a démarré sur le marché de l'immobilier américain et a ravagé les économies européennes en entraînant une hausse considérable de la dette des États.

La crise des dettes souveraines a été édifiante dans la mesure où elle a fait surgir la circularité des circuits financiers (1) et montré l'impasse de la prévention en période de crise (2).

1. La « référence circulaire »

294. L'État emprunteur. – L'État emprunte sur les marchés financiers. Les levées de fonds se réalisent par émission de titres⁹⁴², BTF et OAT essentiellement. Par conséquent, l'État se finance sur les marchés stables. Il contribue à rendre solides les opérateurs financiers. En effet, dans la mesure où de cette dette est de qualité, elle constitue des créances qui solidifient les fonds propres des banques qui l'acquièrent et elle apporte de l'argent frais aux États.

295. L'État prêteur. – L'État emprunte mais l'État prête et pas seulement lors d'un *bail-out*.

⁹⁴⁰ Lois de nationalisation du secteur bancaire de 1982, préc.

⁹⁴¹ Lois de privatisations de 1986, préc.

⁹⁴² Il s'agit d'émissions obligataires particulières pour l'essentiel.

En tant qu'actionnaire de la BCE, il est indirectement responsable de la politique actuelle de *quantitative easing* qui a un effet macro-économique sur le même terrain d'action des normes prudentielles. Cette politique de la BCE vise à apporter de la liquidité sur les marchés⁹⁴³. Par conséquent, l'État prête de manière indirecte aux établissements financiers sur le marché primaire et il emprunte sur le secondaire.

Il existe une circularité qui justifie que l'État doive aussi stabiliser les marchés car la réalisation du risque systémique l'entraînerait directement à l'abîme. En stabilisant les marchés, il se stabilise lui-même. De la même façon, la réciproque se vérifie aussi.

2. *L'aporie de la stabilisation*

296. L'absence de point d'appui. – La prévention est un élément indispensable. Elle permet de mettre en place les mécanismes structurels qui assurent la stabilité de l'ensemble des marchés financiers. En outre, elle assure la solidité individuelle de chaque opérateur sur le marché. A défaut, elle organise les méthodes par lesquelles un opérateur pas assez solide ou défaillant va être exclu du marché. Cette exclusion est justifiée par l'existence du risque systémique dont les autorités de supervision et de résolution nationale ou communautaire doivent enrayer.

Néanmoins, la supervision et donc son outil d'action, les normes prudentielles, ne suffisent pas. En effet, il est rare que les marchés financiers ne frôlent pas la réalisation de cet événement défavorable. A elle seule, malgré tous les bienfaits qu'elle apporte, la prévention est une aporie⁹⁴⁴.

297. L'insuffisance de l'unique stabilisation. – Dans le volet préventif, les normes prudentielles dominent. Cependant, lorsque la crise se déclare, ces dernières passent au second plan, la supervision s'efface. Arrive à l'avant-scène la régulation⁹⁴⁵. La régulation est animée par des normes régulatrices et non pas par des normes prudentielles, entendues au sens strict. L'expression « normes

⁹⁴³ V. BCE, « Rapport annuel », Rapport annuel, Francfort, BCE, 2015, p. 45.

⁹⁴⁴ F. ARMENGAUD, in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv. éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Editions Albin Michel, 2001, p. 161. *V*^o « Aporie » : « En philosophie, on peut lui donner un sens faible comme le fait Aristote en insistant sur l'aspect de difficulté à résoudre, notamment lorsqu'il s'agit de la « mise en présence de deux opinions contraires et également raisonnées en réponse à une même question » (ce qu'on appellera plus tard « antinomie ») ; et un sens fort, celui de Platon, pour qui il s'agit d'une difficulté qui exige un changement de registre de la recherche ; les Modernes donnent à ce terme un sens encore plus fort de problème insoluble, d'obstacle insurmontable ». La stabilisation n'est pas antinomique avec la régulation puisqu'elle en est un préalable. Cette aporie ne peut pas être non plus entendue dans son acception contemporaine de voie sans issue. Pour se sortir de cette épreuve, le sens donné par Platon semble le meilleur. En effet, l'aporie platonicienne témoigne d'une contrainte qui requiert une nouvelle approche. Cette solution existe déjà. L'inconvénient provient du fait que cette autre voie n'entre en jeu qu'au moment de la crise. Il s'agit de la norme vue sous le prisme curatif dans un contexte de régulation.

⁹⁴⁵ A. LYON-CAEN, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, *V*^o « Régulation » : « C'est pour parler des transformations du droit ou d'un nouveau droit qu'il est fait appel à un concept de régulation. Évoquer un nouveau droit, est-ce en réclamer l'avènement ou est-ce, seulement s'efforcer d'en rendre compte ? Des glissements sont inéluctables entre théorie prescriptive, ou doctrine, de la régulation (M.-A. Frison-Roche, 2001, 2002) a plutôt une visée prescriptive, alors que l'entreprise de mise à jour d'un droit régulateur (G. Timsit, 1997) répond à un parti plutôt descriptif ».

prudentielles » demeure toutefois, dans un sens générique. Cela montre leur caractère protéiforme et une fusion des deux disciplines en un alliage qui recouvre presque la totalité du droit de la banque et des marchés financiers.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

298. La prévention. – La supervision et la régulation coexistent en permanence. Hors période de crise financière, la supervision prime sur la régulation. Nonobstant le caractère générique de la formule, certaines normes prudentielles assurent la prévention des crises financières. Ces normes prudentielles stabilisent leurs destinataires, c'est-à-dire les opérateurs, et, elles stabilisent de façon moins directe le système financier.

La supervision est la mission originelle des normes prudentielles, dans le sens pur du terme. Elles ont été conçues pour maintenir l'homéostasie des marchés financiers. Cet équilibre est maintenu grâce au jeu subtil de facteurs de solidité des opérateurs. La prévention est un volet crucial car il forme le canevas sur lequel travaillent les réseaux pour produire des normes techniques jusqu'au moment où le calme cesse.

299. Le fragile équilibre. – Le calme n'est pas un état durable sur les marchés financiers. Le tintamarre s'empare avec régularité de ceux-ci et brise l'équilibre instauré par les normes préventives. La crise existe pour mieux rappeler combien les mouvements d'argent peuvent s'emballer lorsque les prises de risques sont exacerbées jusqu'à la tétanie. La fièvre ou les refroidissements ne peuvent durer trop longtemps sous peine de détruire la finance et de porter atteinte à la stabilité des États. La régulation entre en jeu pour ramener le système vers l'homéostasie perdue.

CHAPITRE 2. LA NORME CURATIVE

300. Les normes prudentielles aménagent des mécanismes visant à éviter les crises. Ils se rassemblent sous l'étiquette de la supervision. Celle-ci ambitionne de rendre plus solides les opérateurs. Par-là, elle prévient les désordres qui peuvent affecter les marchés lorsqu'un intervenant sur ces derniers fait défaut.

Néanmoins, malgré l'indéniable efficacité de la prévention, il arrive qu'une crise se déclenche. La supervision doit laisser la place à la régulation⁹⁴⁶. Les normes prudentielles étaient de purs objets de prévention. La multiplication des crises a conduit les réseaux à l'origine de leur édicition à dépasser la prévision pour créer un autre type de normes technique. Ce glissement dans la finalité a conduit à l'avènement de normes de régulation⁹⁴⁷. A l'heure actuelle, les normes prudentielles sont une confusion entre régulateur et supervision⁹⁴⁸. Le versant régulateur encadre les comportements sur les marchés financiers⁹⁴⁹. La régulation est une question de droit⁹⁵⁰, une source d'interrogation car elle est peut-être le mode de gouvernement d'un domaine⁹⁵¹. L'alternance de crises et d'accalmies⁹⁵² fait de la régulation un outil d'intervention à l'intérieur du fonctionnement des opérateurs. La régulation diffère de la supervision par fonction réparatrice.

Un premier type de régulation est fondée sur la réaction situationnelle à la crise, il s'agit de la régulation conjoncturelle (Section 1). Un second procédé se repère avec une correction en profondeur, il s'agit de la régulation structurelle (Section 2).

⁹⁴⁶ A. LYON-CAEN, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, V° « Régulation » : « Du vocable, en effet, le langage législatif a fait un usage remarqué avec la loi du 15 mai 2001, dite de nouvelles régulations économiques. Le mot a été adopté, avec gourmandise, par de nombreux juristes qui, conscient de ses communes origines avec le terme de réglementation, n'en prétendent pas moins qu'ils désignent des concepts différents ».

⁹⁴⁷ V. G. CANGUILHEM, « Régulation, épistémologie » [en ligne], *Encyclopædia Universalis*, consulté le 17 août 2016 : « Le concept de régulation, dans son acception la plus large, renferme au minimum trois idées : celle de relation d'interaction entre éléments instables, celle de critère ou de repère, celle de comparateur. La régulation, c'est l'ajustement, conformément à quelque règle ou norme, d'une pluralité de mouvements ou d'actes et de leurs effets ou produits que leur diversité ou leur succession rend d'abord étrangers les uns aux autres ».

Site Encyclopédie universalis : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/regulation-epistemologie/>

⁹⁴⁸ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Normes prudentielles » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 18 janv. 2016 : « Le risque systémique étant un objectif d'ordre régulateur, l'on mesure ainsi que le régulateur et le prudentiel, naguère nettement distingués, s'articulent, se rapprochent, voire fusionnent. Or, le prudentiel renvoie à la supervision davantage qu'à la régulation et les autorités de supervision sont distincts des autorités de régulation ... ».

⁹⁴⁹ V. A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010, p. 1041, n° 1410 et s.

⁹⁵⁰ V. M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), « Droit de la régulation : question d'actualité », *P. Aff.*, n° 110, 2002.

⁹⁵¹ V. A. LYON-CAEN, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, V° « Régulation » : « Parfois, elle désigne un type de droit : tout droit ne sera donc pas de type régulateur ». Rapp. R. LAFORE, « Les nouveaux modes de régulation juridique : l'exemple des politiques d'insertion », in *L'État à l'épreuve du social*, Bordeaux, Syllepse, 1998, p. 40-53.

⁹⁵² V. J. DE LAROSIÈRE, *op. cit.*, p. 159 : « Mais après l'accalmie de novembre, la crise reprit avec violence en décembre 1992 avec l'approche des élections législatives au printemps suivant ».

SECTION 1. LA RÉGULATION CONJONCTURELLE

301. La norme dans sa fonction curative panse les troubles financiers. L'aspect curatif renvoie à la régulation bancaire et financière. Elle se distingue⁹⁵³ de la supervision, à laquelle est surtout assignée une mission de prévention⁹⁵⁴.

La régulation n'utilise pas des normes prudentielles mais des normes régulatrices. Les deux types de normes ne peuvent, cependant, être opposés⁹⁵⁵. Il s'opère une confusion entre régulation et supervision⁹⁵⁶. Une hybridation entre les deux notions est observable⁹⁵⁷. L'expression « normes prudentielles » fait l'objet d'un emploi de normes prudentielles au sens générique. La régulation passe par une analyse et une réaction à la conjoncture économique et financière. La régulation conjoncturelle s'affirme comme un premier niveau d'intervention.

Les normes de régulation incluent d'inopinées dispositions pro-cycliques (§1). Les normes régulatrices les plus connues restent les dispositions contra-cycliques (§2).

§1 : Les dispositions pro-cycliques

302. La régulation conjoncturelle est celle qui est calée sur les phases de l'économie et de la finance pour suivre au mieux ces dernières. Ce suivi permet des ajustements des dispositifs régulateurs globaux et au sein des opérateurs afin de s'adapter à ces modifications.

Le droit accélère la crise. Le paradoxe n'est pourtant pas étonnant, ne serait-ce que par l'observation des normes comptables.

Il convient de séparer les dispositions procès-cycliques selon qu'elles interviennent en période de crise (1) ou en dehors de la crise (2).

⁹⁵³ V. Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 115, n° 160 : « Ce terme tend à s'éclipser au profit des termes « supervision » et « régulation » : on parle en effet, de plus en plus fréquemment, d'autorités de supervision ou d'autorité de régulation. Les termes ne sauraient toutefois être confondus ».

⁹⁵⁴ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Supervision » [en ligne], *Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, Marie-Anne Frison-Roche* : « La supervision suppose la transparence de l'opérateur à l'égard du superviseur : l'on passe de la "boîte noire" à la "maison de verre"; Ainsi les normes prudentielles sont indifférentes au contexte de marché. La régulation est pour l'extérieur, le prudentiel est pour l'intérieur ». Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/supervision/>.

⁹⁵⁵ *Ibid.* : « Cette opposition s'est avérée catastrophique puisque précisément il y a communication entre l'intérieur et l'extérieur lorsqu'il s'agit des marchés financiers, puisque le marché financier est un marché et que les informations sont conçues à l'intérieur des entreprises qui émettent les titres ».

⁹⁵⁶ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « La nature hybride du Conseil de régulation financière et du risque systémique » [en ligne], *Marie-Anne Frison-Roche*, 29 nov. 2010 : « Le Conseil de la régulation financière et du risque systémique établi par la loi du 22 octobre 2010 montre que la summa divisio entre régulation et prudentiel n'existe plus, puisque les opérateurs financiers sont systémiques ». Le Conseil n'existe plus depuis 2013, il a été remplacé par le HCSF mais le constat demeure. Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/63-la-nature-hybride-du-conseil-de-regulation-fina/>.

⁹⁵⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *La nature hybride du Conseil de régulation financière et du risque systémique, D.* 2010, chron., p. 2712-2714. Ce Conseil n'existe plus, il a été remplacé par le HCSF mais le constat demeure.

A. En période de crise

303. Les normes pro-cycliques sont celles qui favorisent le développement des effets du cycle économique en cours.

Lorsque la crise se déclenche, la pro-cyclicité doit, à tout prix, être interrompue pour éviter la réalisation du risque systémique.

En période de crise, il se constate un échec des normes existantes (1). Il marque l'interruption nécessaire de l'application des normes (2)

1. L'échec des normes existantes

304. L'inadaptation. – L'échec de l'opposition entre supervision et régulation⁹⁵⁸ conduit à envisager le problème sous un angle nouveau. La régulation ne succède pas à la supervision la première prime sur la seconde lorsqu'une crise se déclenche. Elles demeurent complémentaires.

Quand, une crise s'enclenche, il semble pertinent de repérer l'ensemble des normes techniques qui sont inadaptées⁹⁵⁹. En matière financière, contrairement à d'autres branches du droit, elles ne restent pas neutres, les normes techniques inadaptées, au mieux, brisent les efforts de sortie de crise et, au pire, démultiplient les effets nocifs.

305. La désuétude. – Les normes sont efficaces et convenaient à l'ancien système, la crise rebat le jeu des normes techniques. La régulation conjoncturelle doit écarter toutes les normes nocives ou obsolètes pour qu'elles n'interfèrent pas avec les efforts de règlement de la crise.

Le système financier a changé et les normes ont atteint leur péremption du fait de leur obsolescence, d'autres qu'elles doivent être mises en place pour résoudre les difficultés conjoncturelles.

2. L'interruption nécessaire

306. La potentielle aggravation. – La contradiction entre « crise » au sens ancien⁹⁶⁰ et au sens contemporain⁹⁶¹ affleure. Pire, le droit peut être un amplificateur⁹⁶² de la crise financière. Il faut mettre en place une boucle de rétrocontrôle positive afin d'améliorer la réglementation.

⁹⁵⁸ V. A. LYON-CAEN, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, V° « Régulation » : « De prime abord, la proposition d'un droit de la régulation se présente comme descriptive. En bref, il s'agit de faire apparaître l'unité d'un ensemble de règles passible de l'appellation de branche (nouvelle) du droit, mais surtout constitutif d'une sphère de régulation, distincte du champ traditionnel de la réglementation ».

⁹⁵⁹ V. L. RAPP, « Le droit, amplificateur de crises », in J. LARRIEU (dir.), *Crise(s) et Droit*, PUT1, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n° 13, LGDJ, 2012, p. 29 : « L'inadaptation des régimes en place a pu encore avoir des conséquences sur les effets de la crise, en les démultipliant ».

⁹⁶⁰ V. E. MORIN et F. L'YVONNET, *Pour une crisologie*, L'Herne, 2016, p. 5-6 : « J'ai toujours été frappé par un paradoxe : chez les Grecs, le mot "crise" - "Krisis" - correspond au moment qui permet le diagnostic d'une

307. La refonte annoncée. – Le déferlement⁹⁶³, que la crise impose, demande une refonte de certaines normes techniques qui convenaient à la crise ou à l'accalmie précédente. Pour réaliser ce tour de force, un rassemblement entre supervision et régulation⁹⁶⁴ est indispensable.

B. Hors période de crise

308. En période de crise sur les marchés, les normes prudentielles pro-cycliques doivent être interrompues pour casser le cycle.

Hors période de crise, la régulation est au second plan mais cela ne veut pas dire qu'elle soit effacée.

La régulation permet de mettre en place une continuité (1) et une amélioration (2) du système.

1. La continuité

309. Le principe de concurrence. – La concurrence⁹⁶⁵ doit être préservée en dehors des périodes de crise. Dans ces périodes de crise, il arrive que ce principe soit limité pour préserver l'intégrité du système. Hors crise, le principe permet de stabiliser sur le plan qualitatif le système alors que les ratios, les coussins permettent de le stabiliser en matière quantitative, en volume de fonds.

Le principe de concurrence ne peut se détacher de son corolaire dans ce secteur, le principe d'équilibre.

310. Le principe d'équilibre. – L'équilibre⁹⁶⁶ est un principe a-concurrentiel. Il fait l'objet d'une attention particulière car ce principe est le symétrique de la stabilisation du système. Conserver l'équilibre entre les opérateurs assure une stabilité du système en le rendant compact et réceptif aux nouvelles réglementations.

maladie, c'est-à-dire, le moment où des symptômes très nets de telle ou telle affection apparaissent et permettent aux médecins de dire qu'il s'agit de la rougeole ou de la grippe. »

⁹⁶¹ *Ibid. ead loc.* : « Alors que me mot "crise", dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui, signifie exactement le contraire : il traduit la difficulté de faire un diagnostic ».

⁹⁶² *Ibid.* p. 38.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 44 : « Ce qui est remarquable, c'est le déferlement des désordres est associé à la paralysie et la rigidification de ce qui constituait la souplesse organisationnelle du système, ses dispositifs de réponse, de stratégie, de régulation ».

⁹⁶⁴ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Supervision », art. préc. : « La crise de 2008 a donné pleine conscience de ce continuum entre prudentiel et régulateur et justifié la création de l'Autorité de contrôle prudentiel, l'intégrité des marchés impliquant que le contrôle de la fiabilité de l'organisation interne de certains opérateurs quant à leur organisation, leur, et la façon d'exercer le gage de la du marché lui-même ».

⁹⁶⁵ V. Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 115, n° 160 : « La régulation est, quant à elle, liée à la réglementation, étant observé, qu'en matière bancaire et financière, selon Marie-Anne Frison-Roche, la régulation désigne le dispositif qui permet de mener, dans des secteurs ouverts à la concurrence, une action permettant d'obtenir des résultats non produits par le marché ».

⁹⁶⁶ V. Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 115, n° 160 : « Il s'agit de faire respecter des équilibres par une autorité qui n'est pas l'État, l'équilibre en jeu étant celui devant exister entre la concurrence et un autre impératif, en l'occurrence, la protection du marché et des investisseurs ».

2. L'amélioration

311. La régression. – Le paradoxe de régresser⁹⁶⁷ pour progresser trouve pourtant à s'appliquer en droit de la banque et des marchés financiers. Hors crise, les règles pro-cycliques peuvent faire régresser les résultats financiers, notamment, des opérateurs. La mise en place des politiques financières conjoncturelles alourdit la gouvernance des établissements bancaires et financiers. Mais ce poids ne peut être supporté qu'en dehors des crises. Les normes pro-cycliques favorisent la croissance même si elles sont pesantes.

312. La progression. – L'amélioration se ressent souvent après qu'aient été mises des normes techniques qui adaptent au mieux les opérateurs au cycle en cours. Ce moment de mise en phase suscite des difficultés compte tenu de l'étendue géographique et financière des opérateurs, en termes d'organisation interne. Malgré ces difficultés, ces dernières surmontées, l'opérateur peut profiter à plein de la croissance pour assurer sa solidité et consolider, au plan microprudentiel, ses fonds propres.

§2 : Les dispositions contra-cycliques

313. Les dispositions conjoncturelles incluent une première série de dispositifs avec les mesures pro-cycliques qui sont bienfaitrices pour faire perdurer un état de calme sur les marchés. Cet avantage devient un inconvénient car lorsqu'une crise démarre, ces éléments bienfaiteurs hors crise continuent, en général, à agir mais en basculant pour devenir des facteurs de propagation de la crise⁹⁶⁸.

Il n'y a, par contre, pas de problème contra-cyclique en période de calme. Cette dimension à éviter n'a pas d'intérêt dans l'étude. La contra-cyclicité s'entend comme un encadrement, sans remise en cause du libéralisme⁹⁶⁹, pendant une période de crise⁹⁷⁰ afin de restaurer la stabilité.

Cet enjeu passe par des mesures instrumentales (A). La mise en œuvre de ces outils prudentiels, car en général mis en place de manière prédictive, sont usités en vue de la sortie de crise (B).

⁹⁶⁷ V. E. MORIN et F. L'YVONNET, *op. cit.*, p. 58 : « Ici s'éclaire le double visage de la crise : risque et chance, risque de régression, chance de progression »

⁹⁶⁸ Ex. M. TELLER, « Le régulateur comptable », art. préc.

⁹⁶⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 14 janv. 2016 : « Elle se rattache donc à une théorie libérale puisque le principe de concurrence y est toujours présent ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/regulation/>.

⁹⁷⁰ *Ibid.* : « Mais, elle suppose qu'il ne suffit pas à l'organisation complète et suffisante d'un marché, d'un secteur ou d'une filiale. Cela peut tenir à des données techniques ou économiques qui font que le marché lui-même n'est pas apte à fonctionner : il y a défaillance de marché (*market failure*) ».

A. *Les instruments*

314. La question des dispositions contra-cycliques se pose pour ramener le système d'une crise vers une accalmie financière.

Cet effort de transition est permis, en partie, par des instruments de régulation. Si la mise en place a lieu au sein de chaque opérateur, leur activation généralisée concourt à produire un effet macroprudentiel contra-cyclique. Toutefois, ces instruments ne sont pas la panacée et ils présentent des limites.

Le coussin en capital permet le recours à une réserve de fonds afin de surmonter ou atténuer les effets d'une crise (1). A certains égards, il reste une illusion instrumentale (2).

1. *Le coussin en capital*

315. L'emploi. – Des instruments tels que le coussin⁹⁷¹ contra-cycliques sont des outils conjoncturels. Ils sont à la lisière entre micro et macroprudentiel. Leur utilisation permet de rendre plus un opérateur face aux changements conjoncturels. Il permet aussi de stabiliser le système financier en évitant le risque systémique. Les textes qui le mettent en place, tant au niveau européen⁹⁷² que national⁹⁷³, lui confèrent cette double fonction à la fois de prévention et de réparation.

316. L'aspect curatif. – Le fait d'utiliser le coussin en capital montre que cette utilisation est curative et non plus préventive comme sa constitution le laisse croire. Cette fonction assignée aux normes de régulation, conjoncturelles en l'espèce, est essentielle et montre comment un dispositif de prévention hors crise peut basculer en instrument de stabilisation de l'ensemble du secteur financier. Il n'en demeure pas moins que cette technique régulatrice semble un peu illusoire.

2. *L'illusion instrumentale*

317. Le coussin en capital. – Le coussin en capital est un dispositif qui, en théorie, suffirait à lui seul à réaliser une injection de capitaux pour colmater la brèche que cause une crise. L'intégration de ces fonds tirerait les opérateurs d'une conjoncture défavorable. Cependant, il s'agit d'un raisonnement empreint de juridicité et très limité.

⁹⁷¹ V. Th BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 3 : « pour les normes macroprudentielles, les coussins contra-cycliques ».

⁹⁷² PE et Cons. UE, règl. n° 575/2013, 26 juin 2013, concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit, art. 458. - Cons. UE, règl. n° 1024/2013, 15 oct. 2013, confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, art. 5.

⁹⁷³ C. monét. fin., art. L. 631-2-2.

318. La limite. – Un raisonnement tel que celui exposé est un raisonnement juridique. Il est certes avisé mais présente des limites sur le plan économique. Le coussin contra-cyclique implique un léger accroissement de fonds propres, léger seulement. Face à une secousse violente se pose la question de sa suffisance afin de permettre une sortie de crise.

B. La sortie de crise

319. La limite consiste à l'utilisation des instruments mis en place lors de la prévention afin de permettre une transition qui sortirait les opérateurs de la crise. Les outils contra-cycliques ne permettent pas seuls de sortir d'une crise.

Sortir d'une crise passe par la création de normes régulatrices des entreprises cruciales du marché bancaire et financier⁹⁷⁴. La création de normes régulatrices permet un encadrement afin de lutter contre cette crise et préparer l'adaptation au marché en post-crise.

La sévérité envers les opérateurs et les opérations financières à l'origine de la crise sont un premier moyen de quitter cet état (1). La création normative reprend le dessus afin de concevoir les éléments qui vont permettre l'accompagnement de la sortie de crise (2).

1. La sévérité

320. La peine des responsables. – L'intervention politique⁹⁷⁵ a pour fonction de châtier les coupables de la débâcle financière. Cette phrase est un peu caricaturale mais elle résume le manichéisme qui s'empare de la réflexion du pouvoir politique. Le régulateur est à la fois présent et absent. Alors qu'il intervient de façon classique pour stabiliser les marchés dont ils ont la charge⁹⁷⁶.

La régulation ne sert pas à stabiliser, sous la pression politique, elle s'enquiert d'une fonction sanctionnatrice et impose des transformations dans la gouvernance⁹⁷⁷ et les activités des opérateurs.

321. L'absence d'emprise sur la fin de la crise. – Il n'est pas inutile de préciser que la régulation ne met pas fin aux troubles financiers. Elle peut mettre un terme aux problèmes structurels qui ont

⁹⁷⁴ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les “entreprises cruciales” », *D.*, chron. Concurrence, n° 27, juill. 2014, p. 1556, n° 9 : « Une deuxième variété de régulation, qui peut d'ailleurs se superposer sur un même secteur, renvoie à l'hypothèse de défaillances de marché, lorsque le mécanisme d'ajustement des offres et des demandes ne peut pas fonctionner efficacement ».

⁹⁷⁵ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les “entreprises cruciales” », art. préc., n° 10 : « il existe une régulation de type politique. En effet, il peut exister des secteurs qui, techniquement, pourraient être organisés selon le principe de la compétition entre des opérateurs, mais l'État a décidé qu'il n'en sera pas ainsi ».

⁹⁷⁶ V. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit., p. 115, n° 160 et s.

⁹⁷⁷ V. A. LÉVY-LANG, « Repenser la gouvernance bancaire ? », *Risques, Les cahiers de l'assurance*, n° 73-74, juin 2008, p. 10.

précipité la crise mais le retour à la normale dépend des opérateurs. La psychologie, la capacité de résilience ne sont pas à négliger et elles permettent le redémarrage des marchés.

2. La création normative

322. L’accompagnement de la sortie. – L’État veut s’emparer de l’avenir⁹⁷⁸ du secteur. Le rôle de l’État⁹⁷⁹ ne peut être celui de dicter la sortie de crise mais il doit l’accompagner. Il ajuste sa politique et intervient auprès des instances internationales afin d’infléchir sur le plan diplomatique les orientations de groupes tels que le G 7, le G 20 ou son édition finance.

323. Les nouvelles normes. – La création normative conjoncturelle est en général de qualité moindre car ces normes s’appliquent à une situation financière précise.

⁹⁷⁸ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les “entreprises cruciales” », art. préc., n° 11 : « L’État pose ici qu’il est en charge du bien public et de la qualité de vie de la population dont il a la charge, dans le présent et dans le futur ».

⁹⁷⁹ Le rôle de l’État n’est pas nul dans la régulation bancaire et financière. Si les régulateurs sont en première ligne, il conserve une mission cruciale et subsidiaire dans le pilotage du secteur. Rappr. Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 143, n°208 et s.

SECTION 2. LA RÉGULATION SECTORIELLE

324. Les bienfaits des normes prudentielles passent par une capacité curative des difficultés connues par les opérateurs bancaires et financiers. La régulation conjoncturelle permet de panser les plaies subies au moment des crises économiques. Hors crise, la régulation conjoncturelle permet de stabiliser le système et de compléter les dispositions microprudentielles relatives à la solidité des opérateurs.

A la régulation conjoncturelle se cumule une régulation sectorielle. Elle présente un aspect plus juridique⁹⁸⁰ et moins économique. Cette juridicité accrue provient du découplage de la conjoncture et de l'urgence d'agir. Sans action dans l'urgence, il peut apparaître une forme de retour à la raison. La régulation sectorielle propose d'organiser la régulation financière⁹⁸¹ d'une pratique, d'un marché ou d'un type d'opérateur de sa création à sa présence régulée sur les marchés financiers. Au départ, il n'existe bien entendu aucune régulation lorsqu'un phénomène naît. Ce type d'événement n'est pas rare du fait de la prolixité innovatrice de la finance. Puis, les réseaux de la régulation s'emparent de la question pour assurer un encadrement. La mécanique se décompose en deux temps.

Le premier temps est caractérisé par une passivité, un « laisser-faire » (§1). Puis, les réseaux se mettent en situation de réguler en instaurant un rapport de force (§2).

§1. Le « laisser-faire »

325. La régulation sectorielle sert à réguler de leur création à leur normalisation sur les marchés une pratique opérationnelle.

Lorsqu'un phénomène nouveau voit le jour, il n'existe aucune norme technique pour l'encadrer. La première étape consiste en une forme de nonchalance du régulateur.

Le « laisser-faire » module entre passivité totale (A) et passivité apparente seulement (B).

A. La passivité totale

326. Le « laisser-faire » est la première étape de la régulation. Pour que les réseaux puissent fournir une régulation, il est nécessaire au préalable qu'une pratique se mette en place.

La première attitude des réseaux de la régulation est une passivité totale.

Elle trouve pour origine la présence d'innovations (1) et s'illustre notamment dans l'appréhension de la finance parallèle qui n'est pas possible à réguler (2).

⁹⁸⁰ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610-616.

⁹⁸¹ V. A. COURET et al., *op. cit.*, p. 1204, n° 1603.

1. *Les innovations*

327. Les nouveaux marchés. – Les nouveaux marchés sont assez rares. Le dernier à avoir été ouvert est celui du financement participatif. Il s’agissait d’une innovation. Avant qu’il ne soit régulé comme cela sera développé plus loin, les régulateurs n’intervenaien pas et laissaient les marchés trouver un équilibre.

328. Les nouveaux instruments. – Les nouveaux marchés sont à l’heure actuelle les technologies *Bitcoin*, mais déjà régulé et *Blockchain* qui ne l’est pas encore. En attendant de voir cette technologie commercer à être utilisée par les opérateurs, les régulateurs s’informent, étudient mais ne régulent pas.

2. *La finance parallèle*

329. La libération de la régulation. – La finance parallèle⁹⁸² ou le *shadow banking* est un exemple typique d’un phénomène non régulé. Les réseaux de la régulation essaient de dominer cette question. Toutefois, seuls les rapports du FSB⁹⁸³ permettent d’avoir une vision parcellaire.

330. L’impossible régulation. – Sans vision précise et détaillée, et en contournant la qualification de banque et don le monopôle bancaire, il s’agit d’un cas impossible à réguler. Les réseaux sont condamnés à la passivité.

B. *La passivité apparente*

331. La régulation sectorielle est travaillée à l’apparition d’un phénomène par une forme de « laisser-faire » qui procède d’abord par une passivité totale.

Ensuite, la passivité ne devient qu’apparente car la réglementation s’amenuise pour revenir en force, il s’agit là de sa passivité apparente.

Le régulateur procède d’abord par déréglementation (1) avant de re-réglementer (2).

1. *La déréglementation*

332. La suppression de normes prudentielles. – Lorsqu’un phénomène financier nouveau apparaît, il manque une grille de lecture pour l’analyser. De plus, par définition, certaines règles

⁹⁸² V. Th. BONNEAU, « 123. Coup de projecteur sur le « shadow banking » », *BJB*, n° 7, juill. 2012, p. 139.

⁹⁸³ « G20 de Séoul, 10 et 11 novembre 2011 : accord sur la prévention du Too big to fail, bail in, peer review, cadre macroprudentiel, shadow banking system, commodity markets, intégrité des marchés et progrès technologiques, protection des consommateurs. », s. d.

deviennent obsolètes. Le phénomène nouveau conduit à l’abrogation des normes prudentielles précédentes⁹⁸⁴.

333. La suppression des contraintes. – La suppression des contraintes conduit à permettre aux autorités de la régulation de pouvoir intervenir sur une base nouvelle⁹⁸⁵. Cela évite des adaptations boiteuses de textes. Cette disparition des règles anciennes laisse un champ vierge pour les régulateurs afin de procéder à une nouvelle réglementation.

2. La « re-réglementation »

334. Le corolaire. – La suppression des textes anciens va de pair avec l’apparition de textes nouveaux⁹⁸⁶. Ce corolaire permet d’araser la réglementation pour permettre aux régulateurs et aux autorités de prendre de nouvelles règles encore plus nombreuses. Ce foisonnement ne concerne plus les objets juridiques qui ont disparu. Il permet d’appréhender les innovations donc la complexité croissante s’apparie avec un volume croissant des textes.

335. Le changement d’objet. – Lorsqu’un changement d’objet se produit, c’est-à-dire qu’aucun texte ne préexiste alors il faut créer une réglementation de toute pièce. Le processus est plus long. Il demande des consultations plus nombreuses pour mieux envisager l’objet financier qui va être régulé et les impacts de cette régulation sur les marchés.

Néanmoins, cette technique de régulation sectorielle n’est efficace et permise que par l’installation d’un rapport de force apaisé entre les réseaux régulateurs et les opérateurs du secteur.

§2. Le rapport de force

336. La régulation sectorielle des banques et des marchés financiers passe par une étape initiale de « laisser-faire ». Tout ce qui est nouveau dans le secteur ne fait l’objet d’aucune réglementation initiale. Les règles sont tracées de manière progressive et avec un décalage temporel sur la pratique opérationnelle.

⁹⁸⁴ Ex. MIF2 a abrogé MIF car des instruments financiers nouveaux ou traités d’une nouvelle manière ont remplacé des pratiques plus anciennes.

⁹⁸⁵ Ex. OPCVM 5 remplace OPCVM 4, qui avait remplacé OPCVM 3, qui remplaça OPCVM 2, qui eut remplacé OPCVM. Il y a abrogation puis création de nouvelles règles plutôt que des introductions de changements partiels comme le fait le législateur qui se contente de modifier des articles.

⁹⁸⁶ Ex. DSP 2 qui succède à DSP.

Les autorités de la régulation, avec au premier chef les régulateurs⁹⁸⁷, et les opérateurs sont face à face. Les opérateurs ne font pas preuve de mauvaise volonté et les autorités régulatrices ne se montrent pas hégémoniques. Cependant, dans ce face à face, se dessine un rapport de force entre eux.

Ce rapport de force est le lien sur lequel, par antagonisme, est permise la construction de règles de régulation (A). Ces règles entraînent un basculement dans le réglementarisme en lieu et place de la régulation (B).

A. Une construction

337. Le rapport de force entre les réseaux de la régulation et les opérateurs est très présent mais il a son utilité dans la conception de la régulation⁹⁸⁸.

Le rapport de force permet de construire les règles régulateurs.

Elle procède par une construction territoriale (1) et par une organisation de substitution (2).

1. Une construction territoriale

338. L'intégration de la distorsion. – La régulation n'est pas partout pareille. Elle diffère parfois presque en tous points selon l'ensemble régional ou l'État qui la formule.

Dans certaines zones, la régulation est plus souple ainsi le principe concurrentiel joue en faveur des opérateurs de ces zones plutôt que ceux des zones où la régulation est plus rigide.

Il se crée une distorsion que les opérateurs intègrent à leur stratégie commerciale.

339. Vers une souveraineté globale ? – Il n'existe pas de souveraineté globale⁹⁸⁹ car la régulation qui reste une méthode libérale⁹⁹⁰ n'est pas structurée sur un mode démocratique. La « théorie des quasi » explique cette carence. Elle sera détaillée au titre suivant.

⁹⁸⁷ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulateur » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 14 janv. 2016 : « Le régulateur, qui prend généralement en France la forme d'une Autorité administrative indépendante (AAI), est la personne ou l'organe qui surveille et contrôle le secteur pour y maintenir l'équilibre entre le principe de concurrence et un autre principe ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/regulateur/>.

⁹⁸⁸ V. J. TIROLE, *op. cit.*, p. 422.

⁹⁸⁹ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Souveraineté » [en ligne], Glossaire du Droit de la Régulation et de la Compliance, *Marie-Anne Frison-Roche*, 14 janv. 2016 : « L'État impose donc sa volonté sans plus de justification que l'existence même de sa légitimité en amont, puisque c'est le Peuple qui lui a conféré ses pouvoirs : l'État est souverain et ne rend pas de comptes ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/souverainete/>.

⁹⁹⁰ *Ibid.* : « C'est pourquoi l'Europe en libéralisant les secteurs régulés, ceux-là même où l'État revendiquait fortement sa souveraineté, par exemple par la planification nucléaire, en exigeant des autorités de régulation attaquant de l'intérieur des opérateurs historiques par une régulation asymétrique, a détruit l'idéologie des États souverains, les réduisant à l'ordinaire ».

2. Une organisation de substitution

340. La gestion des relations entre opérateurs. – La régulation est une organisation de substitution à la surveillance et à la tutelle des États sur une économie nationalisée. La régulation sert de balance entre le principe concurrentiel et le principe d'équilibre.

341. La gestion des relations avec les épargnants. – La gestion des relations avec les épargnants est une nécessité. Le régulateur a la mission de les protéger afin de garantir en partie l'ordre public financier et assurer le principe d'équilibre car les opérateurs recueillent leur épargne

B. Le basculement

342. Le rapport de force permet de mettre à jour les antagonismes entre autorités de la régulation et opérateurs bancaires et financiers. Les autorités de la régulation visent à réguler⁹⁹¹ les marchés financiers. Réguler⁹⁹² suppose une souplesse dans les relations malgré le rapport de force.

Or, comme pour chaque question relative à la régulation, il existe un durcissement. A ce niveau, le durcissement se traduit, de façon littérale, par la bascule entre la régulation, dans le sens français, à la régulation⁹⁹³, dans le sens anglais. La régulation se change en réglementation⁹⁹⁴. Le réglementarisme montre la raideur qui affecte la régulation. Ce basculement s'étudie à deux égards.

Le premier est la « politique législative » instaurée (1) et le second réside dans le passage de la régulation à la réglementation sur certains points (2).

1. La politique législative

343. La prédominance. – La politique « législative » reste à la main du régulateur et du réseau de la régulation. Ils conservent une forme accrue de prédominance⁹⁹⁵. Le régulateur est dans une situation de « concentration des pouvoirs »⁹⁹⁶ par opposition à la séparation⁹⁹⁷ des pouvoirs qui caractérise l'État. Cette concentration est justifiée en raison de la préservation de l'ordre public financier.

⁹⁹¹ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation », art. préc.

⁹⁹² V. G. CANGUILHEM, *V°* « Régulation », art. préc.

⁹⁹³ V. A. LYON-CAEN, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, *V°* « Régulation » : « Réguler, c'est « introduire des régularités dans un objet social, assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l'intégral déroulement » (A. Jeammaud, 1988 ; comp. G. Canguilhem) ».

⁹⁹⁴ *Ibid.* : « La régulation n'est parfois qu'un doublet de la réglementation, entendue comme l'existence et la formulation de règles ».

⁹⁹⁵ De manière symétrique, pour en souligner l'intérêt : M.-A. FRISON-ROCHE, « Les enjeux de la dérégulation », *Revue des Deux Mondes*, septembre 1996, p. 68.

⁹⁹⁶ H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 38, n° 25.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

344. La préservation de l'ordre public financier. – Il s'agit de la politique du régulateur⁹⁹⁸ qui permet la protection des épargnants et des investisseurs⁹⁹⁹. Le régulateur, en l'occurrence l'ACPR, est investi d'un pouvoir de police administrative¹⁰⁰⁰.

En effet, le Code monétaire et financier édicte que : « lorsqu'elle constate qu'une personne soumise à son contrôle a des pratiques susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaire, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, la mettre en garde à l'encontre de la poursuite de ces pratiques en tant qu'elles portent atteinte aux règles de bonne pratique de la profession concernée »¹⁰⁰¹.

Ce point, cet enjeu de protection, fait dériver la régulation vers la réglementation.

2. La traduction

345. La régulation réglementaire. – Il semble légitime de s'interroger sur la régulation¹⁰⁰² puisqu'elle œuvre pour la formation d'un corpus de règles¹⁰⁰³ déjà décrit comme une *regulation*. Le corpus de normes techniques doit prévoir les règles qui vont s'appliquer aux opérateurs. Le régulateur est tenté de singer le législateur et de vouloir faire entrer tout le secteur financier dans un moule. Cela serait à l'image des citoyens qui doivent se conformer au moule de la loi.

346. La légistique prudentielle réglatrice. – La mise en place d'une « régulation prudentielle »¹⁰⁰⁴ établit un lien¹⁰⁰⁵ entre les deux pôles de la *summa divisio*¹⁰⁰⁶, qui ne s'explique plus aujourd'hui. Elle ne s'explique plus ni dans les faits, ni dans la conception du système régulateur.

Cette connexion rassemble prévention et soin pour former une régulation globale de la banque et des marchés financiers axée sur un instrument efficace, les normes prudentielles.

⁹⁹⁸ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation », art. préc. : « Mais le politique est encore présent d'une autre et très forte façon à côté du droit et de l'économie, car le principe mis en balance du principe de concurrence peut n'être pas un principe économique comme l'exemple précité du monopole naturel ou du risque systémique des marchés monétaires et financiers, mais un principe purement politique ».

⁹⁹⁹ V. Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 115, n° 160 : « Il s'agit de faire respecter des équilibres par une autorité qui n'est pas l'État, l'équilibre en jeu étant celui devant exister entre la concurrence et un autre impératif, en l'occurrence, la protection du marché et des investisseurs ».

¹⁰⁰⁰ C. monét. fin., art. L. 612-30 à 35.

¹⁰⁰¹ C. monét. fin., art. L. 612-30.

¹⁰⁰² V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation », art. préc. : « Le cœur de la Régulation est donc le Régulateur ».

¹⁰⁰³ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *D. 2004.*, p. 126 : « Or, le sens du concept de « régulation » demeure incertain en droit, alors même qu'il fournit le socle sur lequel se construisent de nouveaux *corpus* unifiés de règles ».

¹⁰⁰⁴ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Concevoir une régulation prudentielle », art. préc.

¹⁰⁰⁵ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Supervision », art. préc. : « Ainsi, régulation et gouvernance qui furent opposées, sont devenues indissociables ».

¹⁰⁰⁶ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Concevoir une régulation prudentielle », art. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

347. La réparation. – Le volet curatif des normes prudentielles s'emploie à restaurer l'homéostasie perdue du système. La régulation intervient le plus souvent de manière conjoncturelle afin de répondre à un dérèglement financier dû aux circonstances économiques. Cette méthode est la plus courante et la plus superficielle. Il arrive cependant que cette technique régulatrice ne suffise pas. La raison de cette insuffisance peut notamment être l'intensité des secousses dues à une crise, trop fortes et qui contraignent à modifier en profondeur la structure du système pour rétablir l'équilibre. Les normes prudentielles se présentent sous leur jour curatif pour préserver la finance en tant que système. Elles développent des procédés techniques pour résorber ou enrayer la réalisation du risque systémique. Dans cette configuration, l'enjeu est supérieur à celui de la prévention. La possibilité de survenance d'un événement qui conduirait à un effondrement généralisé des intermédiaires financiers cesse d'être une probabilité pour devenir une réalité imminente. Cela justifie la puissance des mécanismes correctifs.

CONCLUSION DU TITRE 1

348. Les bienfaits. – Les apports bénéfiques des normes prudentielles sont évidents. La prévention prévaut en dehors des crises financières. Cette attitude est bienfaitrice car durant ces périodes, la surveillance attentive éloigne autant que possible les facteurs menant à une crise. De fait, le risque systémique s'éloigne. Alternent avec ces temps, les crises financières, récurrentes qui se rapprochent. A leur déclenchement, il n'est pas rare que le risque systémique soit en passe de se réaliser. Les instruments curatifs apportent des solutions pour quitter cet état dangereux pour le système financier dans son entier. Les interpénétrations capitalistiques sont à l'origine de ce risque. S'il se réalisait, il engendrerait la défaillance en chaîne d'un nombre si important d'opérateurs que l'ensemble du système pourrait s'effondrer. La régulation intervient pour ramener la finance en crise vers un état normal.

349. Les revers. – Les bienfaits des normes prudentielles ont du mal à se départir d'aspects négatifs. Ils sont les revers de ces bienfaits et peuvent être considérés comme les défauts des normes prudentielles. Les caractères néfastes, voire nocifs, résident dans le fait que les fonctions de prévention et de soin du système soient dévoyées. La norme impacte d'autres éléments que ce que prévoit ses finalités.

TITRE 2. LES INCIDENCES NÉFASTES

350. Les normes prudentielles impactent le secteur financier et lui dispensent nombre de bienfaits. En effet, ces normes, en temps calmes, stabilisent les opérateurs et les marchés pour éviter qu'ils ne perdent le sens de la prudence¹⁰⁰⁷, de la tempérance¹⁰⁰⁸. Par temps de crise, les normes prudentielles compriment ses nombreuses convulsions grâce à leur force d'âme¹⁰⁰⁹. Elles remettent la finance dans l'axe du développement, dans une perspective de Justice¹⁰¹⁰.

La norme prudentielle fait preuve de noblesse. Cette dernière l'extrait d'un dédain tacite exprimé par les formules « norme de gestion » ou « norme technique ». Sa richesse, sa profusion et ses méandres sont les seuls moyens pour apprivoiser les débordements financiers¹⁰¹¹. Le revers de ces qualités ne peut pas être écarté d'un geste. Il mérite aussi une exploration fournie, d'une part, pour obtenir une vue d'ensemble et, d'autre part, pour percevoir les influences et les travers où mène ce concept juridique. Si les qualités sont étincelantes, les défauts sont au moins à la hauteur de ces qualités. Les normes prudentielles s'organisent dans un corps complexe¹⁰¹². La compilation des normes prudentielles ne constitue pas un catalogue de normes techniques mais un système qui draine tout le droit bancaire et financier. Ce système encadre mais déborde aussi le droit et touche d'autres disciplines. Il arrive que l'encadrement se mue en formatage.

La notion d'encadrement débordant du droit donne à voir norme prudentielle frileuse (Chapitre 1). De surcroît, le formatage détourne la norme prudentielle de sa finalité initiale, elle devient une norme contournée (Chapitre 2).

¹⁰⁰⁷ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Prudence », sens 2 : « Sagacité, circonspection, modération, expérience, sagesse, savoir-faire ». Alors que jusqu'ici, la norme prudentielle visait à faire adopter aux opérateurs le sens 1 c'est-à-dire cultiver une vertu. La culture de cette vertu éloigne du second sens que donne le Doyen Gérard Cornu à la prudence. La prévoyance, développée à l'excès écarterait de la sagacité. Ces mécanismes prudentiels visant à la sécurité deviennent une sorte de cage emprisonnant les opérateurs et nocive à leur réactivité.

¹⁰⁰⁸ La tempérance prend corps, dans ce thème des normes prudentielles, grâce à la modération. Modération des banques et des opérateurs sur les marchés, modération des opérations, des rémunérations, des Rapp. *Vocabulaire juridique*. V° « Modération », sens 2 : « (sens courant). Sens de la mesure, qualité de pondération ».

¹⁰⁰⁹ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Force », sens 2 : « Dans d'autres expressions, efficacité, valeur, poids ».

¹⁰¹⁰ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Justice », sens 1 : « Ce qui est idéalement juste (sens 3), conforme aux exigences de l'équité et de la raison ; en ce sens la justice est tout à la fois un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait (comme la paix), une valeur ».

¹⁰¹¹ Rapp. J. STIGLITZ, *Freefall : America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, W. W. Norton & Company, 2010 : « Le secteur est habile : quelles que soient les réglementations qui lui seront imposées, il imaginera des moyens pour les contourner. La réglementation doit donc être exhaustive et dynamique » (*RDJscpo*, n° 7, Hiver 2013, p. 2).

¹⁰¹² Les normes prudentielles sont des normes complexes. Cet euphémisme est une résurgence de la mission régulatrice et stabilisatrice d'un objet qui ne cesse de se restructurer. Il n'est pas affecté de modifications mineures et marginales ; les marchés sont traversés de lames de fond qui empêchent l'appui sur quelques principes.

CHAPITRE 1. LA NORME FRILEUSE

351. La norme prudentielle est organisée en système¹⁰¹³ traversé par des défauts structurels qui nuisent à la qualité de la régulation financière à laquelle prétendent ces normes. Ces effets contre-productifs pèsent et amoindrissent la qualité des normes prudentielles. Ce corps de normes techniques n'est pas statique. Il exerce une influence qui ne se limite pas à un simple cadre juridique à la souplesse variable.

Le système normatif réalise un encadrement¹⁰¹⁴ qui déborde du droit et touche d'autres disciplines. Avant de voir comment se produit ce dépassement, il est nécessaire de préciser la notion d'encadrement. L'encadrement¹⁰¹⁵ consiste à venir poser des limites à une aire qui n'en était pas pourvue. Là est tout l'objet du droit. Ce faisant l'intervention juridique afin de réguler pose des limites à la finance¹⁰¹⁶. En même temps, il encadre d'autres éléments périphériques qui ne devaient pas l'être. Pour limiter les effets négatifs de la dérégulation, la norme prudentielle remet de l'ordre mais peut-être un peu trop d'ordre et son objectif est sans doute plus qu'atteint. Il s'agit de conséquences involontaires. Les réseaux de la régulation ne désirent pas susciter ces effets secondaires. Cependant, ils existent et touchent deux domaines. Ces champs sont l'économie et la production des lois.

La frilosité de la norme prudentielle se ressent par un mouvement d'encadrement économique indirect (Section 1). Au-delà de cet encadrement économique, ce problème de dépassement de l'objet initial des normes prudentielles se poursuit par un encadrement législatif (Section 2).

¹⁰¹³ V. *Vocabulaire juridique*. V° « Système », sens 2 : « « Construction intellectuelle issue d'une théorie doctrinale ou d'une création prétorienne ».

¹⁰¹⁴ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 20 : « Si les comportements sont encadrés, c'est pour imposer des lignes de conduite ».

¹⁰¹⁵ V. *Dictionnaire Larousse*. V° « Encadrer », sens 2 : « Entourer quelque chose d'une bordure, à la manière d'un cadre, en particulier pour le mettre en valeur, en relief ou le faire ressortir ».

¹⁰¹⁶ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 21 : « Leur objectif n'est pas, en effet, d'orienter la gestion des entreprises et de leur indiquer la façon dont elles doivent être gérées ; c'est seulement de leur imposer une ligne de conduite destinée à éviter les prises de risque excessives ».

SECTION 1. L'ENCADREMENT ÉCONOMIQUE

352. La norme prudentielle insuffle une frilosité à l'économie. L'encadrement entre en contradiction avec les principes du libéralisme économique¹⁰¹⁷. Ses fondements voudraient que rien¹⁰¹⁸, à part le marché, ne vienne perturber le jeu des opérateurs sur ce marché. Or, la norme prudentielle joue le rôle d'un trouble-fête. Les acteurs économiques vivent mal son immixtion qui restreint leur activité.

Les normes prudentielles fixent un horizon indépassable aux opérateurs. Elles posent une limite à la liberté du commerce et de l'industrie dans le domaine bancaire et financier. Le fait de poser une limite a une incidence sur le risque¹⁰¹⁹ financier pris par les opérateurs économiques lors des investissements réalisés sur les marchés financiers. Étant donné que le risque va de pair avec le rendement, la réduction du premier induit une limitation du second de manière mécanique¹⁰²⁰.

La frilosité de la norme prudentielle en matière économique conduit à un encadrement des risques pris par les opérateurs dans le cadre de leur activité habituelle (§1). Un encadrement du risque se répercute de façon directe sur le rendement des investissements réalisés par les opérateurs (§2).

§1. L'encadrement du risque

353. La frilosité de la norme prudentielle consiste à produire un effet d'encadrement involontaire sur l'économie. Cet encadrement réduit les bénéfices¹⁰²¹ enregistrés par la société et par ricochet, à partager entre les actionnaires¹⁰²².

Les normes prudentielles posent une limite au risque¹⁰²³ pouvant être pris ou assumé par les opérateurs économiques.

La frilosité de la norme prudentielle s'exprime par une aversion marquée du risque (A). L'aversion du risque, présente dans beaucoup de normes techniques, génère une appétence au conformisme sur les marchés (B).

¹⁰¹⁷ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Banque » : « Jusque dans les années 1930, le secteur bancaire n'était soumis à aucune réglementation particulière et l'activité pouvait se développer librement. C'est à partir de cette date que l'État est intervenu pour moraliser la profession bancaire ».

¹⁰¹⁸ *Ibid.* : « La déréglementation signifie l'allègement des contraintes commerciales qui pèsent sur les banques et a permis le décloisonnement des marchés, c'est-à-dire la disparition des barrières traditionnelles entre les différents marchés ».

¹⁰¹⁹ V. *supra* n° 3.

¹⁰²⁰ V. Facil'éco, « Le couple rendement-risque » [en ligne], Site officiel, *Le portail de l'Économie et des Finances*, 2013.

Site Economie : <http://www.economie.gouv.fr/facileco/epargne/couple-rendement-risque>.

¹⁰²¹ C.civ., art. 1832.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Dictionnaire Larousse*. V° « Risque » : « Possibilité, probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage ».

A. L'aversion du risque

354. Les normes prudentielles incitent ou imposent une limite au risque¹⁰²⁴ pouvant être pris ou assumé par les opérateurs économiques. Ces derniers pour accroître leurs bénéfices peuvent être tentés de prendre des risques inconsidérés sur les marchés.

L'aversion du risque se montre ainsi comme un premier indice de l'encadrement pratiqué par les normes prudentielles. Cette détestation est moins celle du risque lui-même que de son excès. Or, les établissements de crédit ou les fonds d'investissement discernent mal la nuance entre les deux. Pour ne pas tomber dans le risque excessif, ils bornent leurs prises de risque.

La lutte contre l'excès dans la prise de risque est déterminante dans les normes prudentielles (1). L'aversion au risque, notion économique, s'empare du droit avant d'être saisie par lui, pour aboutir à générer une appétence au conformisme sur les marchés (§2).

1. La lutte contre le risque excessif

355. Les risques financiers. – Le risque financier¹⁰²⁵ est un type de risque particulier. Liée à l'idée de pari et de jeu¹⁰²⁶, la prise de risque prend une part importante dans les investissements. Les cartographies de risques¹⁰²⁷, en matière de conformité, montrent que ce vocable englobe quatre formes de risques distincts. Ce sont les risques de liquidité¹⁰²⁸, de marché¹⁰²⁹, de contrepartie¹⁰³⁰ et de crédit¹⁰³¹. Ces risques sont définis pour les SGP mais valent pour tout investisseur qu'il s'agisse d'un OPCVM ou d'un FIA¹⁰³².

Le risque de liquidité¹⁰³³ est la probabilité que « la position dans le portefeuille ne puisse être cédée, liquidée ou clôturée pour un coût limité et dans un délai suffisamment court, compromettant ainsi la capacité de l'OPCVM ou du FIA à se conformer à tout moment à l'exigence d'émission et de rachat à la demande des investisseurs, ou la capacité pour la SGP de liquider des positions dans un portefeuille individuel dans des conditions conformes aux obligations contractuelles résultant du mandat de gestion ».

¹⁰²⁴ *Dictionnaire Larousse*. V° « Risque » : « Possibilité, probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage ».

¹⁰²⁵ RGAMF, art. 313-53-3.

¹⁰²⁶ V. *supra* note 32.

¹⁰²⁷ V. AMF, « Position-recommandation AMF - Guide relatif à l'organisation du dispositif de maîtrise des risques des sociétés de gestion de portefeuille - DOC-2014-06 », 1^{er} août 2014, p. 2.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² Règlement AIFM : Comm. UE, règl. délégué (UE) n° 231/2013 du 19 déc. 2012 complétant la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance, JOUE : n° L 83/1, 22 mars 2013.

¹⁰³³ RGAMF, art. 353-53-3.

Le risque de contrepartie est le risque « de perte pour le placement collectif ou le portefeuille individuel résultant du fait que la contrepartie à une opération ou à un contrat peut faillir à ses obligations avant que l'opération ait été réglée de manière définitive sous la forme d'un flux financier »¹⁰³⁴.

Le risque de marché correspond à la probabilité de « perte pour le placement collectif ou le portefeuille individuel résultant d'une fluctuation de la valeur de marché des positions de son portefeuille imputable à une modification de variables du marché telles que les taux d'intérêt, les taux de change, les cours d'actions et de matières premières, ou à une modification de la qualité de crédit d'un émetteur »¹⁰³⁵.

Le risque de crédit¹⁰³⁶, quant à lui, est lié à l'endettement excessif et l'effet de levier de l'opérateur afin de réaliser ses investissements.

La notion d'exposition¹⁰³⁷ permet un repérage dans l'étendue de sa prise de risque.

356. La confusion. – Les normes prudentielles n'entendent pas encadrer le risque ou le type de risque pris par les opérateurs. Le risque n'est pas un problème en lui-même. La réalisation de ces événements défavorables, au sens probabiliste, n'est pas problématique malgré l'enregistrement d'une perte comptable et financière pour l'opérateur.

En revanche, le risque excessif constitue une nuisance à limiter. L'excès se traduirait, d'une part, par l'événement défavorable qui mènerait l'opérateur vers la résolution et, d'autre part, par une impossibilité à restituer les fonds aux investisseurs. Le régulateur dresse en fonction de la conjoncture économique une cartographie des risques¹⁰³⁸. A partir d'elle et de la réglementation se dessine la limite entre un risque excessif et un risque qui ne l'est pas.

La confusion entre la limitation du risque excessif et celle de la prise de risque conduit à une frilosité sur les marchés qui s'ajoute à l'aversion naturelle au risque.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ V. AMF, « Position-recommandation AMF - Guide relatif à l'organisation du dispositif de maîtrise des risques des sociétés de gestion de portefeuille - DOC-2014-06 », 1^{er} août 2014, p. 2. Ce risque est précisé dans la position recommandation mais est absente du RGAMF.

¹⁰³⁷ Cela a un lien avec le droit flou.

¹⁰³⁸ V. AMF, « Cartographie 2016 des risques - Conférence de presse » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 7 juill. 2016.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Espace-presse/Dossiers-et-fiches-presse/Cartographie-des-risques-2016-conference-de-presse.html?xtcr=1&xtmc=high-yield>

Rappr. G. RAMEIX, « Éditorial », in AMF, « Risques et tendances n° 17 - Cartographie des risques 2016 » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 7 juill. 2016, p. 3 : « Dans cet environnement, la capacité des marchés financiers à donner un prix au temps, à tarifier le risque, et à orienter les décisions d'investissement est questionable ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Publications/Lettres-et-cahiers/Risques-et-tendances/Archives.html?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Fc384ec29-a8f0-44d3-97bf4013e7f17114/>.

2. L'aversion au risque

357. Une importation économique. – La prise de risque n'est pas naturelle pour les opérateurs. Les praticiens en tant qu'être humain sont averses au risque. Les choses seraient, peut-être, un peu différentes si toutes les opérations financières étaient réalisées par des serveurs informatiques. La prise de risque¹⁰³⁹ relève du pari. Elle traduit la part d'irrationnel de la finance. Les économistes captent ce phénomène par la notion d'aversion au risque¹⁰⁴⁰. En économie, l'aversion au risque correspond au refus de participer à une loterie d'espérance nulle. L'activité de marché s'apparente à certains égards à un jeu¹⁰⁴¹. Or, la psychologie humaine est telle que personne ne désire participer à un jeu où il perdrait à coup sûr.

Toutefois, sur les marchés financiers, il existe un tropisme particulier pour le risque. Le rendement est d'autant plus important que le risque pris est fort. Le risque ne doit pas être excessif car il pourrait conduire à la défaillance.

358. Une réalité juridique. – La défaillance correspond à l'état de cessation des paiements dans les procédures collectives générales¹⁰⁴². L'aversion au risque, notion issue des sciences économiques, rejoint le domaine juridique. Elle se traduit par le contrôle de l'exposition au risque¹⁰⁴³. L'exposition¹⁰⁴⁴ manque de clarté juridique¹⁰⁴⁵. Elle permet cependant d'analyser le degré de prise de risque. Ce dernier tend à s'émousser compte tenu de la lutte contre les risques excessifs.

B. L'appétence au conformisme

359. L'aversion au risque produit un effet encadrant. Dans ce cadre de limitation des prises de risque excessif, les établissements bancaires et financiers adoptent des comportements similaires face au risque.

¹⁰³⁹ V. *Vocabulaire juridique*, V^o « Risque », sens 1 : « Événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ; se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel événement en gén., que de l'événement spécifié dont la survenance est envisagée. ».

¹⁰⁴⁰ E. LANGLAIS, « Aversion au risque et prudence : le cas d'un risque de taux d'intérêt », art. préc.

¹⁰⁴¹ B. GUERRIEN, « JEUX (THÉORIE DES) », art. préc. : « La théorie des jeux se propose d'étudier des situations (appelées « jeux ») où des individus (les « joueurs ») prennent des décisions, chacun étant conscient que le résultat de son propre choix (ses « gains ») dépend de celui des autres ».

¹⁰⁴² Le droit de la résolution bancaire et financière s'interpréterait comme un droit des procédures collectives spécial.

¹⁰⁴³ Rappr. M. PAILLARD DE CHENAY, « Approche systémique », in Collectif, *L'argent et le droit*, Sirey, APD, t. 42, 1998, p. 11 : « Le véritable maître du monde devient l'incertitude, ou plutôt la maîtrise de l'incertitude ».

¹⁰⁴⁴ Ex. : Comm. UE, règl. d'exécution (UE) n° 1423/2013, 20 déc. 2013 définissant des normes techniques d'exécution relatives aux obligations d'information sur les fonds propres applicables aux établissements, conformément au règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil : JOUE n° L 355, 31 déc. 2013, p. 60. Deux des onze parties renvoient à cette notion : « Exposition de fonds propres » (Partie 3) et « Exposition sur le risque de crédit transféré » (Partie 5).

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

Les professionnels sont amenés à prendre moins de risques. L'aversion au risque trouve un phénomène psychologique symétrique dans l'appétence au conformisme. Il est une seconde trace de l'encadrement. L'appétence au conformisme, corolaire de l'aversion au risque, est un effet indésirable de la limitation des risques excessifs.

Le combat contre le risque excessif incite au conformisme de façon implicite (1). Il s'agit, cependant, d'un réflexe néfaste (2).

1. Une incitation implicite

360. La conséquence. – Les opérateurs détournés des marchés à risque trouvent refuge dans des secteurs à faible risque. De là s'explique le succès des obligations d'États, notamment des OAT en France. Les marchés obligataires et à faible risque génèrent peu de rendements. Cela assure aux États une source de financement et une sécurité pour les opérateurs. Les taux nuls voire négatifs ne contribuent pas à la prospérité des opérateurs. Par conséquent, ils sont en recherche de rendement¹⁰⁴⁶. Ils investissent alors dans le *high yield*¹⁰⁴⁷ en même temps qu'ils placent des fonds dans les marchés obligataires. Ils tentent de moyenner le rendement entre un taux quasi-nul et un taux beaucoup plus important. Cette technique opérationnelle paraît paradoxale ; le rendement réside dans ce paradoxe nonobstant l'effet contre-productif¹⁰⁴⁸ de la norme prudentielle. Le marché obligataire présente un taux très faible mais garantit la sécurité des fonds investis. Le marché à haut risque, très spéculatif, a un rendement très important mais une potentialité de perte des fonds tout aussi élevée. Ce phénomène traduit une crainte du risque et donc des pertes. Cependant, ce type d'investissements est en train de se tarir¹⁰⁴⁹ compte tenu de la conjoncture et du renforcement des normes techniques.

361. La performativité. – Le conformisme est une résurgence de l'assimilation de l'aversion au risque dans les normes prudentielles. Elles visent à limiter le risque excessif. Cela conduit à réduire les

¹⁰⁴⁶ AMF, « Lettre Economique et Financière 2014-4 » [en ligne], Site officiel, AMF, 23 déc. 2014, p. 13 : « Face à la faiblesse du rendement offert par les actifs les moins risqués, se sont matérialisés des comportements de recherche d'opportunités d'investissement offrant des taux d'intérêt nominaux plus élevés (*search-for-yield*) ».

Site AMF : <https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=>
¹⁰⁴⁷ *Ibid.* : « S'il va de soi que chacun de ces signaux ne correspond pas à un risque potentiel ou avéré pour la stabilité financière, un consensus assez large se dégage sur le fait que la dette d'entreprise, notamment *high yield*, combine des signaux de sous-évaluation des risques de liquidité et de crédit et de hausse des volumes tirée par la demande des investisseurs ».

¹⁰⁴⁸ *Ibid.* : « La propension relativement plus élevée des investisseurs à s'exposer à des facteurs de risque (crédit, de marché, liquidité, volatilité) se traduit par une compression des primes de risque sur les produits obligataires, souverains mais aussi d'entreprises, aux Etats-Unis et dans une moindre mesure en Europe ».

¹⁰⁴⁹ V. AMF, « Risques et tendances n° 17 - Cartographie des risques 2016 », préc., p. 21 : « Les émissions obligataires corporate sont restées dynamiques, à l'exception du segment du *high yield*. Malgré la dégradation de la perception du risque de crédit et l'augmentation induite des *spreads* obligataires observées en 2015, les émissions d'obligations sont restées soutenues en 2015, et sur les premiers mois de l'année 2016 ».

rendements car les opérateurs prennent moins de risques. Tout est fondé sur la performativité¹⁰⁵⁰ de l'aversion au risque. Cette détestation insinue un conformisme. Les professionnels cherchent donc à sécuriser les fonds investis. Pourtant rien de tel n'est affirmé dans les normes prudentielles. Il s'agit d'un effet secondaire du caractère prudentiel. Plus que la prudence, dans ce type de cas, la précaution prime. Cette précaution est à l'origine de ce réflexe néfaste.

2. Un réflexe néfaste

362. Le conditionnement. – Ces orientations montrent comme les normes prudentielles dépassent leur mission de stabilisation ou de régulation¹⁰⁵¹. Ce débordement conduit à ce réflexe néfaste. Il s'exprime à travers un conditionnement des opérateurs. Ils réagissent par une forme de consensus de marché qui les éloigne des investissements les plus risqués sauf un mécanisme de sécurité. Les investisseurs sont conditionnés à recourir aux obligations, notamment d'État,¹⁰⁵² et réduisent la liquidité de ce marché en acquérant en priorité ces titres.

363. La stagnation. – Le recours au marché obligataire conduit les investisseurs à entrer dans une spirale des faibles rendements¹⁰⁵³. Le conditionnement pose des problèmes du fait de l'environnement de taux bas. Il conduit à un encadrement, pour ne pas parler d'une compression, des rendements. La stagnation des rendements est une expression de la frilosité à laquelle astreignent les normes prudentielles.

¹⁰⁵⁰ Ex. *Ibid.* : « Dans le secteur financier, la perception du risque s'est brutalement dégradée au tournant de l'année 2016 en Europe, avant que la publication de résultats 2015 favorablement orientés, l'annonce par la BCE du programme TLRO II et le raffermissement des cours du pétrole ne parviennent à rétablir l'accalmie ».

¹⁰⁵¹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 5 : « permettent de limiter le risque systémique et de protéger le système financier des perturbations qui auraient de graves conséquences pour l'économie réelle ».

¹⁰⁵² AMF, « Étude sur la liquidité du marché obligataire français » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 16 nov. 2015, p. 3 : « La banque RBS (RBS (2014)) a ainsi estimé que, entre 2005 et 2014, la liquidité obligataire aux Etats-Unis aurait chuté de 70 % sur les marchés obligataires corporate et de 30 % pour les obligations d'Etat (*govies*). Or, dans le même temps, la taille du marché n'a cessé d'augmenter ».

Site AMF : <https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&>

¹⁰⁵³ *Ibid.*

§2. Le rendement encadré

364. L'encadrement économique provient d'un encadrement du risque. La norme prudentielle cherche notamment à assurer la stabilité donc la solidité des opérateurs.

Ce faisant, le contrecoup de l'encadrement du risque est un rendement encadré à son tour. La baisse mécanique des rendements conduit à une réduction des dividendes des actionnaires car il ne faut pas omettre le fait que les intervenants sur les marchés sont des entreprises¹⁰⁵⁴.

L'encadrement du rendement s'observe, tout d'abord, par l'affectation d'une partie de ces derniers (A) qui mène, ensuite, à une réduction des profits (B).

A. Le renforcement des fonds propres

365. L'encadrement du rendement est un inconvénient pour l'industrie bancaire et financière. Cet encadrement pèse sur son développement.

La baisse mécanique des rendements est une conséquence du renforcement des fonds propres. Cela signifie qu'une partie des résultats sont affectés pour rendre plus solide l'opérateur. Cependant cet encadrement constitue une intervention des normes prudentielles dans le modèle économique des opérateurs.

Le renforcement des fonds propres interpelle face à cette notion d'une complexité manifeste (1). A cette complexité s'ajoute la sanctuarisation de ces fonds propres qui réduit le rendement (2).

1. La complexité des fonds propres

366. Les fonds propres prudeniels. – Les fonds propres¹⁰⁵⁵ sont une thématique omniprésente pour les PSI, c'est-à-dire établissements de crédit et sociétés de financement. Il s'agit d'une forme d'encadrement¹⁰⁵⁶ puisque leur mesure est définie¹⁰⁵⁷ dans les normes prudentielles¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ La banque appartient à la catégorie des établissements de crédit. Ce sont des sociétés qui en France composent une industrie puissante. Par conséquent, un encadrement des rendements nuit à la croissance non seulement des banques mais plus largement des PSI, des fonds d'investissements, des SGP, etc.

¹⁰⁵⁵ F. BANCEL, « Le rôle majeur des fonds propres dans le secteur bancaire », *Revue Banque*, n° 774, juin 2014.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.* : « Dans le secteur bancaire, le concept de « fonds propres » joue un rôle essentiel et conditionne la mesure de la performance et la représentation de la valeur ». L'indicateur clef des établissements bancaires, celui qui conditionne leur développement, est sous le joug des normes prudentielles. Il n'en est pas de même pour les sociétés ne faisant pas l'objet d'une supervision.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.* : « Dans le secteur bancaire, le concept de « fonds propres » joue un rôle essentiel et conditionne la mesure de la performance et la représentation de la valeur ».

¹⁰⁵⁸ *Ibid.* : « Tout d'abord, la notion de fonds propres est fondamentale dans le secteur bancaire, parce que la banque est un secteur régulé, et que c'est principalement par des contraintes de fonds propres que s'exerce la pression du régulateur ».

Toutefois, les fonds propres sont une notion éclatée¹⁰⁵⁹. En effet, il n'existe pas une unité des fonds propres. L'opérateur doit s'adapter à cette contrainte¹⁰⁶⁰ qui lui coûte et qu'il a des difficultés à saisir. Les fonds propres¹⁰⁶¹ prudentiels¹⁰⁶² sont élaborés sur la base des fonds propres comptables et conçus comme une variété de réserve légale¹⁰⁶³. Leur complexité est telle que les propres textes de loi renvoient aux textes communautaires¹⁰⁶⁴.

Par ailleurs, la lecture du règlement européen du 26 juin 2013¹⁰⁶⁵ montre la dispersion de cette notion à plusieurs niveaux¹⁰⁶⁶. Les niveaux de fonds propres ne suffisent pas à leur calcul final dans la mesure où des mécanismes peaufinent la complexité de la notion¹⁰⁶⁷.

367. Le durcissement. – Les fonds propres prudentiels atteignent un niveau de raffinement exceptionnel avec les mécanismes de pondération¹⁰⁶⁸, d'exception¹⁰⁶⁹ et la masse des règlements délégués¹⁰⁷⁰. La pression est toujours croissante sur les opérateurs¹⁰⁷¹ pour maintenir et augmenter ces fonds propres qui sont basés sur les résultats comptables. Le but est de les sanctuariser.

¹⁰⁵⁹ Les fonds propres existent sous plusieurs formes : fonds propres comptables, analytiques, prudentiels, etc.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.* : « Depuis trois décennies, les banques ont organisé leur système de gestion des risques et de décision pour faire face aux contraintes réglementaires. Elles définissent des fonds propres « normatifs », qui sont utilisés pour mesurer la rentabilité des différentes unités de gestion et des opérations au sens large ».

¹⁰⁶¹ Ce point se rapproche avec la routine coutumière décrite au début du mémoire.

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ C. monét. fin., art. L. 541-11-1 A.

¹⁰⁶⁴ C. monét. fin., art. L. 541-11-1 A I : « Les établissements de crédit et les sociétés de financement sont soumis à une exigence supplémentaire de fonds propres s'ajoutant aux exigences prévues respectivement par la troisième partie du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 pour les établissements de crédit ou par l'arrêté du ministre chargé de l'économie mentionné au 6 de l'article L. 611-1 pour les sociétés de financement. Cette exigence supplémentaire constitue l'exigence globale de coussin de fonds propres prévue par le règlement du 26 juin 2013 cité ci-dessus ».

¹⁰⁶⁵ Règl. PE et CE (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, préc. Titre 2 : « Fonds propres » et Titre 3 : « Exigences de fonds propres ».

¹⁰⁶⁶ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 11 : « Les notions et les règles posées sont également complexes. Il en est ainsi de la notion de fonds propres qui comprend deux catégories - les fonds propres de catégorie 1 (tiers 1) et les fonds propres de catégorie 2 (tiers 2) - et deux sous-catégories au sein de la première catégorie : le tiers 1 comprend deux types de fonds : les fonds propres de base de catégorie 1 (*common equity tiers 1 capital*) et les fonds propres additionnels de catégorie 1 (*additional tiers 1 capital ou lower tiers*) ».

¹⁰⁶⁷ *Ibid. ead loc.*

¹⁰⁶⁸ Déjà envisagés dans les Accords de Bâle II et le ratio Mac Dounough qui succède au ratio Cooke.

¹⁰⁶⁹ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 11 : « Complexité accrue car un certain nombre d'éléments sont eux-mêmes déductibles et que sont prévues des exemptions et des alternatives ».

¹⁰⁷⁰ V. Comm. UE, règl. délégué (UE) n° 523/2014, 12 mars 2014, complétant le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation visant à déterminer ce qui constitue une corrélation étroite entre la valeur des obligations garanties d'un établissement et la valeur de ses actifs : JOUE n° L 148, 20 mai 2014, p. 4

Rapport. Comm. UE, règl. délégué (UE) n° 526/2014, 12 mars 2014, complétant le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation visant à déterminer l'approximation d'écart et les portefeuilles limités de petite taille aux fins du risque d'ajustement de l'évaluation de crédit : JOUE n° L 148, 20 mai 2014, p. 17.

Rapport. Comm. UE, règl. délégué (UE) n° 528/2014, 12 mars 2014, complétant le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les normes techniques de réglementation pour le risque non-delta lié aux options dans la méthode standard pour le risque de marché : JOUE n° L 148, 20 mai 2014, p. 29.

2. La sanctuarisation des fonds propres

368. La croissance rentable. – L’objectif de sanctuarisation des fonds propres réglementaires reste très difficile à atteindre. L’alimentation de ces fonds propres sur les bénéfices des établissements lime la croissance de ceux-ci. Ces fonds propres assurent la solidité des opérateurs mais ne peuvent stagner. Cela est la raison pour laquelle ces fonds doivent fructifier mais sans risque. Ceci se traduit par un investissement massif dans les *govies*. Cet investissement revient à la frilosité exposée au début de ce chapitre car en s’accaparant l’essentiel de ces titres financiers, les obligations perdent en liquidité. Cette perte se double de leur raréfaction sur le marché et la hausse de leur valeur d’échange. De cette hausse se déduit une réduction du rendement et donc ce contreponds dans les investissements plus risqués.

369. La mobilisation immédiate. – L’origine de cet encadrement qui réduit en fin de compte les rendements provient de la nécessité, pour les établissements de crédit, de disposer avec célérité de fonds pour faire face à l’exigibilité des créanciers, notamment les déposants. A défaut, sans les fonds propres suffisants, l’établissement se retrouve en état de cessation des paiements¹⁰⁷² qui prend une définition dérogatoire¹⁰⁷³ en droit de la banque et des marchés financiers. Cette dérogation prévue dans la loi conduit à cet encadrement incongru et à cette orientation tout à fait particulière des marchés qui à terme réduit les profits.

B. La réduction des profits

370. La baisse mécanique des rendements est pilotée par les exigences croissantes¹⁰⁷⁴ en matière de fonds propres. Une solution serait peut-être comme dans l’imaginaire collectif de consigner dans un coffre-fort une quantité d’or. Cependant, si cette solution existait dans le passé, le cours flottant des monnaies et la fin de la convertibilité du dollar en or ont changé la donne.

Les opérateurs sont confrontés à une réduction des rendements et donc des profits. Ce rabotement inlassable provoque un effet néfaste, nocif même sur l’industrie financière.

¹⁰⁷¹ F. BANCEL, « Le rôle majeur des fonds propres dans le secteur bancaire », art. préc. : « Dans le cadre de Bâle III, le niveau nécessaire de fonds propres a été renforcé, imposant aux banques de réduire le total de bilan ou encore d’augmenter le capital ».

¹⁰⁷² C. monét. fin., art. L. 613-26 al. 1^{er} : « Par dérogation aux dispositions de l’article L. 631-1 du code de commerce, sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit ou les sociétés de financement qui ne sont pas en mesure d’assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché ».

¹⁰⁷³ *Ibid.* : « assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché » au lieu de la définition de l’article L. 631-1 du Code de commerce qui le définit comme l’impossibilité de faire face au passif exigible avec l’actif disponible ».

¹⁰⁷⁴ M. BILGER, « Bâle III : une solvabilité renforcée des banques », *Banque & Stratégie*, n° 287, 15 déc. 2010 : « Pour atteindre cet objectif, il va définir des nouvelles règles de solvabilité destinées à renforcer les fonds propres des banques, à la fois en qualité et en quantité ».

La réduction des profits constitue une dangereuse limite industrielle (1) et fait naître des alternatives (2).

1. La limite industrielle

371. La réduction de la liquidité. – La diminution de la liquidité, c'est-à-dire de la facilité d'échange des titres, rend le refuge dans les obligations moins intéressant. Il reste pour l'instant le seul havre de sûreté pour les opérateurs. Cette captation retranscrit, en pratique, leur aversion au risque et ne les incite pas à des investissements audacieux. Cette dissuasion de la prise de risque montre une limite au libéralisme financier.

372. Le libéralisme limité. – L'affectation particulière de fonds¹⁰⁷⁵ est une limite. Les normes prudentielles relatives aux fonds propres s'inscrivent en dérogation des autres secteurs d'activité. Ces mesures exorbitantes du droit des affaires se dotent d'un instrument de mesure arbitraire¹⁰⁷⁶. Cette méthode suscite une orientation des investisseurs¹⁰⁷⁷ et pénalise les opérateurs. Ce biais pose des difficultés de perception¹⁰⁷⁸. La base de calcul¹⁰⁷⁹ des fonds propres ne doit pas être négligée. Les règles comptables¹⁰⁸⁰ posent le problème du référentiel¹⁰⁸¹ qui sert de fondement à la notion de fonds propres. Les limitations du libéralisme invitent à une alternative.

2. Les alternatives industrielles

373. Les dérogations. – La rigueur de la notion de fonds propres pose des difficultés¹⁰⁸². Ses dérogations¹⁰⁸³ rajoutent des éléments d'orientation à travers les normes prudentielles. Les dérogations

¹⁰⁷⁵ F. BANCEL, art. préc. : « Les fonds propres ont également une valeur de marché ».

¹⁰⁷⁶ *Ibid.* : « La communauté financière mesure la performance des banques en considérant la rentabilité des fonds propres comptables engagés (*Return on Equity* – ROE), et ne prend pas en compte l'ensemble des capitaux engagés comme elle le fait pour les entreprises non bancaires (en déterminant le ROCE – *Return on Capital Employed*) ».

¹⁰⁷⁷ *Ibid.* : « Les analystes financiers fondent leur recommandation d'achat ou de vente d'un titre sur l'observation du ROE d'une banque ».

¹⁰⁷⁸ *Ibid.* : « Les analystes ne disposent pas toujours de la capacité à appréhender correctement les risques des établissements bancaires. Ils n'ont pas accès à des informations privilégiées, comme c'est le cas des régulateurs ».

¹⁰⁷⁹ V. M. BILGER, « Bâle III : une solvabilité renforcée des banques », art. préc. : « Ils concentrent en effet de nombreux points sensibles : d'une part, le souci (légitime) des régulateurs d'éviter un risque systémique lié aux participations entre banques qui pourraient créer artificiellement « *un double comptage des fonds propres* » dans le système financier ».

¹⁰⁸⁰ *Ibid.* : « D'autre part, des normes comptables de consolidation multi-facettes : consolidation globale, proportionnelle, mise en équivalence, participations minoritaires ».

¹⁰⁸¹ V. J.-B. BELLON, « Des normes, peu utiles, contre productives, intéressantes et utiles », *Revue Banque*, n° 772, 25 avr. 2014. Les normes comptables sont un enjeu pour le calcul des fonds propres. De cette méthode comptable découlent nombre de conséquences.

¹⁰⁸² *Ibid.* : « Mesurer la valeur considérant les seuls fonds propres engagés, et ceci quelle que soit la définition retenue, n'est-il pas trop réducteur, source d'erreurs ou de prises de risques excessives (par exemple, en cherchant à maximiser le ROE) ? ».

apparaissent telles des issues au contenu de ces normes prudentielles¹⁰⁸⁴. Les règles relatives aux fonds propres sont particulièrement fouillées¹⁰⁸⁵ car elles sont les premières normes prudentielles. De plus, elles doivent régir avec dextérité l'enjeu le plus important de la régulation¹⁰⁸⁶ pour ne pas compromettre la croissance des opérateurs.

374. Les gisements de croissance. – Le droit contenu dans les normes prudentielles se répand en conséquence sur l'économie. Cela constitue un encadrement juridique de l'économie. Ce dépassement initial de l'objet des normes prudentielles qui assurent stabilité et régulation touche la croissance¹⁰⁸⁷ économique des opérateurs¹⁰⁸⁸. L'application disparate des normes relatives aux fonds propres, non seulement, réduit les profits des établissements qui sont contraints de les appliquer, mais encore, crée une distorsion avec ceux qui en sont dispensés.

Cela conduit ceux qui y sont soumis à se tourner vers les marchés à risque, notamment *high yield* déjà évoqué¹⁰⁸⁹. Les banques sont chargées d'une responsabilité considérable. Elles sont donc peu enclines à prendre des risques par l'octroi de crédits¹⁰⁹⁰ qui est une de leurs activités au titre des opérations de banque¹⁰⁹¹.

La recherche d'alternatives au crédit bancaire¹⁰⁹² conduirait ainsi en voulant solidifier les opérateurs à une remise en cause indirecte de leur monopole de protection. Les normes prudentielles conduisent à l'effet paradoxal de nuire à la viabilité des opérateurs qu'elles entendent solidifier. Cette contradiction entre normes prudentielles et modèle économique du secteur se perçoit en des termes presque similaires avec le pouvoir législatif.

¹⁰⁸³ V. M. BILGER, « Bâle III : une solvabilité renforcée des banques », art. préc. : « Plus de déductions sur les fonds propres ont également été décidées ».

¹⁰⁸⁴ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 11 : « Complexité accrue car un certain nombre d'éléments sont eux-mêmes déductibles et que sont prévues des exemptions et des alternatives ».

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* : « les dispositions consacrées aux fonds propres de base (tiers 1) font l'objet de 35 articles représentant environ 16 pages du journal officiel tandis que celles relatives aux fonds propres de catégorie 2 sont réparties en 13 articles représentant 5 pages de journal officiel ».

¹⁰⁸⁶ V. M. BILGER, « Bâle III : une solvabilité renforcée des banques », art. préc. : « Les investissements réalisés par des banques dans d'autres titres bancaires constituent sans doute l'un des domaines les plus complexes de la réglementation prudentielle bâloise ».

¹⁰⁸⁷ V. S. NEUVILLE, « Introduction », art. préc. : « En effet, et pour faire le lien avec les ambitions du *think tank* "Droit et croissance" évoquées aussi dans ce numéro, le droit ne doit pas être un frein à la croissance : il doit au contraire tâcher d'accompagner et d'encourager celle-ci ».

¹⁰⁸⁸ V. M. BILGER, « Bâle III : une solvabilité renforcée des banques », art. préc. : « Enfin et surtout (et outre l'alourdissement des exigences sur les activités de marché déjà mentionné), le Comité de Bâle a prévu un renforcement de la quantité de fonds propres des banques, en fixant des niveaux de ratios de solvabilité minima très nettement plus élevés ».

¹⁰⁸⁹ Tout n'est que mesure des conséquences que l'opérateur est prêt à accepter.

¹⁰⁹⁰ C. monét. fin., art. L. 311-1 : « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ».

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² V. S. VERMEILLE, « Règle de Droit et développement des modes de financement alternatifs au crédit bancaire ... - Ou l'inadaptation du droit français à l'évolution de l'économie et de la finance », *RTDF*, n° 2, 2012, p. 28 : « Il s'avère que la Règle de Droit interfère dans les choix d'investissement des pourvoyeurs de capitaux externes qui s'intéressent au financement de projets risqués, portés par des entreprises dont la probabilité de défaut est non négligeable, que ces entreprises connaissent ou non des difficultés financières ».

SECTION 2. L'ENCADREMENT LEGISLATIF

375. L'aspect négatif de cette notion a un impact dans le domaine économique¹⁰⁹³. La norme prudentielle insufflé aussi une frilosité dans le droit¹⁰⁹⁴. Cette interférence entre les fonctions des normes prudentielles et l'encadrement législatif ont un aspect plus négatif.

L'encadrement mis en place par les normes prudentielles provoque des mutations dans le rôle du législateur¹⁰⁹⁵. Les normes prudentielles gisent dans la loi¹⁰⁹⁶. L'absence de réflexion¹⁰⁹⁷ concernant les mécanismes de conception des normes prudentielles mène à une fuite du pouvoir législatif. La transition de ce pouvoir entre le Parlement national et des institutions supranationales s'analyse comme une remise des compétences législatives à des entités supra-étatiques.

La frilosité de la norme prudentielle ressort de la délégation de pouvoir implicite qu'accorde le législateur aux réseaux de la régulation pour exercer le pouvoir législatif (§1). L'encadrement législatif est problématique en ce qu'il n'existe presque aucun pouvoir de contrôle du législateur sur les recommandations prudentielles produites (§2).

§1. La « délégation de pouvoir » du législateur

376. L'encadrement économique se conjugue avec un encadrement législatif. Les normes prudentielles rendent inactif le législateur au niveau national. La contrainte de produire un ensemble de normes techniques harmonisées dès leur édicton conduit à marginaliser ce dernier.

De ce fait, le législateur se retrouve dans la situation d'un déléguant dans le cadre d'une délégation de pouvoir. Il s'agit, bien entendu, d'une image didactique qui ne se conforme pas en tous points avec le contrat de délégation¹⁰⁹⁸ ou la délégation de pouvoir au sein des entreprises¹⁰⁹⁹. Cependant, un parallèle peut s'établir. Il transférerait sa compétence de faire la loi, de manière implicite, à d'autres entités qui rédigeraient les lois.

Le statut particulier du législateur pour la matière bancaire et financière (A) explique qu'il délègue de manière implicite son pouvoir législatif (B).

¹⁰⁹³ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 20 : « On souhaite éviter des prises de risque excessives ; on souhaite également traiter les difficultés des entreprises de manière à limiter l'effet négatif de celles-ci sur l'économie réelle ».

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, n° 26 : « Ce qui montre que la réglementation impacte les régimes juridiques des entités, des opérations et des traitements et influe sur la société en général ».

¹⁰⁹⁵ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Source du droit » : « Les mutations les plus importantes s'opèrent à l'intérieur des systèmes étatiques : ajoutées à la profonde dégradation de la loi ».

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* : « la montée en puissance des droits fondamentaux, la fin de l'allégeance du juge et la prolifération du droit infra-législatif sont en train de mettre à bas l'organisation des sources établie il y a deux cents ans ».

¹⁰⁹⁷ *Ibid.* : « Pour autant, la révision de la théorie des sources du droit n'est guère à l'ordre du jour ».

¹⁰⁹⁸ C.civ., art. 1275.

¹⁰⁹⁹ Il n'existe bien entendu pas les mêmes implications entre matière de responsabilités civiles, pénales, fiscales ou de cumul des responsabilités. L'enjeu est de mettre en perspective un déléguant, le législateur, qui transfère son pouvoir législatif dans le domaine bancaire et financier, à des entités supra-étatiques.

A. Le législateur bancaire et financier

377. Le législateur bancaire et financier est dans une situation similaire à celle d'un déléguant qui transférerait une partie de ses pouvoirs à un tiers. Or, le tiers en question se compose d'une myriade d'intervenants qui interagissent en réseau.

Le législateur entretient un rapport particulier au droit de la banque et des marchés financiers. Ce dernier s'acclimate mal à ce champ juridique. En effet, la multiplication des normes techniques depuis les Accords de Bâle contraste avec la parcimonie législative antérieure.

L'étude du législateur dans l'exercice de son pouvoir en matière bancaire et financière revient à étudier le pouvoir législatif bancaire (A) dans le périmètre, étroit, de l'État (B).

1. Le pouvoir législatif bancaire

378. **La difficile formulation.** – Le législateur éprouve maintes difficultés à formuler les textes législatifs. D'un art consommé de la légistique sous Portalis, il se répand en lois bavardes et oiseuses. Cet abaissement de la qualité des lois traduit l'inquiétude du législateur quant à sa propre incapacité à maîtriser un domaine qui lui échappe¹¹⁰⁰. En effet, avant que ne se mettent en place les « paquets » européens, les lois bancaires étaient rares¹¹⁰¹.

Le fait de légiférer en matière bancaire et financière ne fait pas partie des habitudes du Parlement. Tout au long de son histoire, il s'est familiarisé avec les législations civiles ou pénales qui sont ses deux premiers champs d'intervention. Puis il a commencé à légiférer en matière commerciale, laissant à la discrétion des autorités professionnelles¹¹⁰² la charge d'ordonner le secteur financier.

¹¹⁰⁰ V. F. CHANDERNAGOR, *De la sécurité juridique*, Rapport du Conseil d'État 1991, La Documentation française, 1992, p. 10 : « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite ».

¹¹⁰¹ Avant les Accords de Bâle, soit avant 1988, trois grandes lois bancaires ont été édictées. La première date de 1936 avec l'arrivée du Front Populaire, M. le Président du Conseil Léon Blum fit voter une loi réformant l'organisation de la Banque de France et actant la suppression des banquiers régents. La seconde loi importante date de 13 juin 1941. Puis, mise à part les lois de nationalisation et de privatisation, la troisième importante loi est celle du 24 janvier 1984. Rappr. L. n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

Trois lois en un siècle, cela montre combien le législateur est timoré quant aux questions bancaires et financières à l'inverse du droit fiscal ou du droit pénal.

¹¹⁰² Avant que M. le Ministre Francis Maire ne fonde l'AMF, le Conseil des Marchés Financiers n'était qu'une autorité professionnelle. L'effacement du législateur en matière bancaire et financière n'est pas nouveau. Il existe depuis longtemps mais il transférait sa compétence aux autorités professionnelles nationales pour le droit boursier et garder la bride serrée sur les banques par le contrôle politique exercé par le Ministre des Finances. Au Louvre, sous les ors des appartements de l'Empereur Napoléon III, il avait la haute main sur les banques largement nationalisées qui obéissaient aux ordres de la toute puissante Direction du Trésor. Les privations, la distanciation de la Banque de France, le départ de la rue de Rivoli pour le quai de Bercy, et surtout la prise de contrôle des institutions communautaires sur le secteur financier, ont mis un terme à cet âge d'or. Les deux derniers héritiers des Contrôleurs généraux des Finances furent probablement MM. les Ministres d'État Édouard Balladur et Pierre Bérégovoy.

379. L’absence d’expertise législative. – L’édiction de trois lois entre 1900 et 1990 montre combien le législateur s’est depuis longtemps désintéressé du fonctionnement du secteur financier français. La finance était réduite à une portion congrue des activités législatives. Le défaut de développement d’acuité à maîtriser ces thématiques justifie le recours à des « commissions de réflexion » pour légiférer¹¹⁰³. De la sorte, la totipotence du régulateur s’oppose à l’impotence du législateur.

Son désarroi face à la technicité qui exige une culture et une éducation financière¹¹⁰⁴, une maîtrise subtile des mécanismes et des circuits de l’argent, dévoile un enjeu trop vaste pour le législateur compétent à l’échelle nationale.

2. L’étroitesse nationale

380. La vacuité de la législation. – La vacuité de la législation nationale ne surprend qu’à moitié. Le droit interne ne peut suffire à produire une législation harmonisée entre plusieurs États, les principales puissances mondiales. Les grands opérateurs étendent leurs ramifications dans des dizaines d’États aux législations tantôt proches ou identiques, tantôt contradictoires ou opposées. La passivité du législateur contemporain se résume à cette quête d’harmonisation. Seules des entités supranationales permettent cette négociation sur les normes et sur la technique.

381. La contre-productivité législative. – Au contraire, le législateur ne peut que mal agir. Dans un climat de concurrence à l’échelle planétaire, les principaux opérateurs du secteur se battent pour conserver leur influence ou prendre l’ascendant sur les autres. La puissante industrie bancaire française ne doit être handicapée par des lois qui freineraient son extension. Il en est de même pour les autres entreprises du secteur à une échelle moindre. Le législateur est donc contraint de subir¹¹⁰⁵ l’influence de tiers. Cela justifie la faiblesse qualitative des textes qu’il impose du fait notamment de leur provenance de tiers non habitués à l’éclat des textes de loi napoléoniens, qui eux aussi s’éteignent.

¹¹⁰³ B. BEIGNIER, « Préface » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les facultés de Droit, inspiratrices du droit ?*, PUSST, Les travaux de l’IFR, Mutation des Normes juridiques, n° 3, 2004, p. 5.

¹¹⁰⁴ *Ibid.* : Lesdites commissions d’assistance pour légiférer permettent aux parlementaires de consulter des économistes, des juristes, des hauts-fonctionnaires issus des services du ministère ou des régulateurs, des universitaires pour comprendre l’écosystème financier dans lequel ils s’apprêtent à intervenir par le truchement de la loi.

¹¹⁰⁵ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Banque » : « La législation interne subit nécessairement l’influence du droit communautaire. Elle est complétée par une réglementation professionnelle abondante et d’origine variée ». L’utilisation du verbe « subit » donne un éclairage sur la diversité des sources du droit bancaire dans son versant prudentiel. Le législateur bancaire n’a pas la même autonomie que dans d’autres branches du droit comme en droit civil ou en droit pénal.

B. La délégation de pouvoir implicite

382. Le législateur est, depuis longtemps, mal à l'aise avec le droit de la banque et des marchés financiers. Il n'exerçait qu'avec rareté son pouvoir dans ce domaine. Cependant, la signature des Accords de Bâle et la création de l'Union européenne¹¹⁰⁶ ont bouleversé ses habitudes.

Le législateur s'enqu Coastait peu de la législation bancaire et financière, sauf peut-être pour nationaliser puis privatiser les opérateurs¹¹⁰⁷. Il laissait une grande latitude aux organismes professionnels¹¹⁰⁸ ; il laisse une grande latitude aux institutions et cercles informels supra et infra-étatiques pour organiser le détail du fonctionnement du secteur.

En transférant sa compétence législative, le législateur délègue ce pouvoir (A) sans pour autant conserver un contrôle sur les textes qui lui parviennent (B).

1. La délégation du pouvoir législatif

383. Le déclin de la loi. – Le déclin de la loi en tant que source¹¹⁰⁹ du droit est patent. Il demeure implicite car les parlementaires s'offusquent de ce type de remarques. Cependant, ce déclin est prévu dans les traités européens¹¹¹⁰.

La délégation de pouvoir du législateur passe pour une hypothèse baroque mais pas dénuée de fondement¹¹¹¹. Le transfert de compétence est factuel. Les recommandations prudentielles sont conçues par des entités internationales ou communautaires. Par le jeu des transcriptions¹¹¹², le contenu des recommandations prudentielles est véhiculé instrument après instrument jusqu'à la loi. Celle-ci n'est qu'une réplique de la recommandation prudentielle sur le plan matériel. La différence entre la loi et le reste des recommandations prudentielles est formelle.

384. La ratification légale. – La loi s'est changée en ratification légale d'où la distinction entre recommandation et normes prudentielles. Il délègue la compétence matérielle de faire la loi mais

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ Il faut rapprocher ce point de l'empirisme.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V^o « Banque » : « Le plus souvent on enseignera que la loi trône encore dans une majesté qui n'a que plus d'éclat que son pouvoir va se réduisant face aux sources internationales ».

¹¹¹⁰ TFUE, art. 289, § 1 : « La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette procédure est définie à l'article 294 ». S'il existe une procédure législative communautaire, il existerait donc un législateur communautaire. Il apparaît lors de l'adoption des règlements communautaires qui sont doués d'un effet direct en droit interne. Rapp. TFUE, art. 288 al. 3.

¹¹¹¹ V. M. BILGER, « Le Comité de Bâle doit s'en tenir au mandat fixé par le G20 », *Revue Banque*, n^o 798, juin 2016. Le Comité de Bâle reçoit un mandat du G 20. De la même manière, il n'est pas infondé d'estimer que le réseau de la régulation est investi d'une délégation de pouvoir tacite.

¹¹¹² Il s'agit d'une preuve supplémentaire de la transcription évoquée précédemment.

conserve la légitimité formelle. Le passage par la loi permet de respecter la Constitution. Cependant, en pratique, les recommandations prudentielles apportent la technicité et les normes, la loi n'est qu'un support qui sert à leur effectivité.

Le législateur est passif et sert seulement à authentifier les recommandations prudentielles en les convertissant en normes prudentielles pour que ces dernières soient exécutées par les opérateurs français. Le législateur est frappé par la résignation quant à son pouvoir.

2. Une résignation de pouvoir

385. La substitution. – Le législateur transmet sa compétence de rédaction des textes qui appartiendront à la loi. Le législateur délègue sa compétence législative. Il conserve un théorique pouvoir de substitution aux délégués, c'est-à-dire aux réseaux de la régulation. Toutefois, le législateur national ne reprend presque jamais¹¹¹³ sa faculté à rédiger les lois bancaires et financières. L'absence d'obligation pour les réseaux de rendre compte au législateur augmente l'impression de recul de la souveraineté.

386. La souveraineté. – La question de la souveraineté¹¹¹⁴ s'appuie sur trois principes de la souveraineté, à savoir : l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité. Le Parlement ne perd pas la totalité de son pouvoir. Il demeure de manière virtuelle. Néanmoins, cette réalité montre une division d'un pouvoir constitutionnel¹¹¹⁵. Or, la souveraineté suppose l'indivisibilité¹¹¹⁶.

Carl Schmitt dans son ouvrage *Théologie politique* définit la souveraineté dans des termes un peu différents. Selon lui, « est souverain, celui qui décide de la situation exceptionnelle »¹¹¹⁷.

En matière prudentielle la souveraineté appartiendrait donc aux instances internationales et régionales. En effet, la situation exceptionnelle décrite est celle de la réalisation du risque systémique. Selon cette définition, est souverain d'une part le Comité de Bâle qui intervient de façon exceptionnelle pour émettre les règles techniques relatives aux fonds propres. Toujours selon cette définition, celui qui contrôle la résolution détient la souveraineté¹¹¹⁸. Par conséquent, le MRU, le CRU donc dispose d'un pouvoir souverain. En contrôlant l'impact de la réalisation du risque systémique, ces instances

¹¹¹³ Ex. Loi SRAB, préc. pour partie.

¹¹¹⁴ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Souveraineté » : « La souveraineté signifie donc le pouvoir exclusif de son titulaire de composer ou modifier l'ordre juridique »

¹¹¹⁵ *Ibid.* : « Cette unicité de l'instance souveraine permet de souligner une deuxième caractéristique de la souveraineté, sur laquelle les plus grands légistes de la monarchie comme de la république (Bodin, Loyseau, Sieyès) n'ont cessé d'insister : son indivisibilité ».

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹¹⁸ En l'espèce, depuis la mise en place de l'UBE, cette compétence incombe au MRU. Rappr. Règl. (UE) n° 806/2014 du PE et CE du 15 juill. 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010. JOUE : n° L 225/1 du 30 juill. 2014. Le MRU est opérationnel depuis le 1^{er} janvier 2016.

s’arrogent un pouvoir qui est matériel. Le pouvoir formel, c’est-à-dire apparent, reste entre les mains du législateur. Les institutions et cercles internationaux, les nouveaux législateurs¹¹¹⁹, se sont saisis d’un pouvoir régalien. Leurs productions normatives n’ont de la valeur que parce qu’elles sont élaborées dans leur sphère de souveraineté¹¹²⁰. Les « nouveaux législateurs » sur le fonds emportent la bataille de souveraineté car les législateurs ne contrôlent pas les recommandations émises.

§2. La difficulté du contrôle par le législateur

387. Le législateur se retrouve dans la situation d’un déléguant dans le cadre d’une délégation de pouvoir. Il s’agit, bien entendu, d’une image didactique qui ne se conforme pas en tous points avec le contrat de délégation¹¹²¹ ou la délégation de pouvoir au sein des entreprises¹¹²². Cependant, un parallèle peut s’établir. Il transférerait sa compétence de faire la loi, de manière implicite à d’autres entités qui rédigeraient les lois. Cette attitude est un paradoxe¹¹²³.

Le législateur a des difficultés à contrôler les recommandations qui sont un droit exogène (A), pourtant il n’en est rien car dans un droit horizontal, il n’a plus la supériorité nécessaire (B).

A. Un droit exogène

388. Les normes prudentielles constituent un encadrement législatif puisque ce dernier se voit presque retiré sa compétence pour le secteur financier.

L’encadrement est renforcé car en plus de la délégation tacite que le législateur accorde, il ne prend même plus la précaution de contrôler les productions. Il intègre au droit interne des normes techniques exogènes.

Le caractère exogène des normes prudentielles s’affiche dans leur aspect impersonnel (1) qui pour l’essentiel émane des standards qu’elles contiennent (2).

1. Un droit impersonnel

¹¹¹⁹ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », art. préc.

¹¹²⁰ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Souveraineté ».

¹¹²¹ C. civ., art. 1275.

¹¹²² Il n’existe bien entendu pas les mêmes implications entre matière de responsabilités civiles, pénales, fiscales ou de cumul des responsabilités. L’enjeu est de mettre en perspective un déléguant, le législateur, qui transfère son pouvoir législatif dans le domaine bancaire et financier, à des entités supra-étatiques.

¹¹²³ V. B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », art. préc. : « Il assiste ainsi, plus en spectateur qu’en acteur, à la « troisième révolution industrielle » de l’informatique et des télécommunications, se bornant souvent à lever les « entraves » réglementaires qui font obstacle au jeu du libre marché ». Lorsqu’il intervient, en revanche, il corsète plus que de raison le secteur.

389. L’absence d’identité. – Les normes prudentielles sont partout les mêmes. Elles abattent l’altérité des droits internes les uns par rapport aux autres. Ce nouveau droit économique¹¹²⁴ se passe du droit comparé. En effet, il n’est plus nécessaire de recourir aux techniques de comparaison des droits entre eux. Les droits internes ne sont plus le fruit de la production de leur législateur mais ils sont la transposition des normes techniques communautaires qui elles-mêmes transcrivent les accords et recommandations internationaux. Le droit est impersonnel car ce droit ne reflète pas la nécessaire adaptation du droit au sein d’un ordre juridique étatique. Le droit bancaire et financier présente une identité.

390. L’objectivité prudentielle. – De surcroît, la carence d’identité du droit bancaire et financier est renforcée par l’absence de distinctions qu’il réalise entre les opérateurs économiques au sein d’une même profession. A l’inverse des seuils sociaux en droit du travail, il n’existe pas de distinctions selon la taille de l’opérateur.

Les ratios de solvabilité sont identiques quel que soit l’opérateur. Cette objectivité des recommandations prudentielles qui touchent tous les opérateurs nuit à ceux de taille moyenne. En effet, les coûts d’application des normes prudentielles sont pour partie incompressibles et pénalisent plus un opérateur de taille moyenne qu’un opérateur de taille mondiale. Ce phénomène a pour cause le recours à des standards qui s’appliquent de la même manière par tous et partout.

2. Un droit standardisé

391. Les standards prudentiels. – Comme dans la jurisprudence¹¹²⁵, la régulation bancaire et financière est soutenue par des standards. Il s’agit de standards législatifs qui permettent aux États d’avoir une législation harmonisée.

La réflexion sur le point de savoir si le standard¹¹²⁶ doit être déploré ou plébiscité, est difficile. Sur le plan de la légistique, il ne peut être qu’accueilli avec méfiance. Sur le plan de l’efficacité, les standards sont des éléments de perfection et de permanence de certains caractères¹¹²⁷.

¹¹²⁴ *Ibid.* : « Les règles fondamentales de l’économie de marché forment ainsi le noyau d’un nouveau droit naturel économique, célébré par les décideurs internationaux, qui règle les échanges au niveau planétaire et l’emporte sur des droits positifs étatiques en perte de vitesse ».

¹¹²⁵ Ph. JESTAZ, « Les sources du droit », *op. cit.*, p. 106 : « Il arrive aussi que le législateur ait délégué ses pouvoirs au juge en utilisant des standards comme la nécessité, la mesure du possible ou l’intérêt de l’enfant ».

¹¹²⁶ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Standard » : « Le standard est un mot d’origine anglaise qui signifie « étalon, type, modèle ». Il est rarement utilisé par les juristes, probablement en raison du halo de mystère qui entoure la notion ».

¹¹²⁷ Les standards sont des éléments archétypaux de reconnaissance et de permanence à travers toutes les législations prudentielles, les *regulations*, qui reprennent ces éléments prédéfinis pour assurer une harmonisation de ces dernières face à des opérateurs de taille mondiale. Ces standards inscrivent dans la loi les mêmes repères qui étaient ceux de l’architecture des palais qui abritaient la Bourse. Dérivés de l’architecture du Parthénon, ils reprenaient l’emmarchement, la colonnade, le fronton. Qu’ils soient architecturaux ou juridiques, les standards assurent une reconnaissance et facilitent l’identification.

Ils sont les voies vers un droit universel¹¹²⁸ dont la qualité est discutable. Le recours aux standards juridiques trouve pour origine la technique. La technicité de la norme prudentielle génère ces standards¹¹²⁹. Ces derniers sont le propre de la technique de façon générale. Il s'agit d'une réminiscence du fait que les normes prudentielles sont un droit technique, c'est-à-dire autant de normes que de pièces techniques.

392. Le systématisme prudentiel. – Les standards ouvrent la voie à un systématisme des normes prudentielles. Sur ce point, ces dernières subissent une influence utilitariste de l'économie. Le but reste d'avoir dans le droit des moyens efficaces de stabiliser et de réguler. Le droit permet d'imposer les standards techniques tant et si bien que certains écrivent qu'il s'agit d'une tyrannie dominée par les « ennemis intimes »¹¹³⁰. Le systématisme va de pair avec l'abolition de la verticalité du droit dans ce domaine.

B. Un droit horizontal

393. Le droit de la banque et des marchés financiers est un droit impersonnel et standardisé. Les normes prudentielles ont influé sur le législateur plutôt que l'inverse.

Ces normes sont le produit d'un droit exogène intégré par les États mais au passage, elles modifient la place de l'État¹¹³¹. Le législateur qui ne fait plus la loi n'est plus dans une position verticale mais horizontale. Contraire au surplomb classique de l'État, ce dernier est touché par une sorte d'abaissement au milieu des acteurs de la régulation, au milieu des régulateurs mais surtout au milieu des opérateurs. La loi ne se pare plus de sa qualité de source du droit¹¹³². La fin de la hiérarchie¹¹³³ marmoréenne¹¹³⁴ traditionnelle n'en fait plus qu'une source formelle.

¹¹²⁸ V. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 7 : « La « mondialisation juridique » en cours offre l'opportunité d'un redéploiement de ces droits sur une échelle réellement universelle ». Ceci est peut-être pour les droits de l'Homme mais pas pour le droit de la finance.

¹¹²⁹ Ex. AMF, « Etude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens » [en ligne], Site officiel, AMF, 30 mars 2016.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Publications/Rapports-etudes-et-analyses/Gouvernement-d-entreprise.html?isSearch=true&xtmc=codes-de-gouvernement>.

Rappr. J. CHARCONAC, « Gouvernement d'entreprise », art. préc. : « La France est le seul code à n'être composé que de recommandations dotées de la même portée, sans indiquer au préalable de principes fixant des standards de comportement ».

¹¹³⁰ V. T. TODOROV, *Les Ennemis intimes de la démocratie*, Le Livre de Poche, 2014.

¹¹³¹ V. P. LAMY, *op. cit.*, p. 15 : « C'est pourquoi la nécessité d'une nouvelle organisation démocratique des pouvoirs qui dépasserait le cadre des États-nations – matrice historique, juridique, politique et culturelle de nos sociétés – relève aujourd'hui de l'urgence ».

¹¹³² V. B. BEIGNIER, « Préface » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les facultés de Droit, inspiratrices du droit ?*, PUSST, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes juridiques, n° 3, 2004, p. 5 : « Dès pratiquement ses premières heures à la Faculté, l'étudiant en droit apprend qu'il existe "des" sources du droit ».

¹¹³³ *Ibid.* : « Ces sources sont, dans un ordre hiérarchique immuable, la loi et ses dérivés, la coutume, la jurisprudence et la doctrine ».

¹¹³⁴ *Ibid.* La source des ennuis que cause La norme prudentielle bouscule la pyramide, l'aplanit et s'élabore grâce à des réseaux et des pratiques.

Cet abaissement s'illustre par le caractère réticulaire du droit (1), il se sent aussi par l'absence de hiérarchie (2).

1. Un droit réticulaire

394. L'absence d'interlocuteur. – Le droit prudentiel est un droit de réseaux. Il existe plusieurs réseaux : celui des régulateurs, celui des professionnels. Chacun de ces réseaux s'organise au sein des États, au niveau européen ou à l'échelle planétaire. En outre, il existe des ponts entre les réseaux. Ces passerelles sont pratiquées au moment des consultations. Le réseau des opérateurs, des influenceurs, des organisations professionnelles y répondent. Les consultations sont aussi utiles au niveau des personnes dans la mesure où les carrières de professionnels alternent souvent entre secteur public c'est-à-dire au sein des régulateurs et secteur privé c'est-à-dire au sein des opérateurs. Les réseaux fusionnent de façon partielle et plus ou moins durable.

A cela s'ajoutent les cercles informels où le caractère *intuitu personae*¹¹³⁵ est crucial. Les hommes présents à la table des négociations comptent autant sinon plus que les institutions qu'ils dirigent.

Il se conçoit alors qu'il n'existe pas un interlocuteur mais un nombre considérable. Ce point marque une différence de taille avec les autres domaines d'activités.

En outre, il se produit une concurrence des ordres¹¹³⁶ et un phénomène de *forum shopping* qui peaufinent la complexité des relations au sein du secteur financier.

395. Le maillage textuel. – Les normes prudentielles sont forgées par un réseau d'intervenants. Il existe aussi un réseau de textes. Les recommandations prudentielles se répondent entre elles. Elles s'organisent en écaille. Chaque texte couvre un domaine du secteur financier et déborde légèrement sur le texte qui couvre le domaine contigu. Tout le droit bancaire et financier fait l'objet d'une couverture textuelle. Ainsi, rien ne leur échappe et cela permet d'obtenir un réseau de normes prudentielles qui contiennent les excès et le fonctionnement des opérateurs.

¹¹³⁵ V. J. DE LAROSIÈRE, *op. cit.*, p. 166 : « Et je ne parle pas des réunions mensuelles à Bâle. (...) Le lendemain se tenaient les sessions entre gouverneurs (...). Ces rencontres, d'une régularité d'horloge suisse, présentaient sans doute un réel intérêt professionnel mais entretenaient, surtout, les rapports de cordialité entre nous ».

¹¹³⁶ V. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 5 : « A l'heure de la mondialisation juridique, les ordres juridiques nationaux se trouvent placés, chaque jour davantage, en situation de concurrence dans une course à la dérégulation ».

2. Un droit sans hiérarchie

396. Le revers de la souplesse. – L'absence de hiérarchie est le corolaire de la souplesse des normes prudentielles, de la recommandation prudentielle pour être exact. Ce droit sans hiérarchie gêne les juristes français, de droit continental pour simplifier.

En effet, « les Français adorent la loi, la vénèrent ; ils sont persuadés, quelle que soit d'ailleurs leur sensibilité politique, qu'elle est une panacée, le remède à tous leurs maux, une solution miracle pour toutes les difficultés »¹¹³⁷.

Par conséquent, le réflexe ancien de recourir à des formes verticales, autoritaires entre en contradiction avec cet écrasement sur un seul plan. Sur ce plan unique sur lequel se développe le tentaculaire réseau, parfois producteur de textes demandant l'adhésion, parfois auteur de textes prescripteurs. L'encadrement prudentiel a fait du législateur un acteur important, mais un acteur parmi les autres au sein de ce réseau.

397. La multipolarité prudentielle. – La « régulation prudentielle », l'accolement des deux termes est désormais possible. Il opère le transfert¹¹³⁸ d'une autorité unique à une multitude de pôles. Cette multipolarité consiste à conférer à d'autres instances la compétence d'élaboration et d'assemblage des recommandations prudentielles. Ces autres instances¹¹³⁹ contribuent à une multiplication des textes. Plus les intervenants sont nombreux plus leur émulation est productive de normes techniques.

Les Professeurs Pascale Deumier et Thierry Revêt qualifient cette multipolarité de « pullulement des pôles d'édiction du droit »¹¹⁴⁰. Cette formule provocante a sa part de vérité et abonde dans le sens que la multipolarité trouble la théorie classique des sources du droit¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ J. DE CLAUSSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *JCP G.*, n° 12, 22 mars 2006, I 121.

¹¹³⁸ J. DE CLAUSSADE, art. préc. : « D'abord, celles sur lesquelles nous n'avons que peu de prise ».

¹¹³⁹ *Ibid.* : « Je pense ici au développement du droit international, qu'il s'agisse des conventions internationales, multilatérales ou bilatérales, par exemple sur le droit de l'environnement ou la bioéthique. Viennent s'y ajouter la construction européenne et le foisonnement du droit communautaire ».

¹¹⁴⁰ *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Source de droit ».

¹¹⁴¹ *Ibid.* : « crise que traverse aujourd'hui la théorie des sources du droit »

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

398. La frilosité prudentielle. – La norme prudentielle fait preuve de frilosité car elle fige en partie l'activité économique des opérateurs du fait d'un encadrement indirect. Cet encadrement économique se double d'un encadrement législatif plus néfaste. La norme prudentielle pose des barrières en matière économique aux opérateurs et en matière législative au législateur. L'économie et la technique de création des lois ne devraient pas être endiguées par les normes prudentielles. Au lieu de cela, les normes prudentielles exercent un impact négatif sur des domaines qu'elles ne devraient pas concerner. Cet impact est involontaire, il s'apparente à un effet secondaire.

399. Le contournement. – L'incidence néfaste de la norme prudentielle s'exprime dans un mode léger, par l'encadrement économique et l'encadrement du législateur. Cette frilosité a pour point de départ une précaution. La norme prudentielle veut stabiliser et réguler mais ne parvient qu'à être contournée de sa finalité affichée.

CHAPITRE 2. LA NORME CONTOURNÉE

400. Le système des normes prudentielles présente une fêlure avec l'encadrement extra-juridique auquel il conduit. Ces normes techniques ne restent pas. Par ailleurs, il n'est pas rare que l'encadrement change de nature pour devenir un formatage.

La norme prudentielle présente une brèche béante du fait de qu'elle met en place un format¹¹⁴². De manière analogue, ce format touche aussi l'économie et la politique qui sont liées aux normes prudentielles pour la politique et l'économie pour la finance. Compte tenu de cette diffusion des formats, il est possible de l'interpréter comme un formatage. La structuration par standards¹¹⁴³ supranationaux est mise en œuvre dans le cadre de ce formatage. La norme prudentielle est ainsi contournée par cette « idéologie prudentielle »¹¹⁴⁴ qui impose une forme de dogmatisme réglementaire pour résoudre les crises¹¹⁴⁵ répétées auxquelles sont confrontés les économies et les États.

Le formatage amenuise l'efficacité économique du secteur bancaire et financier (Section 1). De surcroît, le formatage détourne la norme prudentielle de sa finalité initiale, elle devient une norme contournée (Section 2).

¹¹⁴² A. REY (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française - t. 2 : Détonnant - Légumineux*, Le Robert, 2005. V^o « Format », sens 1 : « Dimension caractéristique d'un imprimé [...] ».

¹¹⁴³ V. P. LAMY, *op. cit.*, p. 22 : « La gouvernance *inter-nationale*, c'est-à-dire *mutatis mutandis* le système actuel, est-elle de nature à répondre à ces difficultés ? Non, car elle reste cacophonique ».

¹¹⁴⁴ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 54.

¹¹⁴⁵ V. E. MORIN, *op. cit.*, p. 62 : « Il s'agit aujourd'hui d'approfondir la crise de la conscience pour enfin faire émerger la conscience de la crise. La crise du concept de crise sont le début de la théorie de la crise ».

SECTION 1. LE FORMATAGE ÉCONOMIQUE

401. Les normes prudentielles mettent en place des formats. Ces formats s'entendent, néanmoins, mais dans un sens différent¹¹⁴⁶ de leur sens commun c'est-à-dire de dimension caractéristique. Ce glissement mène à un autre sens du mot format qui est proche de la notion de standards. Les standards sont liés à la technicité des normes prudentielles.

Les standards interviennent dans le domaine économique. Ils conduisent à un formatage¹¹⁴⁷. Le formatage consiste à structurer par l'application d'une dimension standard. Le formatage diffère toutefois de l'encadrement. Il est vrai que l'encadrement et le formatage ont un point commun. Ils entretiennent un rapport avec le risque financier. Toutefois, la distinction se joue sur le fait que l'encadrement n'a de conséquences que les profits de l'opérateur. Le formatage impacte la structure d'une part de l'opérateur et d'autre part du secteur dans son entier. Certains auteurs emploient l'expression d'« idéologie prudentielle »¹¹⁴⁸ pour qualifier l'ampleur de ce formatage. Un seuil est franchi. Il s'agit d'introduire des formes caractéristiques partout identiques. Le formatage contourne ainsi les missions premières des normes prudentielles pour aller diriger, en partie, l'économie. Ceci constitue une limite dommageable puisqu'en voulant stabiliser, les normes tordent la structure du terrain sur lequel la finance repose.

Le formatage économique inscrit une direction du secteur financier et cette direction prend une importante dimension (§1). En outre, ce formatage économique conduit, de fait, à mettre en place des divisions au sein des banques et des marchés financiers (§2)

§1. La dimension

402. Les normes prudentielles entraînent un formatage de l'économie. Ces règles techniques provoquent des distorsions dans les investissements réalisés par les opérateurs.

Le fait d'être amené à investir dans un secteur plutôt que dans un autre ne devrait, en principe, que relever du choix discrétionnaire de l'opérateur économique. Cependant, les normes prudentielles distillent des standards économiques qui créent des priorités de flux financiers.

Le formatage économique impose une direction au secteur financier et destine les investissements en priorité vers des secteurs valorisés (A). En revanche, par symétrie, il dissuade les investisseurs de placer des fonds dans d'autres secteurs (B).

¹¹⁴⁶ A. REY (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française - t. 2 : Détonnant - Légumineux*, Le Robert, 2005. V° « Format », sens 4 : « Dimension fixée, caractéristique standard [...] ».

¹¹⁴⁷ A. REY (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française - t. 2 : Détonnant - Légumineux*, Le Robert, 2005. V° « Formatage », sens 1 : « Opération consistant à structurer la couche magnétique d'un support de données afin de pouvoir y stocker des informations.

¹¹⁴⁸ Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 54.

A. Les secteurs valorisés

403. L'investissement ne devrait, en théorie, ne reposer que sur une analyse économique¹¹⁴⁹. Or, si les décisions des opérateurs économiques restent fondées sur cette analyse, il est vain de nier l'influence des normes prudentielles.

Les standards économiques¹¹⁵⁰ infusent auprès des professionnels. Ils les influencent dans leurs prises de décision. L'aspect psychologique ne doit jamais être négligé dans la finance. Le formatage économique, induit par les normes prudentielles, valorise certains secteurs économiques au détriment d'autres. Les normes prudentielles impactent sur la psychologie des investisseurs pour orienter leurs décisions. Elles les orientent, de façon générale, vers les domaines les plus dynamiques.

Le formatage économique valorise la finance innovante (1). Il vivifie aussi la finance participative quitte à nuire aux opérateurs bancaires (2).

1. La finance innovante

404. La finance environnementale. – Le formatage économique fait sortir les investissements de leur trajectoire initiale. Il s'agit de financer un secteur dynamique et valorisant pour les investisseurs. Il les dirige pour partie vers la finance environnementale. Cette orientation est liée au développement de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE)¹¹⁵¹. Elle est promue par la loi¹¹⁵² et présente nombre de points communs avec les normes prudentielles. Le lien entre RSE et finance verte vient du fait que la première incite à des investissements à longs termes et en faveur de l'économie dite réelle¹¹⁵³ et la seconde incarne cette incitation.

Ce lien conduit des groupes à réaliser des émissions obligataires dont les titres sont appelés *green bonds*¹¹⁵⁴. EDF¹¹⁵⁵ et Engie ont réalisé des émissions de ces obligations vertes avec un certain succès¹¹⁵⁶. Les établissements bancaires se sont engouffrés dans ce nouveau marché¹¹⁵⁷.

¹¹⁴⁹ Il s'agit d'une question d'analyse économique du droit.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ V. C. MALECKI, « La RSE : une norme singulière et plurielle », art. préc., n° 2 : « Elle est une par le grand principe qui la justifie issu du développement durable : la protection des générations futures par la prise en compte de la protection de la planète et la prise en compte du *Climate Change* ».

¹¹⁵² *Ibid.*, n° 3 : « Le droit des affaires depuis presque 15 ans (la loi NRE du 15 mai 2001) l'accueille sous une forme volontaire puis de plus en plus contraignante (*reporting* non financier, rémunérations assises sur des critères RSE, votes de ces dernières sur des critères sociaux et environnementaux) ».

¹¹⁵³ *Ibid.*, n° 16. Rappr. Résolution du Parlement européen du 6 févr. 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097(INI)) : « tous les fonds d'investissement et institutions financières l'obligation d'informer chaque client (citoyens, entreprises, pouvoirs publics, etc.) de tous les critères qu'ils appliquent en matière d'investissement éthique ou responsable et de toutes les normes et tous les codes auxquels ils adhèrent ».

¹¹⁵⁴ V. EDF, « Green Bonds » [en ligne], Site officiel, *EDF France*, 2015.

Site EDF : <https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/finance/investisseurs-et-analystes/espace-obligataire/green-bonds>.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

405. La finance des technologies. – Le second volet de cette incitation implicite est relatif au financement des technologies. Il existe une différence puisque les établissements peuvent financer des technologies qui leur seront utiles dans leurs activités. Les deux technologies les plus en vogue sont *Bitcoin*¹¹⁵⁸ et *Blockchain*¹¹⁵⁹. Ils président à la mise en place de ces techniques sans maîtriser toutes les applications¹¹⁶⁰ de ces technologies qui pourraient révolutionner leur industrie.

2. La finance participative

406. L'incitation. – L'innovation n'est pas toujours technique, elle peut aussi provenir du mode de financement. L'encadrement économique mène à une baisse des prises de risques pris par les établissements de crédit. Les normes prudentielles induisent la recherche d'une alternative au crédit. Le financement participatif permet de ne pas recourir au crédit bancaire. La loi a même donné un cadre juridique à ce mode de financement¹¹⁶¹. Le *crowdfunding* comprend deux branches, le *crowdlending* qui repose sur le mécanisme du prêt et le *crowdequity* qui est fondé sur l'investissement en capital. L'incitation au *crowdlending* est une conséquence de la lourdeur des normes prudentielles notamment celles qui encadrent les fonds propres.

407. Le paradoxe. – En enserrant les établissements de crédit dans des contraintes trop fortes, ces derniers sont en plus mis en concurrence avec le *crowdfunding*¹¹⁶², libre de ce type de contingences. Les normes prudentielles en voulant formater l'économie de cette industrie causent une atteinte au monopole bancaire¹¹⁶³. Ce monopôle sert à protéger les épargnants et les emprunteurs mais profite aussi aux opérateurs. Le formatage conduit à nuire aux activités bancaires en diminuant leur activité de crédit. Cela est sans compter les secteurs dévalorisés.

¹¹⁵⁶ V. EDF, « Green Bonds », préc. : « Au 31 mars 2016, sur le 1,25 milliard de dollars américains levés en octobre 2015 dans le cadre de la deuxième obligation verte émise par EDF, 530 millions de dollars ont été alloués à 3 projets éoliens situés aux Etats-Unis ».

¹¹⁵⁷ BPCE, « Succès de l'émission de la première obligation « verte » de BPCE, illustration de l'engagement du Groupe BPCE en faveur de la transition énergétique » [en ligne], Communiqué de presse, Site officiel, *BPCE*, 2 déc. 2015 : « L'émission a été réalisée avec succès, avec une souscription finale de 1,2 milliards d'euros auprès de plus de 100 investisseurs. Cette obligation « verte » constitue une première pour le Groupe BPCE ».

Site BPCE : <http://www.groupebpce.fr/en/Investors/Funding/Green-bonds>

¹¹⁵⁸ V. Th. BONNEAU, « Introduction : Le *Bitcoin*, une monnaie ? », *Banque & Droit*, n° 159, janv.-févr. 2015, p. 8 : « Le *bitcoin* est présenté par ses concepteurs comme une monnaie virtuelle constitutive d'une alternative à la monnaie légale ».

¹¹⁵⁹ L'objectif consiste à contribuer au financement des technologies avant que ces dernières soient appliquées notamment à la facilitation des échanges entre les opérateurs financiers ou non. Par exemple, *Blockchain* pourrait être utilisé comme un outil de sécurisation et de simplification du crédit documentaire.

¹¹⁶⁰ Ex. M. ROUSSILLE, « Le *Bitcoin* : objet juridique non identifié », *Banque & Droit*, n° 159, janv.-févr. 2015, p. 27.

¹¹⁶¹ Ord. n° 2014-559, 30 mai 2014, relative au financement participatif : JORF du 31 Mai 2014.

¹¹⁶² V. P. STORRER, « *Crowdfunding* et *bitcoin* : quelle régulation ? », *D.* 2014, Point de vue, p. 852.

¹¹⁶³ C. monét. fin., art. L. 511-5 et s.

B. Les secteurs honnis

408. Le formatage économique issu des standards techniques des normes prudentielles apporte du crédit à certains domaines. Néanmoins d'autres ne bénéficient pas de la même aménité.

La technicité des normes prudentielles influe aussi en sens inverse. Les opérateurs sont conduits à rejeter certaines pratiques ou les utiliser de manière homéopathique. La notion de risque au cœur de la régulation entraîne le bannissement provisoire¹¹⁶⁴ de certaines activités ou techniques financières.

Le formatage économique dessert les activités accusées d'être responsables de la propagation des risques (1). Il essaie aussi de réduire les activités spéculatives par essence (2).

1. Les propagateurs de risque

409. Le dessaisissement des dettes. – Le dessaisissement de la dette détenue par les prêteurs passe par la titrisation de la dette. Les prêteurs procèdent au *tranching* de la dette de la dette senior, soit les titres prioritaires, jusqu'à la dette junior, les titres les plus subordonnés. Entre les deux tranches de dettes, les dettes mezzanines sont des tranches remboursées après la dette senior mais le remboursement des tranches junior est subordonné au remboursement de la dette mezzanine. La subordination de la dette permet de voir apparaître des risques de non-remboursement propres à chaque tranche.

410. Le dessaisissement du risque. – La société qui émet ces titres de dette sur les marchés financiers, ou *Special Purpose Vehicle* (SPV) procède à cette titrisation et veille à la notation financière des tranches à leur émission. Le problème de la titrisation ne se trouve pas dans le mécanisme simplifié décrit. Il réside dans le fait que les normes prudentielles sont si contraignantes toujours en matière de qualité et de quantités de fonds propres que les prêteurs cèdent la dette qu'ils détiennent. La difficulté de ce dessaisissement est qu'il est doublé d'un dessaisissement complet du risque de crédit notamment. Cela pose un problème en matière de régulation¹¹⁶⁵. Le rôle du marché de la titrisation après la crise des *subprimes* de 2007 a conduit le G 20 à inventer un mécanisme de rétention de 5% des titres et donc de 5 % du risque pour l'originateur¹¹⁶⁶. Ce marché s'est peu

¹¹⁶⁴ Le bannissement n'est jamais définitif car l'innovation dans les techniques financières fait renaître ces pratiques opérationnelles sous un jour nouveau. Il n'est qu'à voir pour s'en convaincre le marché de la titrisation qui commence à renaître de ses cendres.

¹¹⁶⁵ V. F. FAURE-DAUPHIN et C. MARION, « La régulation de la titrisation toujours en question », *RDBF*, n° 1, janv. 2015.

¹¹⁶⁶ G20, « Sommet de Pittsburgh : Déclaration des chefs d'états et de gouvernements » [en ligne], Site officiel, *University of Toronto*, Pittsburgh, 24-25 sept. 2009 : « Les originateurs et les sponsors de titrisation devront conserver une partie du risque des actifs sous-jacents, ce qui doit les encourager à agir prudemment ». Site *University of Toronto* : <http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communiqu0925-fr.html>

redéveloppé depuis la crise des subprimes mais les précautions ont été prises pour qu'il ne vienne pas de nouveau semer le trouble sur les marchés¹¹⁶⁷.

2. Les marchés spéculatifs

411. Les effets de levier. – La dimension du formatage économique, imposé de façon indirecte par les normes prudentielles, conduit aussi à détourner les investisseurs des opérations spéculatives par essence. Les opérations à effet de levier n'ont en général aucune réalité pour le financement de l'économie. Elles appartiennent aux opérations spéculatives car sans mise de départ ou une mise très réduite, par un emprunt excessif, parvient à lever des fonds bien supérieurs. La problématique est encore celle du risque de crédit, celui de la défaillance de l'emprunteur.

412. Le courtage haute fréquence. – Le cas le plus inquiétant concerne le *trading* haute fréquence (THF)¹¹⁶⁸ qui se distingue de pratiques proches¹¹⁶⁹. Le formatage prudentiel conduit à un résultat un peu différent. Le problème du THF¹¹⁷⁰ n'a rien à voir avec les fonds propres. Les normes prudentielles qui utilisent des systèmes informatiques très puissants anticipent les marchés par leur rapidité. L'instabilité permanente¹¹⁷¹ et les possibilités de *flash crash*¹¹⁷² contournent et sapent les efforts pour lutter contre les risques systémiques bancaires. Le THF réintroduit un risque systémique¹¹⁷³ sur le volet des marchés financiers et non sur le volet bancaire.

Ce risque système justifie l'idée de la division pratiquée en contrecoup des normes prudentielles.

§2. La division

413. Le formatage économique affecte le secteur financier car il amène à investir dans certains secteurs et à en délaisser d'autres. Cependant, les normes prudentielles distillent des standards économiques qui créent des priorités de flux financiers.

Afin de bien envisager la division des intervenants du secteur financier, il est impératif de garder à l'esprit que les marchés poursuivent l'objectif de financer l'économie. Les normes prudentielles

¹¹⁶⁷ AMF, *Cartographie 2015 des risques et tendances sur les marchés financiers et pour l'épargne*, Risques et tendances n° 16, juill. 2015, p.17.

¹¹⁶⁸ AMF, *Rapport annuel 2015 de l'AMF* [en ligne], Site officiel, AMF, 17 mai 2016, p. 91.
Site AMF : <http://www.amf-france.org/Publications/Rapports-annuels/Rapports-annuels-de-l-AMF/annee-2015-2019.html?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Ffc4b00fa-fb81-4a7d-ace5-88e5e5aa34de/>.

¹¹⁶⁹ V. A. OSEREDCZUCK, « Le trading haute fréquence vu de l'AMF » [en ligne], 11^e journée des RCCI et des RCSI, Site officiel, AMF, 16 mars 2016, p. 2.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Publications/Colloques-et-journees-d-information/Journee-des-RCSI-RCCI.html?>

¹¹⁷⁰ AMF, *Rapport annuel 2015 de l'AMF*, op. cit., p. 107.

¹¹⁷¹ V. A. OSEREDCZUCK, « Le trading haute fréquence vu de l'AMF », préc., p. 7.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 10.

divisent les opérateurs et les professionnels afin que leurs activités ne portent pas préjudice à l'économie.

Le cloisonnement des opérateurs est la première manifestation de la division suscitée par le formatage économique (A). Le cloisonnement ne s'arrête pas à une division interne, il se poursuit par une division des professionnels (B).

A. Le cloisonnement des opérateurs

414. Le formatage économique divise le secteur financier bien qu'il passe souvent inaperçu. Sa dimension est si importante qu'il s'immisce dans la gouvernance des opérateurs.

Les normes prudentielles contournent leur mission initiale pour venir scinder les opérateurs. Leur fonctionnement est perturbé car les normes modifient leur organisation interne.

Le cloisonnement des activités est un premier élément montrant l'influence des normes prudentielles dans leur nivellement¹¹⁷⁴ de la gouvernance des opérateurs (1). Le cloisonnement ne concerne pas seulement les activités puisqu'un second élément poursuit le premier avec le cloisonnement des professionnels (2).

1. Le cloisonnement des activités

415. L'obligation de séparation des activités. – Le cloisonnement des activités rappelle le *Glass-Steagall Act*¹¹⁷⁵. Le titre 1 de la loi SRAB¹¹⁷⁶ met en place, en France, une distinction entre les activités pour compte propre et celles pour compte de tiers. Un opérateur ne peut plus réaliser des opérations pour son compte dans la même société où, en parallèle, il est mandataire d'un client. L'idée fondamentale est de rompre ce conflit d'intérêt potentiel en discriminant les opérations spéculatives et les opérations réalisées pour les investisseurs.

416. La distinction des méthodes de gestion. – Cette distinction permet de séparer les techniques de gestion. Elles se répartissent selon la sensibilité au risque du client. Les normes prudentielles formatent l'architecture des PSI. Par-là, le formatage intervient et prend le contrôle des investissements ou plutôt de la façon d'investir.

Les mêmes distinctions dans la gestion des portefeuilles concernent les SGP ou les CIF¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 28 : « On pourrait, il est vrai, considérer que le nivellement, entendu comme un droit uniforme et standardisé, est lié à l'Union européenne ».

¹¹⁷⁵ « Banking Act » de 1933.

¹¹⁷⁶ L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires dite LSRAB.

¹¹⁷⁷ C. monét. fin., art. L. 541-1.

2. Le cloisonnement des produits

417. La classification des clients. – L'information du client en fonction de ses connaissances et de son profil de risque est devenue un cheval de bataille. L'investissement doit correspondre au profil du client. Cela résulte d'un travail, réalisé par les régulateurs, de protection des épargnants et des investisseurs. Selon l'aversion au risque de l'investisseur, la gestion sera prudente ou sécuritaire si ce dernier est risquophobe. La gestion pour un client risquophile est plus offensive ou dynamique. La pondération des investissements sur les différents types de marchés ou de produits financiers dépend donc indirectement des normes prudentielles qui les encadrent et du régulateur¹¹⁷⁸. Un marché corseté attire un investisseur risquophobe alors qu'un marché où le risque est beaucoup plus fort, moins encadré, sert les intérêts des investisseurs risquophiles.

417. L'adéquation des clients aux produits. – L'adéquation des produits au profil du client est corroborée par des normes prudentielles. Certaines nouvelles normes prudentielles viennent contrôler l'adéquation par le biais de la documentation¹¹⁷⁹ qu'elles prévoient. Cela est notamment le cas de PRIIPs¹¹⁸⁰. De façon symétrique, le cloisonnement des opérateurs et des clients est complété par un cloisonnement des professionnels.

B. Le cloisonnement des professionnels

418. Le formatage économique ne concerne pas seulement les opérateurs, personnes morales, il touche aussi les professionnelles, les personnes physiques.

Les professionnels sont eux aussi divisés dans leurs activités au sein des opérateurs. Le cloisonnement des professionnels est très lié à celui des opérateurs. Il en est une conséquence puisque la modification de la gouvernance entraîne une transformation de la pratique.

Le cloisonnement qui affecte les praticiens a trait au sujet délicat de leur rémunération (1). Le cloisonnement se poursuit avec une répartition des professionnels au sein des groupes financiers (2).

¹¹⁷⁸ Ex. AMF, « Forex, options binaires : un marché à fuir » [en ligne], Site officiel, AMF, 2 nov. 2015.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Epargne-Info-Service/Placements-a-haut-risque-ou-arnaques-les-conseils-de-l-AMF/Forex-options-binaires-un-marche-a-fuir.html/>.

¹¹⁷⁹ ESMA, EBA, EIOPA, « Risk Section KID (Annex II & III) » [en ligne], Site officiel, European Commission, 2016.

Site Commission européenne : http://ec.europa.eu/finance/events/2016/0711-workshop-priips-framework/docs/160711-risk-section-kid_en.pdf

¹¹⁸⁰ Règl. (UE) n° 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 nov. 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance, JOUE : n° L 352/1 du 9 déc. 2014.

1. Le cloisonnement des rémunérations

419. Le décalage temporel. – La rémunération¹¹⁸¹ des opérateurs de marché fait l'objet d'une uniformisation de la technique de calcul. La rémunération est décalée dans le temps, ce qui revient à un cloisonnement temporel. Le formatage est plutôt ici bénéfique, il est néfaste pour les professionnels. En décalant la rémunération dans le temps, ces mesures récentes¹¹⁸² contribuent à écarter les prises de risques excessives¹¹⁸³. Cet espacement peut aussi amenuiser l'appétence au risque des opérateurs de marchés, si le problème est vu sous l'angle négatif. La gouvernance des rémunérations¹¹⁸⁴ permet de moduler le risque dans les entreprises¹¹⁸⁵. En évitant le risque excessif¹¹⁸⁶, le décalage temporel est réaligné sur le bénéfice réel des opérations.

420. Le calcul sur le bénéfice réel. – Le décalage temporel a un second avantage. Le problème de gouvernance d'entreprise¹¹⁸⁷ était que pour les opérateurs de marchés réalisaient des opérations à forte valeur ajoutée en apparence mais qui quelques temps plus tard ne l'était pas autant. Au débouclage des contrats, par le jeu des dépréciations comptables, le calcul des *boni* aurait été plus faible. Ce décalage permet un calcul sur la base du bénéfice réel. Le cloisonnement se poursuit dans les fonctions mêmes des professionnels.

2. Le cloisonnement des postes

421. La méthode de la filialisation. – Le texte de référence est la loi SRAB¹¹⁸⁸. Cette loi importante de 2013 ne se limite pas seulement à son Titre 1¹¹⁸⁹. Le cloisonnement des opérations selon leur intérêt économique¹¹⁹⁰ a son importance. Les normes prudentielles remodelent les organigrammes des groupes et répartissent les opérateurs de marché de façon indirecte.

¹¹⁸¹ V. Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.* n° 231 et s.

¹¹⁸² V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc. n° 22 : « développées seulement après la crise de 2008 ».

¹¹⁸³ *Ibid.*, n° 22 : « Le même objectif - éviter la prise de risque excessive - est encore poursuivi avec les règles de gouvernance et de rémunération ».

¹¹⁸⁴ EBA, *Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders*, EBA/GL/2012/06, 22 Nov. 2012.

¹¹⁸⁵ PE et Cons. UE, dir. 2013/36/UE, 26 juin 2013, préc., art. 91, § 1.

¹¹⁸⁶ PE et Cons. UE, dir. 2014/17/UE, 4 févr. 2014, préc., art. 7, § 3, a) : « la politique de rémunération permet et promeut une gestion du risque saine et effective et n'encourage pas une prise de risque excédant le niveau de risque toléré du prêteur ».

¹¹⁸⁷ V. J. CHARCONAC, « Gouvernement d'entreprise », *Banque & Droit*, n° 167, mai-juin 2016, p. 32.

¹¹⁸⁸ L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires dite LSRAB.

¹¹⁸⁹ V. AMF, « La loi de séparation et de régulation des activités bancaires (LSRAB) » [en ligne], Site officiel, AMF, 11 déc. 2014 : « La loi renforce la régulation des acteurs bancaires ainsi que les pouvoirs des autorités de supervision en matière bancaire et financière ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Marches-financiers-et-infrastructures/Loi-bancaire---LSRAB/Presentation.html/>.

¹¹⁹⁰ V. ACPR, « Point sur les textes d'application de la loi de séparation bancaire » [en ligne], Site officiel, *Revue de l'ACPR*, n° 19, sept.-oct. 2014 : « les activités faisant intervenir le compte propre des établissements à

422. Les incompatibilités normées. – Les normes techniques créent des incompatibilités entre certaines activités¹¹⁹¹ pour assurer la stabilité¹¹⁹². Ces incompatibilités reprennent les contours de la distinction des activités réalisées pour compte propre et celles réalisées pour compte de tiers¹¹⁹³. L'éclatement en plusieurs filiales¹¹⁹⁴ reprend l'idée de la distinction entre les activités utiles au financement de l'économie et celles à tendance spéculative.

Les opérateurs de marchés ont l'air d'être répartis du fait de la filialisation. En réalité, cette technique d'encadrement a un intérêt comptable. Cependant, cela ne change rien quant au personnel des groupes. Ces opérateurs de marchés continuent de travailler côte à côte dans les salles de marché.

Ce point montre le décalage entre la loi et la pratique. Ces décalages sont aussi observables en matière politique.

l'exception d'une sélection d'activités spécifiques reconnues comme utiles, soit à la gestion de l'établissement de crédit, soit au financement de l'économie ».

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/publications/revue-de-lacpr/revue-de-lacpr-n19-sommaire/supervision-bancaire/point-sur-les-textes-dapplication-de-la-loi-de-separation-bancaire.html>

¹¹⁹¹ C. monét. fin. , art. L. 511-47 I : « Afin de garantir la stabilité financière, leur solvabilité à l'égard des déposants, leur absence de conflits d'intérêt avec leurs clients et leur capacité à assurer le financement de l'économie, il est interdit aux établissements de crédit, compagnies financières et compagnies financières holding mixtes, dont les activités de négociation sur instruments financiers dépassent des seuils définis par décret en Conseil d'Etat, d'effectuer autrement que par l'intermédiaire de filiales dédiées à ces activités les opérations suivantes ».

¹¹⁹² *Ibid.* : « Afin de garantir la stabilité financière »

¹¹⁹³ V. ACPR, « Point sur les textes d'application de la loi de séparation bancaire », art. préc. : « Cette loi, qui renforce les pouvoirs de l'ACPR, prévoit dans son titre premier, que les établissements de crédit séparent leurs activités de marché utiles au financement de l'économie de celles menées pour leur compte propre ».

¹¹⁹⁴ *Ibid.* : « Ainsi, les opérations ou activités décrites ci-dessous devront être cantonnées dans une filiale dédiée : les activités faisant intervenir le compte propre des établissements à l'exception d'une sélection d'activités spécifiques reconnues comme utiles, soit à la gestion de l'établissement de crédit, soit au financement de l'économie ; les opérations non sécurisées réalisées avec des fonds à effet de levier ».

SECTION 2. LE FORMATAGE POLITIQUE

423. Le formatage causé par les normes prudentielles a des répercussions dans un autre domaine que l'économie, la politique. Le formatage importe des normes techniques composées par des entités supra-étatiques sans que les États puissent intervenir et contribuer à la formation des normes.

Le formatage politique signifie que les recommandations prudentielles sont déversées dans les lois. Ces dernières convertissent en normes prudentielles des textes avec automatisme. Le caractère idéologique¹¹⁹⁵ de la régulation et de la supervision se dessine. Cependant, le mot « idéologie » peut être soit un éloge ou soit une griffure¹¹⁹⁶. De plus, il convient assez mal pour décrire la réalité de la mise en œuvre de normes techniques bancaires et financières harmonisées. Une idéologie demanderait de façon intuitive une « main invisible », une volonté obscure qui présiderait à sa mise en place. Tel n'est pas le cas dans l'émission des recommandations prudentielles. Le substantif « idéologie » semble impropre et pourrait être évacué au profit de « superstructure »¹¹⁹⁷. Si les normes prudentielles agissaient sans but¹¹⁹⁸, elles s'apparenteraient à une sorte de loi morale¹¹⁹⁹. Cela n'est pas le cas, au contraire, leurs deux objectifs à savoir stabiliser et réguler les opérateurs sont deux incidences bénéfiques. Pour y parvenir, les normes prudentielles rongent pour partie la souveraineté¹²⁰⁰ étatique au risque de « dé-démocratiser »¹²⁰¹.

En effet, il est manifeste que le citoyen est marginalisé (§1). Pire encore, le rôle des gouvernements est amoindri (§2).

¹¹⁹⁵ V. J. GABEL in AMF, « La loi de séparation et de régulation des activités bancaires (LSRAB) » [en ligne], AMF, déc 2014, <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Marches-financiers-et-infrastructures/Loi-bancaire---LSRAB/Presentation.html/>. V° « Idéologie » : « Il importe de prime abord de constater une ambiguïté foncière : le terme « idéologie » est utilisé dans un sens tantôt neutre, pour ne pas dire laudatif, tantôt critique (péjoratif). ».

¹¹⁹⁶ *Ibid.* : « Raymond Aron signale une « oscillation, dans l'usage courant, entre l'acception péjorative, critique ou politique – l'idéologie est l'idée fautive, la justification d'intérêts, de passions – et l'acception neutre, la mise en forme plus ou moins rigoureuse d'une attitude à l'égard de la réalité sociale ou politique, l'interprétation plus ou moins systématique de ce qui est et de ce qui est souhaitable. A la limite, n'importe quel discours philosophique est baptisé d'idéologie ».

¹¹⁹⁷ *Ibid.* : « D'après cette définition, les superstructures sont donc d'origine sociale ; quant aux idéologies, elle sont déterminées par l'appartenance à une sous-tonalité : classe, génération, entités ethniques, ou sous-culture ».

¹¹⁹⁸ V. A. SCHOPENHAUER, *Philosophie du droit et autres essais*, trad. par A. DIETRICH, Editions du Sandre, 2006, p. 10 : « 3° La loi morale, règle d'une action sans but ».

¹¹⁹⁹ *Ibid.* : « La loi morale, au contraire, n'est qu'une vue unilatérale, prise du point de vue de l'instinct, de la conscience meilleure, qui gît au-delà de toute expérience, c'est-à-dire de toute raison, aussi bien théorique que pratique (instinct) ».

¹²⁰⁰ J. MONNET, « Conclusion » in *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 617 : « Les nations souveraines du passé ne sont plus le cadre où peuvent se résoudre les problèmes du présent. Et la communauté elle-même n'est qu'une étape vers les formes d'organisation du monde de demain ».

¹²⁰¹ U. BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Editions Flammarion, 2009, p. 432-433.

§1. La mise à l'écart du citoyen

424. Dans le domaine politique, le formatage apparaît de manière plus éclatante que dans le secteur économique où il est plus âpre à débusquer. Il s'exprime de manière plus explicite dans le domaine politique car les effets sont très visibles.

Les normes prudentielles proposent une nouvelle approche¹²⁰² de la place du citoyen dans la démocratie. Elle n'est guère à son avantage puisque celui-ci est poussé à la marge. Les normes prudentielles rompent le dialogue entre le citoyen et la loi.

Cette rupture est consommée par l'incompréhension citoyenne des enjeux financiers (A). Cette marginalisation ouvre la voie à un changement de paradigme juridique (B).

A. L'incompréhension

425. Les normes prudentielles sont apportées de standards techniques qui font muter la démocratie. Après avoir rationalisé le pouvoir du législateur, l'avoir réduit à une chambre d'authentification et de ratification des normes prudentielles, l'encadrement législatif passe un seuil.

Le formatage politique influe sur la démocratie et met à l'écart les citoyens. Le législateur a du mal à comprendre les mécanismes financiers ; ils sont presque inconnus pour les citoyens. L'absence d'éducation financière¹²⁰³ est à l'origine de cette double carence.

Cette marginalité est une conséquence de la complexité du secteur financier (1) et du volume colossal de réglementation technique (2).

1. La complexité

426. Linguistique. – Les citoyens ne sont pas associés à la création des recommandations prudentielles et encore moins des normes compte tenu de la passivité du législateur. La qualité du texte laisse à désirer¹²⁰⁴ très critiqué en doctrine. Les normes prudentielles sont en effet très complexes et posent parfois des difficultés de compréhension pour les spécialistes ou les opérateurs eux-mêmes. L'intelligibilité n'est pas la priorité des normes techniques. Le but est avant tout de transmettre une

¹²⁰² V. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 27 : « Au fond, Habermas tente de dépasser l'opposition entre deux conceptions antagonistes de la justice : l'une, profondément politique, remet l'engendrement des décisions justes au pouvoir des assemblées démocratiques effectives, avec tous les périls qu'évoque une telle absolutisation du peuple souverain ; l'autre, apolitique ou instrumentalisant en tout cas la sphère publique, apparaît comme intransigeante en ce qui concerne la défense des droits fondamentaux ». La difficulté que posent les normes prudentielles reste à trouver un équilibre entre ces deux conceptions.

¹²⁰³ V. S. NEUVILLE, « Introduction », art. préc. : « Autant est-il nécessaire qu'il y ait une éducation financière du public, autant il est indispensable que le domaine de l'éthique professionnelle voit son rôle accru ».

¹²⁰⁴ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 12 : « Sans parler des difficultés d'interprétation classiques dans un contexte abscons ».

technique d'encadrement grâce aux vecteurs que sont les instruments juridiques. Le souci n'est pas la capacité à comprendre le contenu.

Des termes comme l'exposition¹²⁰⁵ et les définitions¹²⁰⁶ restent ombrageuses¹²⁰⁷.

427. Technique. – La complexité technique des normes prudentielles rebute aussi quiconque voudrait essayer de comprendre ces mécanismes de supervision et de régulation. Il existe une forme de fatalité contemporaine d'accepter la complexité¹²⁰⁸. Comme le législateur est résigné à ratifier les recommandations prudentielles, les citoyens sont las. Ils ne s'intéressent pas à ces instruments réglementaires. La technicité les en dissuade et dissuade même les juristes. Les normes techniques marginalisent les citoyens car elles ne leur sont pas destinées.

2. Le volume

427. Réglementaire. – La lamentation très ancienne fait à la législation d'être trop volumineuse¹²⁰⁹ se poursuit avec les normes prudentielles. Le volume¹²¹⁰ est considérable et le décompte¹²¹¹ confirme ce sentiment.

Il existe environ 45 réglementations européennes pour près de 10.000 pages de normes. Se pose la question de la nécessité de tous ces textes¹²¹². « On gouverne mal quand on gouverne trop »¹²¹³.

Les réseaux prudentiels feraient bien de s'en inspirer. Il existe beaucoup de textes mais le pouvoir des lois est abaissé et cela se conjugue avec la marginalisation démocratique.

¹²⁰⁵ *Ibid.* : « Déjà le terme « exposition » n'est pas clair pour un juriste, ce qui explique qu'il soit défini ; il l'est de façon spécifique pour les grands risques : c'est un actif ou un élément hors bilan ».

¹²⁰⁶ *Ibid.* : « c'est un actif ou un élément hors bilan »

¹²⁰⁷ *Ibid.* : « Il n'est toutefois pas sûr que cette définition soit si aisée à comprendre ».

¹²⁰⁸ V. C. ATIAS, « Réalisme et humanisme : une alliance renaissante », in H. LEPAGE & S. SCHWEITZER (dir.), *De l'ancienne à la nouvelle économie – Essais à l'occasion de la dixième Université d'été de la nouvelle économie – Aix-en-Provence 1978-1987*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1987, p. 23-24 : « Il y suffirait d'un peu de cette naïveté que donnent un certain sens de l'équilibre, une certaine confiance, une certaine inquiétude aussi. Contre tant de solutions de facilité, celle du volontarisme rationaliste et celles de l'anti-cognitivism, l'audace serait de vouloir retrouver une réalité complexe, en demeurant fidèle à notre culture humaniste ».

¹²⁰⁹ V. MONTAIGNE, *Essais*, livre III, chapitre 13 - 1580-1588, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 2007, p. 1112. : « Nous avons déjà en France plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure ».

¹²¹⁰ V. Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 9 à 12.

¹²¹¹ V. *Ibid.*, n° 11 : « les dispositions consacrées aux fonds propres de base (tiers 1) font l'objet de 35 articles représentant environ 16 pages du journal officiel tandis que celles relatives aux fonds propres de catégorie 2 sont réparties en 13 articles représentant 5 pages de journal officiel ». Rapp. *Ibid.*, n° 9 : « Le volume de la réglementation prudentielle peut être illustré par l'accord de Bâle 3 qui comporte 167 paragraphes et 4 annexes et représente 82 pages ». Rapp. *Ibid.*, *ead loc.* : « Tous ces textes représentent environ 225 pages au journal officiel auxquelles s'ajoutent les 1856 pages des annexes du règlement du 16 avril 2014 ».

¹²¹² PORTALIS, « Discours préliminaire », *Recueil Fenet*, t. I, p. 467 : « Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ».

¹²¹³ *Ibid.* : « On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition ».

Ce volume réglementaire est nécessaire car les opérateurs tentent de s'extraire avec une habileté variable de la réglementation. Mais les opérateurs produisent aussi beaucoup de documentation sur la base de ces normes techniques.

428. Opératif. – Les opérateurs sont les auteurs d'une documentation abondante. Opérateurs et organismes professionnels publient beaucoup de rapports, d'appréciations, d'avis ou autres communiqués de presse car ils essaient de jouer de leur influence pour contourner les normes prudentielles pendant leur élaboration. Le citoyen n'a pas sa place et cela inaugure un changement de l'esprit général du droit.

B. Le changement de paradigme

429. Les normes prudentielles sont incomprises. Le citoyen n'y a pas sa place, le législateur n'est admis dans leur création comme un invité improviste au sein des cercles et des réseaux.

La marginalisation du citoyen n'est qu'un symptôme d'une transfiguration plus profonde. Quand tombe le masque de cette marginalisation apparaît le visage d'un changement de paradigme juridique. Plus qu'une simple notion du droit, plus qu'un concept juridique, les normes prudentielles se placent en concurrence avec ce que le droit a connu.

Elles opèrent une ultime translation (1) pour que soit consacré le professionnel (2).

1. L'ultime translation

430. La fin du centralisme citoyen. – Le citoyen n'est pas la mesure de référence dans le droit bancaire et financier. La protection des investisseurs et des épargnants est un objectif¹²¹⁴ mais un objectif parmi d'autres. Ce souci de protection n'est pas cardinal même s'il a son importance.

Il n'existe pas en droit bancaire de centralisme citoyen contrairement aux Droits des Libertés publiques. Cela se justifie car la totalité des opérateurs sont des personnes morales¹²¹⁵. La mise à l'écart du citoyen¹²¹⁶ revient à dire que la régulation prudentielle est un droit inconnu du sujet de droit des autres domaines du droit. Sa méconnaissance de ce droit de la régulation ne peut être blâmable car

¹²¹⁴ C. monét. fin., art. L. 621-1.

¹²¹⁵ Les établissements bancaires, en tant qu'établissements de crédit, ont l'obligation de revêtir la personnalité morale. Rappr. C. monét. fin., art. L. 511-1-I : « Les établissements de crédit sont les entreprises dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 ». Le terme « banque » est utilisé de façon générique tout au long de cette étude. Les établissements bancaires sont une catégorie d'établissements de crédit. La notion d'établissement de crédit est typique de la France et fut créée par la loi bancaire de 1984 avant que ne soit inventée une autre forme de PSI, la société de financement.

¹²¹⁶ V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 15 : « La multiplication des concepts hybrides révèle une troisième forme d'anomalies : on accepte aujourd'hui que les souverainetés soient « partagées » ou « relatives », que les citoyennetés soient multiples ou « fragmentées », que la validité des normes juridiques soit conditionnelle et provisoire, que la rationalité soit « limitée »... ».

il est méconnu voire ignoré par la masse des commercialistes. Cette marginalisation remet en cause une vision démocratique classique¹²¹⁷.

431. L'étape technocratique. – Dans une telle vision, la loi est source matérielle et formelle du droit. Les normes sont destinées à encadrer les comportements des citoyens. La loi est rédigée par le législateur. La base de la régulation¹²¹⁸ est d'opérer une translation du législateur vers le régulateur. Il s'agit d'une indispensable technocratie sans État¹²¹⁹. Les normes prudentielles appellent un important dispositif de techniciens, de spécialistes de la matière financière pour forger des normes techniques. Si la norme ne se suffit plus à elle-même, si le droit n'est plus autonome alors ce mélange du droit et d'une tierce matière demande plus des techniciens qu'un législateur. La technocratie soulève de violentes charges peu communes dans la doctrine¹²²⁰. Elles sont vaines car le législateur n'étant plus fontaine de justice, le citoyen n'a plus à être destinataire de ce flot normatif.

2. L'avènement professionnel

432. Le nouveau sujet de droit. – Le professionnel est sacré nouveau sujet de droit. Ce droit à destination des opérateurs s'illustre donc essentiellement comme un droit des personnes morales. De façon secondaire, il est dirigé vers les praticiens comme partie des personnes morales.

L'application de ces normes techniques est très obtuse dans la mesure où ces textes ne sont pas applicables aux citoyens mais à une catégorie très particulière d'opérateurs économiques. Ceux-là utilisent des techniques financières sur les marchés qu'il faut préserver pour certaines, encadrer ou proscrire pour d'autres dans la mise en œuvre des normes prudentielle d'où une recrudescence de précisions techniques dans les textes européens.

¹²¹⁷ V. HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice - L'abolition de la démocratie (1^{re} partie) », *JCP G.*, n° 13, 28 mars 2011, p. 359, n° 6 : « Autrement dit, les réponses que la démocratie donne à chacune des trois questions posées sont les suivantes : la source du pouvoir réside dans le peuple ; il se justifie par les besoins d'une organisation de celui-ci fondée sur la justice ; l'obéissance qu'on lui doit est la conséquence du contrat social qui relie les membres du peuple en question pour établir cette organisation ».

Les normes prudentielles respectent le droit mais sont un droit en partie déraciné de son ancrage dans la légitimité populaire

¹²¹⁸ V. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 69 : « Même au stade de l'État libéral, l'État est en effet présent dans l'économie : non seulement il joue un rôle d'encadrement (réglementation), [...] mais encore il fait fonctionner des services de régulation économique (monnaie, épargne, crédit, impôt) ».

¹²¹⁹ V. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 41 : « Comme l'observe Marie-Anne Frison-Roche, à bien lire les traités, la construction communautaire apparaît au contraire comme une tentative audacieuse de construire un ordre juridique sans État, fondé directement sur le marché ».

¹²²⁰ V. V. HEUZÉ, art. préc. (1^{re} partie), n° 15 : « Comme chaque fois désormais que les textes d'origine communautaire se réfèrent à « la démocratie », à « l'État de droit », à « la sécurité juridique » ou à « la justice », la notion de confiance n'a été invoquée ici que pour son effet anesthésiant sur l'esprit critique, et donc l'utilité de son sens usuel pour l'image rassurante que les institutions de l'Union européenne souhaitent donner à leur action ».

433. Les qualités recherchées. – Le réseau exige du professionnel compétence, honorabilité¹²²¹ et une réputation lui conférant une respectabilité. Ces éléments sont validés par un acte précis et personnel à l’opérateur, l’agrément¹²²². Ce dernier est accordé par le régulateur. Un manquement à ces qualités implique un retrait d’agrément. Une transgression à ces règles implique des sanctions pécuniaires, parfois le droit pénal financier. Pour les actes de droit souple, pour les recommandations prudentielles, aucunes sanctions n’existent sauf la technique du *name on shame*¹²²³ peu satisfaisante¹²²⁴. En effet, la mise en pâture de la réputation de l’opérateur manque d’assise juridique mais les conséquences de l’atteinte à la réputation sont ravageuses.

§2. La mise à l’écart des gouvernements

434. La mise à l’écart des citoyens constitue une première entaille démocratique. Elle n’est pas satisfaisante comme toute atteinte à la démocratie. Toutefois, elle n’est pas si grave dans la mesure où les citoyens ne sont pas visés par ces normes techniques.

L’écartement des gouvernements est plus difficile à admettre. Les gouvernements sont dépossédés¹²²⁵. Cette mise à l’écart des gouvernements est celle du pouvoir exécutif, du politique. La mise à l’écart gouvernementale alterne comme un balancier.

L’oscillation se déplace d’un côté vers les causes que les gouvernements chérissent dans la régulation (A). Le balancier repart de l’autre côté car en chérissant les causes pour lesquelles ils recourent à la régulation, les gouvernements déplorent les effets de leur choix (B).

A. Les causes chéries

435. Les gouvernements sont placés à la marge de la régulation bancaire et financière. Cela cause un formatage politique. Leur marginalisation s’avère peu commune, pourtant elle est à l’œuvre.

¹²²¹ L’honorabilité passe par la réputation des opérateurs. Malgré l’absence de sanctions des recommandations prudentielles, le mépris de leur observance affecte la réputation des praticiens et leur nuit dans leurs activités.

¹²²² V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V^o « Banque » : « soumettre toutes les entreprises bancaires à une même tutelle et permettre de contrôler tant l’accès de l’exercice de la profession bancaire : l’accès est subordonné à un agrément qui détermine l’étendue des activités autorisées » (à propos de la loi de 1984 mais valable pour toutes les normes prudentielles de gestion).

¹²²³ J. CHARCONAC, art. préc. : « Enfin, si l’AMF peut se targuer d’avoir l’un des rapports les plus volumineux en matière de gouvernement d’entreprise, la quantité n’est pas nécessairement signe de qualité car la pratique du *name on shame* par laquelle celle-ci stigmatise nommément tel ou tel émetteur, qui ne respecte pas les règles de gouvernance, lui est propre ».

¹²²⁴ *Ibid.* : « Sans doute faudrait-il réfléchir à d’autres moyens que de jeter l’opprobre sur un émetteur en particulier pour faire évoluer collectivement le comportement des acteurs marchés ».

¹²²⁵ P. LAMY, *op. cit.*, p. 19 : « Dès lors, les États qui se définissaient comme le lieu légitime d’énonciation de la généralité (ils représentent en théorie l’intérêt général) se trouvent partiellement dépossédés d’eux-mêmes ».

Les normes prudentielles ont pour raison d'être d'assurer la solidité et l'équilibre concurrentiel entre les opérateurs financiers. Les gouvernements comme le législateur sont favorables au fait de laisser à une institution indépendante, un régulateur, le soin d'organiser le secteur.

Le pouvoir exécutif s'efface, il se retire pour pousser au premier plan le régulateur (1). Le régulateur devient ainsi la pièce maîtresse du dispositif prudentiel, il est investi des trois pouvoirs sans que ceux-ci soient pleins, la théorie des quasi point (2).

1. Les régulateurs

436. Le réceptacle. – La main n'est pas à l'État mais au régulateur qui est aux premières lignes¹²²⁶. Le régulateur se voit transmettre des prérogatives étatiques¹²²⁷. L'ACPR et l'AMF sont les réceptacles de toutes les questions et les problématiques quotidiennes relatives aux PSI et aux marchés financiers. Ils assurent avec mesure une conciliation entre l'État et le libéralisme¹²²⁸. La « création de nouvelles autorités administratives indépendantes »¹²²⁹ met à distance la régulation financière du pouvoir politique. Ce dernier ne garde qu'un regard lointain et intervient de façon rare dans ce secteur qu'il maîtrise mal.

437. Le capitaine solitaire. – Tout le poids du secteur repose sur les régulateurs. Ceux-ci sont en lien avec les régulateurs communautaires¹²³⁰. Le régulateur a une légitimité par son caractère institutionnel. Il réunit alors le triptyque de souveraineté fait « de légitimité, de compétence et, pour finir d'adhésion »¹²³¹. Le régulateur est souverain mais de manière un peu différente de l'État¹²³². Le

¹²²⁶ V. J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 155 : « Objet de définitions multiples et parfois contradictoires, la souveraineté n'en constitue pas moins l'élément fondamental de l'État moderne, le premier critère de celui-ci, et, d'un point de vue historique, elle a joué un rôle capital dans son émergence ».

¹²²⁷ V. D. DE BÉCHYLLON, *op. cit.*, p. 106 : « si l'État suppose une définition purement juridique, et que celle-ci le caractérise avant tout par le pouvoir qu'il détient de maîtriser la production du Droit, alors il ne semble pas douteux que l'État et le Droit ne forment qu'une seule et même chose et que la règle juridique ne puisse absolument pas se définir indépendamment de la figure étatique ».

¹²²⁸ V. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 68-69 : « Cependant, une vision différente du rôle de l'État apparaît dès avant la fin de l'Ancien Régime, avec le développement du mercantilisme, qui prône la libération de l'activité économique et des échanges : dès 1776, Adam Smith défend l'idée d'un « ordre spontané de marché » (main invisible), fondé sur quatre principes – liberté, intérêt personnel, responsabilité, concurrence – et reposant sur deux institutions – la propriété privée et le contrat ; pour l'École française (Turgot, Quesnay), en revanche, l'État devait veiller au bon fonctionnement de l'économie ». La régulation bancaire et financière reste encore aujourd'hui dans cette optique d'intervention de l'État dans la régulation, malgré le caractère indirect de cette intervention.

¹²²⁹ J. DE CLAUSSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *JCP G.*, n° 12, 22 mars 2006, I 121.

¹²³⁰ L'AMF coopère avec l'AEMF ou ESMA dont le siège est à Paris. L'ACPR est un régulateur, la régulation et la supervision dans l'eurozone est assurée par l'UBE notamment le MSU et dans l'UE par l'ABE.

¹²³¹ P. LAMY, *op. cit.*, p. 15.

¹²³² V. J.-L. THIREAU, *op. cit.*, p. 155 : « Elle a fondé son indépendance à l'égard de toute autre autorité, sa faculté de décider en dernier ressort : est souverain celui qui, en toutes circonstances, a le dernier mot, dont les décisions ne peuvent être cassées ou réformées par une autorité supérieure, de même que le langage judiciaire qualifie de souveraine une juridiction dont les jugements ne sont pas susceptibles d'appel ».

régulateur joue un rôle majeur¹²³³ en toute autonomie. Le revers de cet investiture du régulateur est une solitude de ce dernier. Il doit parer à toutes les situations et surtout aux innovations constantes en matière bancaire et surtout financière.

Le fait de mettre au premier plan les régulateurs s'inscrit dans une logique de retrait relatif de l'État. Poussée à l'extrême par l'École de Chicago¹²³⁴, cette logique voudrait éliminer toute intervention de l'État¹²³⁵. La présence de régulateurs montre un retrait certain du pouvoir politique, sans pour autant arriver à une telle extrémité. Si l'État garde un rôle potentiel, les régulateurs oeuvrent en pratique et détiennent presque les trois pouvoirs.

2. La théorie des « quasi »

438. Les « presque » trois pouvoirs. – Les régulateurs se présentent dans une configuration inédite. Le formatage politique conduit à négliger un principe démocratique fondamental. La concentration des trois pouvoirs entre leurs mains¹²³⁶ est à la fois un indice de la postmodernité¹²³⁷ dont ils sont une incarnation et de leur forte légitimité¹²³⁸. La légitimation du régulateur passe, surtout pour l'AMF, par le rassemblement de trois pouvoirs proches, mais non identiques, aux pouvoirs exécutif¹²³⁹, législatif¹²⁴⁰ et de l'autorité judiciaire¹²⁴¹.

¹²³³ V. *Dictionnaire de la culture juridique*. V° « Banque » : « Aussi tant au niveau international – le Comité de Bâle – qu'au niveau communautaire et interne, a-t-on proposé et imposé des normes prudentielles de gestion ».

¹²³⁴ V. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 31 : « Elle présente de manière critique les thèses de l'analyse économique du droit, dans la version libérale de l'école de Chicago. Appuyée sur la théorie économique néoclassique, cette école propose un modèle de régulation juridique basé sur le marchandage (*bargaining*), la maximisation des profits et le démantèlement des interventions publiques non efficaces ».

¹²³⁵ V. *supra* note 96.

¹²³⁶ H. LÉCUYER, « Réformer les procédures économiques », in O. SAUTEL (dir.), *Réformer le droit !*, Lexis Nexis, 2007, p. 81 : « Qui ne constate de l'AMF séparation en deux sous-organes a quelque chose de bien futile, au regard de la gravité de l'atteinte à un principe sans lequel, disait la Déclaration des droits de l'homme, une société n'a pas de constitution (art. 16) ».

¹²³⁷ C. CANULLO in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Editions Albin Michel, 2001, p. 1657. V° « Post-modernisme » : « A l'encontre de la stabilité poursuivie par la modernité, le postmodernisme va chercher à produire non pas du connu, mais de l'inconnu, transformant le modèle de la légitimation en éloge de la différence ; à l'encontre de la modernité, dont le but était de réaliser l'unité de tous les domaines du savoir et de la société, le postmodernisme va accroître la différenciation ».

¹²³⁸ V. P. BASTID in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Editions Albin Michel, 2001, p. 1105. V° « Légitimité » : « Le terme de « légitimité » évoque un fondement du pouvoir et de la justification de l'obéissance qui lui est due. Le problème a reçu les solutions les plus diverses, depuis une interprétation purement religieuse, c'est-à-dire métajuridique, propre aux théocraties, jusque à la traduction purement logique et rationnelle s'appuyant sur l'origine consensuelle du pouvoir, en passant par des considérations de fait extra-juridique telles sont son ancienneté et sa durée ininterrompue ».

¹²³⁹ Constitution, art. 20.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, art. 34.

¹²⁴¹ *Ibid.*, art. 64.

L'alliance des trois pouvoirs constitutionnels pourrait créer un quatrième pouvoir¹²⁴², le pouvoir régulateur. Mais pour admettre l'existence d'un quatrième pouvoir, il faudrait percevoir une différence de nature du même type que la différence de nature¹²⁴³ qui sépare le pouvoir exécutif, du pouvoir législatif du pouvoir judiciaire. Or, il s'agirait plutôt d'un cumul partiel¹²⁴⁴ des trois pouvoirs existants confié au régulateur.

Le régulateur détient un quasi-pouvoir exécutif puisqu'il veille à l'exécution des normes prudentielles et détient une compétence diplomatique¹²⁴⁵. Ce quasi-pouvoir est détenu par le Président du régulateur et son Secrétaire général.

Il dispose, en outre, d'un pouvoir quasi-législatif¹²⁴⁶ puisqu'il négocie les recommandations prudentielles et en produit lui-même. Le régulateur produit aussi des normes prudentielles dans sa doctrine via les positions car elles sont obligatoires. Le Collège du régulateur joue le rôle d'un équivalent de Parlement. Les deux premiers quasi-pouvoirs ont des contours flous dans la mesure où le Président du régulateur préside aussi le Collège. La séparation entre ces deux pouvoirs n'est pas étanche ; il n'existe, par contre, aucune porosité avec le troisième quasi-pouvoir.

Enfin, le régulateur est investi d'un pouvoir quasi-judiciaire¹²⁴⁷. Cela pose la question de l'avènement d'un droit processuel économique¹²⁴⁸. Le pouvoir quasi-judiciaire du régulateur se manifeste par le biais de la Commission des sanctions¹²⁴⁹. La proximité entre les membres de la Commission des Sanctions et les services, dont un agent représente l'intérêt public, pose le problème des droits de la défense. Ce respect est actuellement assuré par la procédure interne : saisine par le Collège, enquête par les services et procès devant la Commission des sanctions. Les droits de la défense sont assurés par la séparation entre l'équivalent du Ministère public et les membres de la Commission des sanctions¹²⁵⁰. Ils sont aussi garantis par la possibilité de faire appel et du recours devant la CA de Paris ou du Conseil d'État¹²⁵¹. Ils sont enfin assurés par d'intervention du Commissaire du

¹²⁴² *Contra*. V. H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 38, n° 25 : « On peut alors penser que, dans le respect des trois pouvoirs constitutionnels, a émergé un véritable quatrième pouvoir ».

¹²⁴³ V. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », art. préc.

¹²⁴⁴ V. AMF, « Le régulateur des marchés financiers » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 22 juill. 2016 : « L'Autorité des marchés financiers (AMF) régule les acteurs et produits de la place financière française. Elle réglemente, autorise, surveille et, lorsque c'est nécessaire, contrôle, enquête et sanctionne ».

Site AMF : <http://www.amf-france.org/L-AMF/Missions-et-competences/Presentation.html/>.

¹²⁴⁵ C. monét. fin., art. L. 621-1 al. 1^{er}.

¹²⁴⁶ C. monét. fin., art. L. 621-1 al. 2 et L. 621-6. Rapp. RGAMF, art. 1^{er}.

¹²⁴⁷ C. monét. fin., art. L. 621-1 al. 3.

¹²⁴⁸ V. H. LÉCUYER, « Réformer les procédures économiques », art. préc. : « Cette diversité des procédures économiques n'interdit pas de constater qu'elles participent à l'émergence d'un droit processuel économique, droit processuel spécial à l'intérieur du droit processuel général ».

¹²⁴⁹ AMF, « Présentation de la Commission des sanctions de l'AMF » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 17 sept. 2015.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/L-AMF/Commission-des-sanctions/Presentation.html/>.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ *Ibid.* : « L'affermissement des droits de la défense est encore garanti, tant devant le Conseil de la concurrence que devant l'AMF, au stade de l'enquête, de l'instruction comme de la décision de sanction ».

Gouvernement aux délibérés dans les procédures devant la CA de Paris¹²⁵² et le Conseil d'État¹²⁵³. La protection des droits est la même devant l'AMF et l'ACPR¹²⁵⁴. La dernière garantie réside dans la séparation du Collège et de la Commission des Sanctions¹²⁵⁵. Elle est d'autant plus cruciale que la Commission réunit des magistrats professionnels et des personnalités qualifiées.

439. La totipotence des régulateurs. – La réunion des trois quasi-pouvoirs ne suscite guère de contestations. L'absence de contestations montre le caractère plutôt secondaire de la jurisprudence judiciaire¹²⁵⁶ ou administrative¹²⁵⁷, de l'exercice des pouvoirs exécutif et législatif dans le domaine prudentiel.

¹²⁵² Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, N° 97-16440, *Oury*, Publié au bulletin, Bulletin 1999 A. P. N° 1 p. 1
Rapp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Arrêt du 5 février 1999, Oury » [en ligne], *Marie-Anne Frison-Roche*, févr. 1999 : « L'arrêt Oury est l'arrêt fondamental par lequel la Cour de cassation a contraint l'Etat français à repensé ce qu'est un régulateur ». Dans une phrase ayant le prestige de la clarté, Mme le Professeur Marie-Anne Frison-Roche montre l'importance de l'arrêt Oury dans la jurisprudence judiciaire. Il fait application du principe fameux de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH relatif au droit à un procès équitable, traduit en droit français par un juge indépendant et impartial. Le rapporteur ne peut donc participer au délibéré de la Commission des sanctions de la COB, sous peine de violer la stipulation susvisée de la Convention.

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-assemblee-pleniere-4/>

¹²⁵³ CÉ Ass., 3 déc. 1999, N° 207434, *Didier*, Publié au recueil Lebon.

Rapp. M.-A. FRISSON-ROCHE, « Arrêt d'Assemblée, 3 décembre 1999, Didier » [en ligne], *Marie-Anne Frison-Roche*, 3 déc. 1999 : « Le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 3 décembre 1996, Didier, aboutit certes au même résultat que le juge judiciaire puisqu'il admit l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Site MAFR : <http://mafr.fr/fr/article/conseil-detat-14/>.

¹²⁵⁴ V. ACPR, « Composition et organisation » [en ligne], Site officiel, *ACPR* : « La Commission des sanctions à laquelle la loi a confié le pouvoir disciplinaire est indépendante du Collège de l'ACPR qui exerce les fonctions de poursuites ».

Site ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/commission-des-sanctions/composition-et-organisation.html>.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

¹²⁵⁶ C. monét. fin., art. L. 621-30 issu de la L. n° 2014-1662 du 30 déc. 2014, art. 10 : « L'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L.621-9 est de la compétence du juge judiciaire. Ces recours n'ont pas d'effet suspensif sauf si la juridiction en décide autrement ». Le juge judiciaire, la Cour d'appel de Paris par voie de conséquence, a la compétence de principe pour les recours contre les décisions de la Commission des sanctions de l'AMF. Le juge judiciaire a la compétence de principe mais cette compétence de principe n'est valable que pour le contentieux des « décisions individuelles ». Rapp. AMF, « Les recours formés à l'encontre des décisions de la Commission des sanctions » [en ligne], Site officiel, *AMF*, 29 avr. 2013, p. 4 : « Dès lors qu'il ne s'agit pas de ces professionnels, l'examen des recours relève de la compétence de la Cour d'appel de Paris ». En d'autres termes la juridiction ayant compétence de principe est saisie des recours dont le sanctionné est toute personne sauf les professionnels. Or ce type de sanctions est infime.

Site AMF : <http://www.amf-france.org/Sanctions-et-transactions/Notions-essentielles/Les-recours-formes-a-l-encontre-des-decisions-de-la-Commission-des-sanctions>

¹²⁵⁷ *Ibid.* : « Le Conseil d'Etat est compétent pour se prononcer sur les recours formés contre les décisions de la Commission des sanctions prononcées à l'encontre des professionnels soumis au contrôle de l'AMF visés au II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier [...], ainsi que des personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte (article R. 621-45 du code monétaire et financier) ». La compétence d'exception, compétence d'attribution du Conseil d'État, recouvre l'écrasante majorité des recours. Rapp. C. monét. fin., art. L. 621-9 II 1° à 17°. La loi donne une liste exhaustive des professionnels.

Cette diversité¹²⁵⁸ juridique inhabituelle forme un nouvel ordre¹²⁵⁹. Cet ordre n'a pas évincé l'État mais l'a rendu plus discret et traduit une « emprise plus subtile de l'État »¹²⁶⁰. La totipotence du régulateur l'isole avec les opérateurs. Ces institutions sont influencées par l'économie et vice-versa¹²⁶¹, elles influent sur l'économie à la place de l'État dans ce secteur.

De plus, la déstructuration des formes classiques se reconstitue autour d'un modèle post-moderne¹²⁶² qui se traduit par une délégation au régulateur de prérogatives. La concentration des trois quasi-pouvoirs¹²⁶³ abolit la séparation des pouvoirs et des limites entre politique intérieure et relations extérieures¹²⁶⁴, entre édicition et exécution des lois. Cette concentration pose une nouvelle fois un problème pour les parlements¹²⁶⁵ et les gouvernements. Ces derniers perdent la faculté à gérer les débordements de la finance.

B. La déploration des effets

440. Le formatage politique met en jeu des caractéristiques standardisées. Les gouvernements à l'instar du législateur laissent les régulateurs prendre la charge de l'ensemble du secteur financier.

Ces derniers lui confient cette lourde tâche mais dans le même temps reprochent aux régulateurs de ne pas agir de la même manière qu'ils le feraient. Ils déplorent la conduite du domaine bancaire et financier.

¹²⁵⁸ V. B. STIRN, « La dispersion des normes », in « *Le désordre normatif* » [en ligne], Exposé lors des Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques, 13 juin 2016 : « Dans le champ qu'il leur revient de réguler, les autorités administratives indépendantes participent à l'exercice du pouvoir normatif. Les plus importantes d'entre elles ont même reçu de la loi des compétences réglementaires ».

Site Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-dispersion-des-normes>.

¹²⁵⁹ V. C. ATIAS, « Réalisme et humanisme : une alliance renaissante », in H. LEPAGE & S. SCHWEITZER (dir.), *De l'ancienne à la nouvelle économie – Essais à l'occasion de la dixième Université d'été de la nouvelle économie – Aix-en-Provence 1978-1987*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1987, p. 23-24 : « Et il ne s'agit pas simplement de s'assimiler les faits marquants ; il en faut accumuler et fondre ensemble une si énorme masse qu'on soit assuré, dans cette fusion, de neutraliser les unes par les autres toutes les idées préconçues et prématurées que les observateurs ont pu déposer, à leur insu, au fond de leurs observations ».

¹²⁶⁰ H. LÉCUYER, « Réformer les procédures économiques », art. préc.

¹²⁶¹ *Ibid.* : « Les procédures économiques reposent sur une ambiguïté fondamentale. Elles peuvent, d'abord, être considérées comme un instrument économique en elles-mêmes, et ne peuvent s'affranchir de la réalité économique qui influe sur les règles procédurales ».

¹²⁶² V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 21 : « Ainsi J. Chevallier a-t-il pu interpréter la post-modernité juridique tantôt comme une « anti-modernité » (rupture radicale avec le modèle classique : on parle alors d'un droit pluraliste, négocié, mou et réflexif), soit sous les traits d'une « hyper-modernité » (renforcement du modèle juridique moderne : on insiste, dans ce cas, sur la rationalisation du droit et la juridicisation du social) ». Rapp. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, p. 659 et s.

¹²⁶³ V. D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 98 : « Ainsi, ce qui passait au départ pour une "reconnaissance", par l'autorité publique, de la capacité naturelle de l'institution à produire des normes se mue doucement en attribution de pouvoirs juridiques, autoritaire et limitative ».

¹²⁶⁴ V. F. OST et M. DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 11 : « C'était l'« ordre westphalien » qui assurait l'égalité souveraineté à l'extérieur, tandis que, à l'intérieur, prévalait le *Rechtsstaat* fondé sur une rigoureuse séparation des pouvoirs et un système de distribution strict et hiérarchisé des habilitations et des compétences ».

¹²⁶⁵ V. HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice - L'abolition de la démocratie (1^{re} partie) », *JCP G.*, n° 13, 28 mars 2011, p. 359, n° 2 : « De même qu'un Parlement, c'est un Parlement ».

La déploration des effets de la régulation grâce aux normes prudentielles passe par un dédain envers les marchés (1). Ce dédain se cristallise dans un égotisme national (2).

1. *Le dédain envers les marchés*

441. Hors période de crise. – Le pouvoir exécutif ne trouve pas le secteur financier digne d'intérêt hors période de crise. Si la politique de la France ne se décide pas à la corbeille, le poids de la finance dans la conduite des politiques publiques a cru. Néanmoins, les gouvernements estiment que lorsqu'une accalmie sur les marchés se produit, il est temps de ne pas se préoccuper de la finance¹²⁶⁶. Si tout est bien alors il n'est pas nécessaire de se poser de questions. Or, au moment où l'essentiel des normes techniques structurelles devraient être prises pour éviter une crise, la nonchalance prévaut. Quand la crise se déclenche, les normes prudentielles sont émises en réaction et teintées de dispositions conjoncturelles. La technique ponctuelle prime sur la rationalisation du système pendant les crises car la technique prend l'ascendant sur le droit.

Les expressions « normes de gestion »¹²⁶⁷ ou « norme technique »¹²⁶⁸ abaissent la richesse, la complexité de cet assemblage unique au sein du droit. Il existe une certaine condescendance à dire « de gestion » ou « technique » accolé au substantif juridique fort de « norme ». De façon involontaire, il s'agirait presque de les réunir pour amoindrir le caractère juridique et montrer qu'il s'agit d'un phénomène sectoriel. Leur intérêt est vivifié en période de crise.

442. En période de crise. – La crise financière est toujours marquée par une prise de conscience d'un dysfonctionnement technique. Ce constat intervient certes trop tard mais il est utile pour créer les nouvelles recommandations prudentielles.

Il faut toujours une crise pour avancer¹²⁶⁹ en matière de régulation financière. La crise permet une reprise en main du politique sur le régulateur¹²⁷⁰. Ce paradoxe supplémentaire est un non-sens puisque le pouvoir politique devrait prendre son rôle en période d'accalmie afin d'orienter la régulation grâce au droit au moment où le droit prime sur la technique. Il devrait laisser les techniciens résoudre les problématiques techniques quand la technicité passe à l'avant-scène. Cette attitude à contre-courant prouve une forme d'égotisme national.

¹²⁶⁶ Toutes les normes prudentielles sont prises en réaction à une crise financière. L'exemple des Accords de Bâle est saisissant. Les Accords de Bâle de 1988 sont signés après les crises monétaires des années 1980 ; ceux de Bâle II sont signés en 2004 en réaction à la crise des marchés asiatiques des années 1990 et de la bulle internet du début des années 2000 ; Bâle III intervient en 2010 après la crise des *subprimes* de 2007.

¹²⁶⁷ Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », art. préc., n° 1 : « que l'on peut définir dans une première approche comme des normes de gestion ».

¹²⁶⁸ V. *supra* n° 18.

¹²⁶⁹ V. J. DE LAROSIÈRE, *op. cit.*, p. 214 : « L'idée fut reprise plus tard, en 2013, avec le Mécanisme (bancaire) de supervision unique (MSU) entre membres de l'euro ».

¹²⁷⁰ V. D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 98 : « On le voit sans peine, cette fiction de l'habilitation juridique permet à l'État de récupérer dans son giron les normes, les familles de normes ou de modes de production de normes qu'il désire faire siens ».

2. L'égotisme national

443. La volonté politique. – L'égo des États ou plutôt celui des gouvernants est un effet psychologique aussi important que celui des investisseurs. La volonté¹²⁷¹ ou la « mauvaise volonté de certains États »¹²⁷² nuisent à la qualité des normes prudentielles. Les États et les normes prudentielles sont englués dans certaines faiblesses et ne sortent qu'avec difficulté de la médiocrité¹²⁷³. Cette dernière s'affirme seulement comme curative au détriment de son intérêt préventif¹²⁷⁴.

La prévention est diluée par le passage par le G 20, certains auteurs qualifient de « club de nouveaux riches ». Le G 20 est un rassemblement médiatique duquel peu de décisions ressortent compte tenu d'une institutionnalisation des rapports. Cela constitue une limite au gouvernement mondial appelé de ses vœux par exemple par M. Pascal Lamy. Une gouvernance universelle devrait être capable de prendre des décisions raisonnées et non pas impulsives. L'autre frein à la mise en place de ce type de gouvernement est l'absence d'altérité¹²⁷⁵. Or, elle est nécessaire pour la construction juridique.

444. Le potentiel. – L'altérité pourrait être le moteur de la relance de la régulation au niveau international. D'elle seraient générées des recommandations prudentielles préventives de qualité qui détourneraient le plus possible du fléau des crises à répétition. Elles sont si nombreuses qu'il est possible de s'interroger sur le point de savoir si la crise ne serait pas l'état normal et l'absence de crise une situation d'exception.

Le juriste ne peut pas se contenter de rester dans le périmètre confortable de la technique. Pourtant son abondance suffirait à traiter des normes prudentielles. Toutefois la technique est insuffisante. La complétude exige des éléments de réflexion sur le système décrit et démonté au long de ces pages.

La question de la régulation est une question politique par éminence. La diplomatie financière¹²⁷⁶ pourrait jouer un rôle plus marqué qu'elle ne le fait à l'heure actuelle. Les relations internationales de la France sont un exercice de politique pur. La finance occupe une place telle que la pureté politique

¹²⁷¹ V. P. RICOEUR, in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv. éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Editions Albin Michel, 2001, p. 2102. V^o « Volonté ».

¹²⁷² S. NEUVILLE, « Introduction », art. préc. : « Ainsi, la réforme de Bâle III, tant attendue en matière de régulation prudentielle, voit son application retardée par la mauvaise volonté de certains Etats qui, après d'âpres négociations, annoncent qu'ils refusent purement et simplement d'appliquer ces nouvelles dispositions plus contraignantes ».

¹²⁷³ C. DE GAULLE, *Mémoires de guerre – L'Appel : 1940-1942*, t. I, éd. Plon, Paris, 1954 in *Mémoires*, éd. Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, 2000, p. 6 : « Toute ma vie, je me suis fait une certaine idée de la France. Le sentiment me l'inspire aussi bien que la raison. Ce qu'il y a, en moi, d'affectif imagine naturellement la France, telle la princesse des contes ou la Madone aux fresques des murs, comme vouée à une destinée éminente et exceptionnelle ».

¹²⁷⁴ *Ibid.* : « J'ai, d'instinct, l'impression que la Providence l'a créée pour des succès achevés ou des malheurs exemplaires. S'il advient que la médiocrité marque, pourtant, ses faits et gestes, j'en éprouve la sensation d'une absurde anomalie, imputable aux fautes des Français, non au génie de la patrie ».

¹²⁷⁵ V. S. COURTINE-DENAMY in A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, *op. cit.*, p. 62. V^o « Altérité » : « Soi et Autrui, identité et différence ».

¹²⁷⁶ P. LAMY, *op. cit.*, p. 28 : « Cinq sièges du Conseil d'administration du FMI sont ainsi occupés par les Etats-Unis, le Japon, la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne, tandis que les cent soixante-dix-neuf autres membres se partagent les dix-neuf sièges restants ».

de la négociation des normes prudentielles apparaît. Les défauts des normes prudentielles effacés, elle se présenterait sous un jour qui en ferait la plus noble des normes¹²⁷⁷.

L'antidote de fond serait de négocier une politique monétaire normale qui ne pénalise pas l'épargnant. Cette politique s'articulerait avec des mesures structurelles significatives sur les marchés de l'emploi, biens et services. De cette manière, la politique de baisse de taux d'intérêts débridée serait enrayée et l'inquiétude qui transcende les marchés s'estomperait. Tous ces efforts normaliseraient autant que possible l'état d'esprit des investisseurs et mettrait la situation financière en perspective avec le fonctionnement du reste de l'économie.

S'ajouterait alors le second étage du dispositif. La France et l'Union européenne arriveraient en position force dans les négociations où les normes prudentielles sont décidées. La France présenterait le potentiel de ses ambitions pour obtenir avec finesse les meilleurs compromis pour ses opérateurs. De l'habileté du Duc de Choiseul, de la finesse du Comte de Vergennes, sans compter sur le génie du Prince de Talleyrand, la tradition diplomatique française fit naguère florès. En des temps, plus proches MM. Roland Dumas¹²⁷⁸, Hubert Védrine ou Dominique de Villepin surent incarner la grandeur et l'élégance française dans le concert des nations. Il n'est pas exclu que la mission française lie le Gouverneur de la Banque de France, Président de l'AMF, le Ministre de l'Économie ainsi que le Ministre des Affaires Étrangères pour mener une action concertée de la France.

Dans le tumulte et le fracas des marchés, l'origine de tous ces maux reste, il importe de réitérer le flottement instauré par la fin des Accords de Bretton Woods. La convertibilité du dollar en or assurait une discipline dans les politiques monétaires et l'endettement. Les monnaies flottantes ont généré une masse considérable de liquidités disponibles qui amollissent le secteur.

La diplomatie financière se dégage peu à peu comme un exercice de pure politique qui allie, plus que la réaction en période de crise, les bienfaits de la courtoisie et les vertus de la Prudence.

La Prudence résout bien des enjeux de souveraineté et de rayonnement de la France.

¹²⁷⁷ C. DE GAULLE, *op. cit.*, p. 6 : « Mais aussi, le côté positif de mon esprit me convainc que la France n'est réellement elle-même qu'au premier rang ; que, seules, de vastes entreprises sont susceptibles de compenser les ferments de dispersion que son peuple porte en lui-même ; que notre pays, tel qu'il est, parmi les autres, tels qu'ils sont, doit, sous peine de danger mortel, viser haut et se tenir droit. Bref, à mon sens, la France ne peut être la France sans la grandeur ».

¹²⁷⁸ V. R. DUMAS et C. CRETTEIEN, *Nouveaux enjeux internationaux - Guerre ou Paix*, Le Cherche Midi, 2014, p. 153 : « Le danger naît donc d'une interpénétration entre le domaine de telle ou telle croyance, le rôle de telle ou telle Église et les problèmes économiques ou politiques qui menacent l'équilibre des relations internationales ». Dans ce constat implacable, M. le Ministre d'État Roland Dumas et M. l'Ambassadeur de France Jean Cretteien mettent en exergue l'immixtion des aspects économiques dans la diplomatie. Le traitement de ces questions économiques, avec au premier chef la régulation financière, s'inscrit dans une analyse plus globale des grands enjeux auxquels sont confrontés la France.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

445. Le formatage. – Le formatage amoindrit le secteur bancaire et financier car l'imposition de standards exerce une influence pénalisante sur l'économie par la modification de la structure des opérateurs. En outre, le formatage politique opère un contournement de l'objectif des normes prudentielles. Leurs effets les contournent.

Le formatage consiste à imposer une dimension caractéristique, un standard technique qui va influencer non seulement sur l'économie mais encore sur la politique. Cette conséquence inéluctable de la technicité contribue à la formation d'une superstructure prudentielle. Or, l'inconvénient de cette dernière est la mise en place d'éléments rigides qui contournent la liberté du commerce et de l'industrie des opérateurs et qui détournent du jeu classique des institutions démocratiques. L'indifférence, voire le dédain pour les marchés conduit à ce type de refoulements.

CONCLUSION DU TITRE 2

446. Les effets néfastes. – Les normes prudentielles impactent le secteur financier de façon néfaste. Cette incidence négative s'exprime à deux égards. Certes, les normes et les recommandations prudentielles lui apportent beaucoup mais ces apports ont un revers, inattendu au premier abord. Le mélange entre technicité et juridicité des normes prudentielles les font tomber dans deux écueils, l'encadrement d'une part et le formatage d'autre part.

Le revers de la stabilisation est l'encadrement c'est-à-dire une limitation de l'opérateur sur le marché. Le revers de la régulation est le formatage soit une distorsion de secteur financier sous l'incidence des formats techniques et juridiques produits. Le cumul de ces deux types d'incidences, proches mais distinctes, conduit à une défaite de la verticalité habituelle intimée par le droit. Dans un secteur horizontal, ceux deux impacts conduisent à renforcer la puissance des réseaux de la régulation mais posent aussi des limites industrielles. Les opérateurs bancaires et les sociétés qui interviennent sur les marchés financiers forment une industrie puissante en France mais sur laquelle pèsent deux incidences nocives. Leur consubstantialité aux incidences négatives ne permet pas d'envisager une dissociation des incidences bénéfiques et néfastes. La connaissance de ces dernières a pour seul intérêt de tempérer, de pouvoir apprécier avec finesse les mécanismes qui accompagnent l'édiction des normes prudentielles.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

447. La balance. – Les apports de la norme prudentielle sont multiples et très différents entre eux. L’approche didactique la plus efficace a semblé de les rassembler en deux grands ensembles. Tout d’abord, les incidences bénéfiques des normes prudentielles s’observent lors de la réalisation de leur fonction. En effet, ces normes techniques sont édictées afin d’améliorer la solidité des opérateurs sur les marchés et d’organiser leurs rapports notamment concurrentiels. Les impacts positifs se déclinent entre stabilisation et régulation. Leur contrepoint gît dans des incidences néfastes voire nocives par certains côtés. Ces points de frottements nuisent aux opérateurs et posent des difficultés sur le plan du fonctionnement institutionnel.

Les normes prudentielles ont deux faces. Le dialogue entre de pair à pair entre les impacts positifs et négatifs nourrit l’élaboration d’une régulation très technique, complexe, mêlant droit et technique financière. L’enjeu des recommandations puis des normes prudentielles repose alors dans la recherche d’un équilibre savant entre la régulation conjoncturelle ou structurelle et les effets secondaires voire tertiaires provoqués par l’émission de règles qui perturbent le jeu naturel des opérateurs.

448 et 449. – Réservés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

450. Les rapprochements. – La norme prudentielle est une mécanique immobile¹²⁷⁹. Elle se perçoit, elle met en rapport un réseau d'acteurs présents sur la place financière internationale avec une notion juridique, la norme. De cette rencontre, émerge une règle technique qui emprunte les voies du droit pour devenir une norme technique. La première partie de cette réflexion s'attarde sur l'ontologie de la norme prudentielle. Elle devient, d'ailleurs, les normes prudentielles puisque ce terme recouvre, d'une part, les recommandations prudentielles et, d'autre part, les normes prudentielles au sens strict. L'aspect mécanique, opératif, renvoie à la fonction des normes prudentielles. Il augurait l'approche téléologique. Elle présidait à la conduite de cette étude dans sa seconde partie. L'aspect statique est nécessaire mais insuffisant pour parvenir à une définition satisfaisante. L'analyse des incidences des normes prudentielles revêt une importance cruciale pour l'intelligibilité définitoire.

451. L'argent. – Évoquer les banques, les marchés financiers, la supervision ou la régulation ne doit pas éloigner de l'argent. Ces développements ne sont pas une discussion sur les finalités de l'argent. Sa présence se dessine en toile de fond du raisonnement sur les normes prudentielles de régulation. L'argent est neutre¹²⁸⁰. Réfléchir sur les normes prudentielles revient à s'interroger, de manière indirecte, sur la façon d'asservir l'argent. L'asservir avant qu'il ne devienne un mauvais maître. Les normes prudentielles sont le prétexte de cette domestication.

La construction de la notion exige le rapprochement de la régulation et de la supervision, naguère opposées, désormais alliées.

452. La distinction. – La norme prudentielle n'existe pas. Cette appellation désigne de façon générique deux notions. L'objet de définir la norme prudentielle change et invite à définir les deux notions recouvertes par ce vocable de normes prudentielles. La définition de chacune allie l'aspect fixe et de l'aspect dynamique¹²⁸¹ afin de montrer que leurs caractères, aspect statique, ont une incidence significative, aspect dynamique, sur le secteur.

¹²⁷⁹ M. PAILLARD DE CHENAY, « L'argent. Approche systémique », in Collectif, *L'argent et le droit*, APD, t. 42, Sirey, 1998, p. 11 : « Seulement la perception du monde n'est pas figée : elle se trouve en constante reconstruction ; et parallèlement l'environnement pertinent d'une approche de l'argent se trouve en permanence reconstruit ».

¹²⁸⁰ V. I. EKELAND, « La valeur de l'argent », in Collectif, *L'argent et le droit*, APD, t. 42, Sirey, 1998, p. 25 : « Au premier abord, parler de la valeur de l'argent, c'est comme parler de la sainteté de Dieu ou de la saveur du sel : c'est porter au moulin de l'eau et non du grain ».

¹²⁸¹ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, th. Toulouse I, 2015.

La première définition est celle de la recommandation prudentielle plutôt portée sur la stabilisation et la supervision ; la seconde intéresse la norme prudentielle, au singulier, inscrite dans son prolongement avec une tendance régulatrice voire réglementaire plus marquée.

453. La recommandation prudentielle. – La recommandation prudentielle est une orientation technique des réseaux régulateurs et des professionnels du secteur bancaire et financier qui propose à ces derniers d’adopter, par leur adhésion, des comportements stabilisateurs des opérateurs, des marchés, ainsi qu’une limitation des prises de risque.

454. La norme prudentielle. – La norme prudentielle est une règle technique obligatoire, qui, sur la base des recommandations prudentielles, impose aux professionnels du secteur bancaire et financier, des comportements stabilisateurs des opérateurs, des marchés, ainsi qu’une exigence de limitation des prises de risque.

455. Deux limites. – Deux limites endiguent la notion de normes prudentielles. La première est théorique. Il s’agit d’un questionnement consistant à essayer de sonder jusqu’où vont se propager les normes prudentielles. Sur le plan théorique, ces pages montrent à quel point les mutations du droit sont nombreuses et multiples. Celui qui voudrait ne se référer qu’aux grilles de lecture traditionnelles se trouve désemparé. Le droit contemporain, qui se propage par ses rhizomes, parasite les conceptions habituelles. Bouleversée, la théorie du droit bute sur l’analyse de ces phénomènes juridiques tous matérialisés et concentrés dans la symptomatique norme prudentielle.

Ce constat met face à une seconde limite, celle-ci pratique. Le fait d’agencer un corps de règles souples ne doit pas se traduire par une réduction des libertés, celle du commerce et de l’industrie. Le corset régulateur et son coût émoussent le développement des opérateurs. Le pullulement de recommandations prudentielles nuit à leur activité économique. Les normes prudentielles sont fondées sur l’intention louable de responsabiliser les acteurs, sans les menaces de la contrainte et de la sanction. Mais les normes prudentielles sont si disséminées et diverses qu’elles ont l’air d’une fuite en avant incontrôlable.

456. Des perspectives. – La doctrine et les praticiens pestent contre cette déferlante de normes prudentielles nouvelles. Leur courroux ne se dissipe pas, bien au contraire. Les réseaux de la régulation s’apprêtent à produire un nombre considérable de normes. A commencer par les nouveaux Accords de Bâle dits Bâle IV. Les Gouverneurs de banques centrales démentent l’existence de nouvelles négociations. En revanche, les professionnels les évoquent comme une réalité, ils leur donnent vie¹²⁸².

¹²⁸² « Conclusions du conseil ECOFIN sur "Bâle IV" », *RDBF*, n° 5, sept. 2016, alerte 68 : « Ils [les Ministres] ont demandé une étude d’impact préalable sur les différents modèles bancaires, et sur les différentes zones géographiques. Réitérant la position du G20, ils ont précisé qu’il ne devrait pas y avoir d’augmentation significative des exigences en capital, en précisant que cet objectif devait être vérifié au niveau européen ».

En outre, les innovations financières, à l’instar de la titrisation renaissante ou des technologies¹²⁸³ *Blockchain* ou *Bitcoin*, annoncent des bouleversements majeurs dans la pratique des marchés financiers. Ces transformations entraîneront, sans doute, de nouvelles recommandations.

457. Éloge de la prudence. – Dans un monde où le pouvoir des États se déplace vers des émanations internationales, en fait, supra-étatiques ou *inter-nationales*. Dans ce monde sans mondialité, sans universalisme¹²⁸⁴, les normes prudentielles donnent à voir la complexité. Cette multiplication de normes prudentielles traduit une perte d’emprise du droit sur les banques et les marchés. La globalisation, l’instabilité, les crises appellent au renouveau d’une vertu cardinale, la Prudence.

Suivant ses conseils, elle semble la seule à pouvoir guider avec sûreté dans les tumultes contemporains et à venir. Telle une étoile, elle est appelée à reprendre la place éminente qu’elle avait jadis. Il faut l’attendre comme les « Conquérants » car :

« Ils regardaient monter en un ciel ignoré,
Du fond de l’Océan, des étoiles nouvelles »¹²⁸⁵.

Toulouse, le 15 novembre 2016

¹²⁸³ Il convient de ne pas omettre la gestion des données de transaction et des données personnelles des clients des opérateurs. Le traitement des bases de données informatiques conduit les opérateurs à mettre en place des services dédiés à ces activités. Sur le modèle des services de compliance créés il y a quelques années, les opérateurs ouvrent des postes de *Data officer*. Rapp. Y. MOYSAN, « Big Data : des opportunités sur l’ensemble de la chaîne de valeur », *Revue Banque*, n° 800, 17 oct. 2016.

¹²⁸⁴ V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁸⁵ J.-M. DE HEREDIA, « Les Conquérants », in *Les Trophées*, Nrf, Poésie Gallimard, 1981, v. 13 et 14.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels, et cours

- B. BEIGNIER, C. BLÉRY, et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, 4^e éd., Cours, LGDJ, 2014.
- Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 10^e éd., LGDJ, 2013.
- Th. BONNEAU, *Régulation Bancaire et Financière Européenne et Internationale*, 3^e éd., BRUYLANT/LGDJ, 2016.
- L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.
- H. CAUSSE, *Droit bancaire et financier*, Editions Mare et Martin, 2016.
- G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005.
- A. COURET et al., *Droit financier*, 2^e éd., Droit Privé - Précis, Dalloz, 2010.
- G. DECOCQ, Y. GÉRARD, et J. MOREL-MAROGER, *Droit bancaire*, 2^e éd., RB Edition, 2014.
- P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015.
- C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9^e éd., Manuel, Lexis Nexis, 2015.
- Ph. JESTAZ, *Le droit*, 9^e éd., Dalloz, 2016.
- Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015.
- J. JULIEN, *Droit des obligations*, 2^e éd., LARCIER, 2014.
- A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, 1984, LGDJ.
- X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses Marketing, 2008.
- A.-D. MERVILLE, *Droit financier*, 2^e éd., Gualino L'Extensio éditions, 2015.
- E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz-Sirey, 2006.
- S. NEUVILLE, *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, 2005.
- S. PIEDELIÈVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, Corpus Droit Privé, 2011.
- C SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

- Y. AGUILA, « Un nouvel État ? », *Mélanges Étienne Fantôme*, Dalloz, 2011, p. 1.
- C. ATIAS, « Réalisme et humanisme : une alliance renaissante », in H. LEPAGE & S. SCHWEITZER (dir.), *De l'ancienne à la nouvelle économie – Essais à l'occasion de la dixième Université d'été de la nouvelle économie – Aix-en-Provence 1978-1987*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1987.
- D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997.
- B. BEIGNIER, « Préface » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les facultés de Droit, inspiratrices du droit ?*, PUSST, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes juridiques, n° 3, 2004, p. 5.

M. BLANQUET (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, t. 2, PUSS.

Th. BONNEAU, « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Thèmes et commentaires, t. XVI, Dalloz, 1^{er} éd., 2012.

J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2013.

J. CHEVALLIER, *L'État*, 2^e éd., Dalloz, 2011.

M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome 1 : Le relatif et l'universel*, First Edition, Seuil, 2004.

M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome 2 : Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p.

V. DUSSART, « Le financement de l'Union européenne : nouvelles problématiques à l'orée du XXI^{ème} siècle » in M. BLANQUET (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, t. 2, PUSS, p. 889.

I. EKELAND, « La valeur de l'argent », in Collectif, *L'argent et le droit*, APD, t. 42, Sirey, 1998, p. 25

M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Droit et marché* in Collectif, *Droit et esthétique*, APD, t. 40, Sirey, 1995, p. 286, n^o 30.

F. GARNIER et A. RIGAUDIÈRE, *Un consulat et ses finances. Millau (1187-1461)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2013.

B. GOLDMAN, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », in Collectif, *Le droit subjectif en question*, APD, t. 9, Sirey, 1964, p. 177.

G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, 10^e éd., Sirey, 2012.

Ph. JESTAZ, « Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préface de Jean-Michel Jacquet, Economica, 2002, 445 p. », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 511.

G. KLEIBER, *Problème de sémantique, la polysémie en questions*, Villeneuve d'Asq, PU Septentrion, 1999.

J. LARRIEU (dir.), *Crise(s) et Droit*, PUT1, Les travaux de l'IFR : Mutation des Normes Juridiques n^o 13, LGDJ, 2012.

H. LÉCUYER, « Réformer les procédures économiques », in O. SAUTEL (dir.), *Réformer le droit !*, Lexis Nexis, 2007, p. 81.

Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle* [en ligne], Dalloz Dunod, 2000.

C. MASCALA (dir.), *A propos de la sanction*, PUT1, 2008.

L. MAURA COSTA, *Le crédit documentaire, Étude comparative*, Bibl. dr. priv., t. 308, LGDJ, 1998.

- J.-A. MAZÈRES, « Le marché de la loi » in Collectif, *Droit et marché*, Sirey, APD, t. 40, 1995, p. 105.
- M. PAILLARD DE CHENAY, « Approche systémique », in Collectif, *L'argent et le droit*, Sirey, APD, t. 42, 1998, p. 11.
- A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, « Bibl. dr. priv. », t. 203, 1989.
- É. PERROT, « L'argent sous les feux de la religion », in Collectif, *L'argent et le droit*, APD, t. 42, Sirey, 1998, p. 61.
- F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational.*, LGDJ, 1992.
- F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PUSL, 2002.
- L. RAPP, « Le droit, amplificateur de crises », in J. LARRIEU (dir.), *Crise(s) et Droit*, PUT1, Les travaux de l'IFR : Mutation des Normes Juridiques, n° 13, LGDJ, 2012, p. 29.
- Th. REVÊT, « La législation », in A. DECOCQ (dir.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : Liber amicorum*, Mélanges, Répertoire Defrénois, 2005, p. 377.
- G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Penser le droit, 2013, p. 415.
- H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », in Collectif, *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, Sirey, 1999, p. 187.
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté. Regard sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. KRYNEN et M. HECQUART-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t. 1 : *Bilans*, Les travaux de l'IFR : Mutation des Normes Juridiques, n° 2, PUSST, 2005, p. 389.
- C. DE SALLE, « Fin de l'histoire et légitimité du Droit dans l'œuvre de F.-A. von Hayek », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 149.
- L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, th. Toulouse I, 2015.
- A. SÉRIAUX, *Le Droit : Une introduction*, Ellipses Marketing, 1997.
- R. SÈVE, « La mondialisation entre illusion et utopie », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, Dalloz, 2003, p. 1.
- F. TERRÉ, « Les vertus de l'argent ou la quête du spirituel », in Collectif, *L'argent et le droit*, APD, t. 42, Sirey, 1998, p. 71.
- C. THIBIERGE, *La densification normative : Découverte d'un processus*, Editions Mare et Martin, 2014.

III. Ouvrage ancien

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999.

IV. Ouvrages non juridiques

ARISTOTE, *Catégories*, Flammarion, 2007.

J. DU BELLAY, *Poètes du XVI^e siècle - Les Regrets*, Bibliothèque de la Pléiade, n° 96, Gallimard, 1953.

R. BOYER, M. DEHOVE, et D. PLIHON, *Les crises financières*, Rapport réalisé par le Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre français, La Documentation française, 2004.

G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 12^e éd., PUF, 2013.

A. COMTE-SPONVILLE (dir.), *Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Nouv éd. augm., Encyclopaedia Universalis, Editions Albin Michel, 2001.

DANTE, *Œuvres complètes - Divine Comédie*, trad. par A. PÉZARD, Bibliothèque de la Pléiade n°182, Gallimard, 1965.

DANTE, *Œuvres complètes - Vie nouvelle*, trad. par A. PÉZARD, Bibliothèque de la Pléiade n°182, Gallimard, 1965.

R. DEBRAY, *L'erreur de calcul*, Cerf, 2014.

G. DELEUZE, *Capitalisme et Schizophrénie - t. 2 : Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980.

R. DUMAS et C. CRETTEIN, *Nouveaux enjeux internationaux - Guerre ou Paix*, Le Cherche Midi, 2014.

U. ÉCO, *Ecrits sur la pensée au Moyen-Âge*, trad. M. BOUZAHER et al., Grasset, 2016.

M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, préf. G. KOENIG, trad. A.-M. CHARNO, Flammarion, 2016.

C. DE GAULLE, *Mémoires de guerre – L'Appel : 1940-1942*, t. I, éd. Plon, Paris, 1954 in *Mémoires*, éd. Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, 2000.

E. GLISSANT, *La cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005.

J.-M. DE HEREDIA, « Les Conquérants », in *Les Trophées*, nrf, Poésie Gallimard, 1981.

L. JERPHAGNON, *Histoire de la Rome antique*, in *Les armes et les mots*, Bouquins, Robert Laffont, 2012.

C. KINDLEBERGER, *Histoire mondiale de la spéculation financière*, trad. par P.-A. ULLMO et G. RUSSELL, 4^e éd., Valor, 2005.

J. DE LA FONTAINE, *Œuvres complètes, t. 1*, Bibliothèque de la Pléiade, n° 10, Gallimard, 1991.

A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010.

P. LAMY, *La démocratie-monde : Pour une autre gouvernance globale*, Seuil, 2004.

J. DE LAROSIÈRE, *50 ans de crises financières*, Odile Jacob, 2016.

E. MORIN et F. L'YVONNET, *Pour une crisologie*, L'Herne, 2016.

SAINT-AUGUSTIN, *Confessions*, Livre XI, trad. Péronne et Ecalles remaniée par P. Pellerin, Nathan, 1998.

A. SCHOPENHAUER, *Philosophie du droit*, in *Philosophie du droit et autres essais*, trad. par A. DIETRICH, Editions du Sandre, 2006.

A SMITH, *La Richesse des nations*, t. I, trad. par G. GARNIER, Flammarion, 1999.

J. TIROLE, *Économie du bien commun*, PUF, 2016.

V. Articles

P. ALLARD et G. HELLERINGER, « Le rôle de la Banque centrale européenne dans la prévention des défaillances des établissements de crédit », *RISF*, n° 1, 2014, p. 61

J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1, n° 2, avr.-juin 1984, p. 255.

J.-F. BIARD, « Comment améliorer l'action des agences de notation ? », *RDBF*, n° 5 sept. 2010, comm. 194, p. 1.

M. BILGER, « Le Comité de Bâle doit s'en tenir au mandat fixé par le G20 », *Revue Banque*, n° 798, juin 2016.

Ch. BOILLOT, « Droit bancaire et financier et droit des procédures collectives : exception ou contradiction ? », *D.* 2003, p. 2741.

Th. BONNEAU, « L'ACP, un législateur occulte ? », *RDBF*, janvier-février 2013, repère 1.

Th. BONNEAU, « La norme prudentielle », *RDBF*, n° 3, mai 2015

B. BRÉHIER, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 31, n° 5

F. BUY et J. THÉRON, « L'éthique de l'entreprise », *JCP éd. E*, n° 25, juin 2013, p. 1359.

J.-M. CANAC et P. NEAU-LEDUC, « Droit bancaire : supranationalité et extraterritorialité (1^{re} partie) », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 29.

J. CHACORNAC, « Recours en annulation contre les “actes de droit souple” des autorités de régulation – Légalité des “mises en garde” de l'autorité des marchés financiers », *Banque & Droit*, n° 167, mai-juin 2016, p. 28.

J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, p. 659.

É. COULOMB, « De Londres à Nairobi », *Revue Banque*, n° 798, juill.-août 2016.

J.-J. DAIGRE, « La fin des “bourses” », *RDBF*, n° 2, mars 2003, alerte 100013.

J.-J. DAIGRE, « Le droit mou est-il en train de durcir ? », *Banque & Droit*, n° 167, juin 2016.

J.-J. DAIGRE, « Aiguillage et blockchain... », *Banque & Droit*, n° 168, 22 juill. 2016.

- O. DÉCIMA, « Tombeau de *ne bis in idem* », *D.* 2016., p. 931.
- F. FAURE-DAUPHIN et C. MARION, « La régulation de la titrisation toujours en question », *RDBF*, n° 1, janv. 2015.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Les enjeux de la dérégulation », *Revue des Deux Mondes*, sept. 1996, p. 68.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610.
- M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), « Droit de la régulation : question d'actualité », *P. Aff.*, n° 110, 2002.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « La nature hybride du Conseil de régulation financière et du risque systémique », *D.* 2010, chron., p. 2712.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les “entreprises cruciales” », *D.*, chron. Concurrence, n° 27, juill. 2014, p. 1556,
- E. GAILLARD, « Trente ans de *Lex Mercatoria* - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, n° 1, janv.-févr.-mars 1995.
- P. M. GARBER, « Tulipmania », *Journal of Political Economy*, vol. 97, n° 3, 1989, p. 535.
- S. GAUVENT, « Révolution digitale : menace ou opportunité pour les banques ? », *Banque & Stratégie*, n° 339, 11 sept. 2015.
- V. HAUSER, « La Directive MIFID2 et l'innovation technologique », *Revue Banque*, n° 798, juin 2016, p. 28.
- V. HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice - L'abolition de la démocratie (1^{re} partie) », *JCP G.*, n° 13, 28 mars 2011, p. 359.
- C. HOUIN-BRESSAND, « Le transfert des actifs dans le cadre de la résolution des difficultés des établissements financiers », *RISF*, n° 1, 2014, p. 75.
- E. LANGLAIS, « Aversion au risque et prudence: le cas d'un risque de taux d'intérêt », *Revue économique* 46, n° 4, 1995, p. 1099.
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *RDBF*, n° 3, mai 2014.
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : impacts et adaptations envisageables », *AJ pénal*, 2015. p. 182.
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA, et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », *D.*, 2012, p. 693.
- S. LEMAIRE, « Catherine THIBIERGE et *alli*, La force normative - naissance d'un concept. LGDJ-Brylant, 2009, 891 pages », *RTD. Civ.*, 2010, p. 179.
- A. LÉVY-LANG, « Repenser la gouvernance bancaire ? », *Risques, Les cahiers de l'assurance*, n° 73- 74, juin 2008, p. 10.
- C. MALECKI, « La RSE : une norme singulière et plurielle », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 35.
- J.P. MATTOUT, « Droit bancaire, supranationalité et extraterritorialité : la *lex mercatoria* », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 32.

- A.-D. MERVILLE « La responsabilité civile, pénale, administrative des agences de notation », *RDBF*, n° 3, mars 2013.
- A.-D. MERVILLE, « La norme déontologique », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 34.
- N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.* 1999.729, p. 734.
- S. NEUVILLE, « Introduction », *RDJscpo*, n° 7, Hiver 2013, p. 13.
- E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit Souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP. G.*, 21 oct. 2013, doctr. 1116, n° 15.
- T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G*, n° 22, 30 mai 2016, p. 623.
- I. PETRU, « La polysémie : élément majeur de la terminologie selon G. Cornu - Un exemple récent du traitement législatif de ce phénomène en droit tchèque », *Écho des Études Romanes - Revue semestrielle de linguistique et littératures romanes IX*, n° 2, 2013, p. 49.
- Ph. ROUSSEL-GALLE et M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ? », *RDBF*, n° 6, nov. 2014, dossier 44.
- M. ROUSSILLE, « La protection des dépôts bancaires à l'étranger », *RISF*, n° 1, 2014, p. 67.
- M. ROUSSILLE, « Le Bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque & Droit*, n° 159, janv.-févr. 2015, p. 27.
- R. SACCO, « Le droit muet », *RTD civ.*, 1995, p. 783.
- H. SYNDET, « Rapport de synthèse », *RDBF*, n° 4, juill. 2015.
- M. TELLER, « Le régulateur comptable », *RDBF*, n° 3, mai 2015, art. 33.
- F. TERRÉ, « Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique » in *Pitié pour les juristes*, *RTD civ.* 2002.247, spéc. p. 248.
- C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.
- C. THIBIERGE, « La densification normative, Découverte d'un processus », *D.*, 2014, p. 834.
- J. TIROLE, « Les contours de l'activité bancaire et l'avenir de sa régulation », *Revue française d'économie*, me XXIX, n° 3, 27 janv. 2015, p. 93.
- S. VERMEILLE, « Règle de Droit et développement des modes de financement alternatifs au crédit bancaire ... - Ou l'inadaptation du droit français à l'évolution de l'économie et de la finance », *RTDF*, n° 2, 2012, p. 28.

VI. Sites internet

ABE : https://www.eba.europa.eu/languages/home_fr
Académie française : <http://www.academie-francaise.fr>
ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/lacpr.html>
AFT : <http://www.aft.gouv.fr>
AFTI : <http://www.afti.asso.fr>
AMF : <http://www.amf-france.org>
AMAFI : <http://www.amafi.fr>
Assemblée Nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr>
BaFin : <https://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite>
Banque de France : <https://www.banque-france.fr/accueil.html>
BCE : <https://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.fr.html>
Banque mondiale : <http://www.banquemondiale.org>
BRI : <https://www.bis.org>
BNP Paribas : <https://group.bnpparibas>
BPCE : <http://www.groupebpce.fr>
Comité de Bâle : <http://www.bis.org/bcbs/>
Comité Paris Europlace : <http://www.paris-europlace.com/fr>
Commission européenne : http://ec.europa.eu/index_fr.htm
Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr>
Conseil européen : <http://www.consilium.europa.eu/fr/european-council/>
CREDA : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr>
EDF : <https://www.edf.fr>
Encyclopédie Universalis : <http://www.universalis.fr>
ESMA : <https://www.esma.europa.eu/home>
FGDR : <https://www.garantiedesdepots.fr/fr/>
Philippe Le Tourneau : <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr>
Marie-Anne Frison-Roche : <http://mafr.fr/fr/>
Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/portal/fr>
Revue Banque : <http://www.revue-banque.fr>
Sénat : <http://www.senat.fr>
SFI : <http://www.ifc.org>

INDEX

(Les numéros de l'index renvoient aux paragraphes).

– A –

Agence de notation, 266, 267 et s.

- *Big Three*, 267
- Conflit d'intérêts, 268
- Notation financière, 266
- Note, 266 et s.
- Opinion, 269
- Quasi-régulateur, 270
- Responsabilité, 270

Agrément, 10, 58, 88, 98, 117, 207, 264 et s.,
433

– B –

Bail-in : V. Renflouement interne

Bail-out : V. Renflouement externe

Banque, 12, 15, 168, 202, 278, 291, 369, 374

Banque centrale, 27 et s., 32, 290 et s.,
298 et s.

Banque mondiale, 26

BCE, 258, 292, 295

Bitcoin, 43, 405

Blockchain, 41, 405

– C –

Colégislateur, 95

Comité de Bâle, 5, 132, 168, 386

- Accords de Bâle, 131, 377, 382,
- Accords de Bâle II, 37, 39
- Accords de Bâle III, 146, 158, 279,
369
- *Board of Governors*, 162

Coussin contra-cyclique, 280

Coutume, 35 et s.

Coutume savante, 47

Crise, 410, 441 et s.

Crowdfunding : V. financement participatif

– D –

Défaillance : V. Résolution

Densité normative, 12, 181 et s., 193

Dettes, 293

Devoir de conseil, 274

Doctrines du régulateur, 110 et s.

Droit souple, 128, 130 et s., 141 et s., 148

- Droit flou, 142, 148
- Droit mou, 128, 148, 175
- Droit doux, 148, 175
- Sanction, 153

– E –

Établissement de crédit, 34, 257, 430

Éthique, 4, 48 et s.

- Externe, 50
- Imposée, 56
- Interne, 50
- Préconisée, 52
- Spontanée, 50, 51
- Suggérée, 52

– F –

Faillite : V. Résolution

FGDR, 261

Finance participative, 406 et s.

FMI, 26, 134

Fonds propres, 82, 131, 256 et s., 261, 279,
365 et s.

Force normative, 155, 171, 182 et s., 193
et s.

– I –

Information : 274 et s.

– L –

Légisprudence, 196

– M –

Monnaie, 1, 405, 432

- Politique monétaire, 27, 283

– N –

Normativité, 125 et s.

Norme informative, 271 et s.

Norme prudentielle (sens strict) : 180 et s.

Notation financière : V. Agence de notation.

– O –

Obligation d'information : V. Information

– P –

PRIIPS, 187, 272 et s., 417

- KID, 187

Procédures collectives : V. Résolution

Prudence, 4, 126, 448

– Q –

Quasi-régulateur : V. Agences de notation

– R –

Recommandation prudentielle : 126 et s.

Règle de droit, 206 et s., 374

Régulation, 300 et s.

- Conjoncturelle, 301 et s.

- Sectorielle, 324 et s.

- Sectorielle, 324 et s.

Régulprévision, 161 et s.

Régulation, 194 et s.

Renflouement externe, 262

Renflouement interne, 262

Résolution, 260 et s.

Risque, 269

– S –

Sanction, V. Droit souple

Soft law : V. Droit souple

Souveraineté, 339, 386, 437

Standard, 175, 391 et s., 403 et s.

Supervision :

Surveillance :

– T –

Technicité, 21 et s., 401, 408

Technique, 21 et s.

- Technique créatrice, 43 et s., 50 et s., 76 et s., 122, 125

- Technique d'encadrement, 28, 50 et s., 76, 93, 181 et s., 226 et s.

- Technique opérationnelle, 40 et s., 50 et s., 125

Théorie des quasi, 438 et s.

Transparence, 272 et s.

– U –

UBE, 38, 90, 260 et s.

- CRU, 260 et s.

- CSU, 260 et s.

- FRU, 261

- MRU, 260 et s.

- MSU, 252, 257, 293, 260 et s.

UMC, 272, 285

– V –

Vecteur, 122 et s.,

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	3
PREFACE	4
LISTE DES ABRÉVIATIONS FRÉQUEMMENT UTILISÉES	5
INTRODUCTION	8
PARTIE 1. LES CARACTÈRES DE LA NORME PRUDENTIELLE	23
TITRE 1. LA TECHNICITÉ	24
CHAPITRE 1. LES PRATIQUES CRÉATRICES	25
SECTION 1. LES PRATIQUES DESCENDANTES	26
§1. La véritable tradition initiale.....	27
A. Une pratique répétitive.....	28
1. L’habitude.....	28
2. La facilité.....	31
B. Une pratique facultative.....	32
1. Le choix	33
2. Le choix évolutif.....	35
§2. La fausse « coutume » contemporaine.....	37
A. Une pratique répétitive.....	37
1. La continuité.....	38
2. La cyclicité	41
B. Une pratique obligatoire	44
1. La nécessité prudentielle	44
2. La fatalité prudentielle.....	47
SECTION 2. LES PRATIQUES ASCENDANTES	48
§1. Les règles déontologiques.....	49
A. La création prudentielle	51
1. L’éthique prudentielle spontanée.....	51
2. L’éthique prudentielle préconisée.....	53
B. La gouvernance prudentielle.....	54
1. L’éthique prudentielle imposée	55
2. L’expérimentation prudentielle	56
§2. La lex technica	58
A. La lex technica sectorielle.....	58
1. Une loi	59

2. Une loi marchande.....	60
B. La lex technica unificatrice.....	61
1. L’harmonisation.....	62
2. L’uniformisation.....	63
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	63
CHAPITRE 2 : LES VECTEURS INSTRUMENTAUX.....	64
SECTION 1. LES INSTRUMENTS EXTRA-ETATIQUES.....	65
§1. Les recommandations internationales.....	66
A. La loi internationale.....	66
1. La centralité.....	67
2. La subsidiarité.....	68
B. L’appel législatif étatique.....	70
1. Le modèle.....	70
2. L’invitation.....	71
§2. Les instruments européens.....	72
A. Les directives.....	72
1. Les niveaux transitoires.....	73
2. Les niveaux techniques.....	74
B. Les règlements.....	75
1. L’uniformisation réglementaire.....	76
2. La rigidification réglementaire.....	77
SECTION 2. LES INSTRUMENTS ÉTATIQUES.....	78
§1. La loi.....	79
A. La loi de transposition.....	79
1. La passivité législative.....	80
2. L’harmonisation.....	81
B. La loi en contradiction.....	82
1. La renationalisation.....	82
2. La discordance.....	83
§2. La doctrine.....	84
A. Le corps technique.....	85
1. La systématisation.....	85
2. La méthode.....	87
B. Les effets du corps technique.....	87
1. La clarification.....	88
2. La juridicité.....	88
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	90

CONCLUSION DU TITRE 1	91
TITRE 2. LA NORMATIVITÉ	92
CHAPITRE 1. L'ÉMISSION DE LA RECOMMANDATION PRUDENTIELLE	93
SECTION 1. LA SOUPLESSE	94
§1. La souplesse pratique	94
A. L'ouverture	95
1. La prémisse	95
2. Les rapports	97
B. L'empirisme	98
1. L'expérimentation	99
2. La correction	99
§2. La souplesse théorique	100
A. Le cadre	101
1. Une proposition	101
2. Une émission	103
B. Le trouble	103
1. Le contenu	104
2. L'effectivité	105
SECTION 2. L'EXTENSIVITÉ	109
§1. La faiblesse normative	109
A. L'exclusion des normes	110
1. L'exclusion par les acteurs	110
2. L'exclusion intrinsèque	112
B. La régulprévision	114
1. La régulation prédictive	114
2. La régulation visionnaire	115
§2. La spontanéité normative	116
A. Le consensualisme	116
1. La concertation	117
2. L'adhésion	118
B. Le pragmatisme	118
1. Le besoin	118
2. Le besoin sectoriel	119
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	121
CHAPITRE 2. LA CONVERSION EN NORME PRUDENTIELLE	122
SECTION 1. LA DENSIFICATION	123
§1. La prévisibilité normative	123

A.	La transcription	124
1.	La réception	124
2.	L’adaptation	125
B.	Le formalisme	126
1.	Le recours aux institutions	127
2.	Le recours aux instruments	127
§2.	La force normative	128
A.	La régulation	128
1.	La valeur	129
2.	La portée	129
B.	Le droit atrophié	130
1.	La subordination	130
2.	L’insuffisance	131
SECTION 2.	LA RIGIDITÉ	133
§1.	La rigidité théorique	133
A.	L’obligatorité	134
1.	Les caractères	134
2.	La contrainte	135
B.	La sanction	135
1.	Les sanctionneurs	135
2.	La coordination des sanctions	136
§2.	La rigidité pratique	137
A.	Le frein	137
1.	La difficile installation	138
2.	L’inextricable écheveau	138
B.	L’engrenage	139
1.	L’insuffisance	139
2.	L’incitation	139
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	140
CONCLUSION DU TITRE 2	141
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	142
PARTIE 2. LES INCIDENCES DE LA NORME PRUDENTIELLE	143
TITRE 1. LES INCIDENCES BÉNÉFIQUES	144
CHAPITRE 1. LA NORME PRÉVENTIVE	145
SECTION 1. LA SOLIDITÉ DES DESTINATAIRES	146
§1. La solidité micro-prudentielle	146

A.	La discipline.....	147
1.	La prévention.....	147
2.	L’immixtion.....	149
B.	La résolution.....	149
1.	La situation non irrémédiablement compromise.....	150
2.	La situation semblant irrémédiablement compromise.....	152
§2.	La solidité des investissements.....	153
A.	La notation financière.....	153
1.	Le relai de la norme prudentielle.....	154
2.	La marge d’erreur de la note.....	155
B.	La norme informative.....	156
1.	La protection des investissements.....	156
2.	L’obligation d’information.....	158
SECTION 2.	LA STABILITÉ DU SYSTÈME.....	159
§1.	La stabilisation macro-prudentielle.....	160
A.	La stabilité des marchés.....	160
1.	La stabilisation en coupe.....	160
2.	La stabilisation temporelle.....	162
B.	La stabilité des opérateurs.....	163
1.	L’interdépendance.....	163
2.	Le rôle indispensable.....	164
§2.	La stabilisation par les États.....	164
A.	L’intervention étatique.....	165
1.	La politique monétaire.....	165
2.	Le prêteur de dernier ressort.....	166
B.	La crise des dettes souveraines.....	166
1.	La « référence circulaire ».....	166
2.	L’aporie de la stabilisation.....	167
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	168
CHAPITRE 2.	LA NORME CURATIVE.....	169
SECTION 1.	LA RÉGULATION CONJONCTURELLE.....	170
§1 :	Les dispositions pro-cycliques.....	170
A.	En période de crise.....	171
1.	L’échec des normes existantes.....	171
2.	L’interruption nécessaire.....	171
B.	Hors période de crise.....	172
1.	La continuité.....	172

2. L'amélioration	173
§2 : Les dispositions contra-cycliques	173
A. Les instruments	174
1. Le coussin en capital.....	174
2. L'illusion instrumentale.....	174
B. La sortie de crise	175
1. La sévérité	175
2. La création normative.....	176
SECTION 2. LA RÉGULATION SECTORIELLE.....	177
§1. Le « laisser-faire ».....	177
A. La passivité totale	177
1. Les innovations.....	178
2. La finance parallèle	178
B. La passivité apparente.....	178
1. La déréglementation	178
2. La « re-réglementation ».....	179
§2. Le rapport de force.....	179
A. Une construction	180
1. Une construction territoriale.....	180
2. Une organisation de substitution	181
B. Le basculement	181
1. La politique législative	181
2. La traduction.....	182
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	183
CONCLUSION DU TITRE 1	184
TITRE 2. LES INCIDENCES NÉFASTES.....	185
CHAPITRE 1. LA NORME FRILEUSE	186
SECTION 1. L'ENCADREMENT ÉCONOMIQUE	187
§1. L'encadrement du risque.....	187
A. L'aversion du risque	188
1. La lutte contre le risque excessif	188
2. L'aversion au risque	190
B. L'appétence au conformisme	190
1. Une incitation implicite	191
2. Un réflexe néfaste.....	192
§2. Le rendement encadré	193
A. Le renforcement des fonds propres.....	193

1.	La complexité des fonds propres	193
2.	La sanctuarisation des fonds propres	195
B.	La réduction des profits	195
1.	La limite industrielle.....	196
2.	Les alternatives industrielles	196
SECTION 2.	L'ENCADREMENT LEGISLATIF.....	198
§1.	La « délégation de pouvoir » du législateur	198
A.	Le législateur bancaire et financier	199
1.	Le pouvoir législatif bancaire	199
2.	L'étroussure nationale.....	200
B.	La délégation de pouvoir implicite	201
1.	La délégation du pouvoir législatif.....	201
2.	Une résignation de pouvoir.....	202
§2.	La difficulté du contrôle par le législateur	203
A.	Un droit exogène.....	203
1.	Un droit impersonnel	203
2.	Un droit standardisé.....	204
B.	Un droit horizontal	205
1.	Un droit réticulaire.....	206
2.	Un droit sans hiérarchie.....	207
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	208
CHAPITRE 2.	LA NORME CONTOURNÉE.....	209
SECTION 1.	LE FORMATAGE ÉCONOMIQUE.....	210
§1.	La dimension.....	210
A.	Les secteurs valorisés.....	211
1.	La finance innovante	211
2.	La finance participative	212
B.	Les secteurs honnis	213
1.	Les propagateurs de risque	213
2.	Les marchés spéculatifs	214
§2.	La division	214
A.	Le cloisonnement des opérateurs	215
1.	Le cloisonnement des activités	215
2.	Le cloisonnement des produits	216
B.	Le cloisonnement des professionnels.....	216
1.	Le cloisonnement des rémunérations.....	217
2.	Le cloisonnement des postes	217

SECTION 2. LE FORMATAGE POLITIQUE.....	219
§1. La mise à l'écart du citoyen	220
A. L'incompréhension	220
1. La complexité	220
2. Le volume	221
B. Le changement de paradigme	222
1. L'ultime translation	222
2. L'avènement professionnel.....	223
§2. La mise à l'écart des gouvernements	224
A. Les causes chéries	224
1. Les régulateurs.....	225
2. La théorie des « quasi »	226
B. La déploration des effets	229
1. Le dédain envers les marchés	230
2. L'égotisme national	231
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	233
CONCLUSION DU TITRE 2	234
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	235
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	236
BIBLIOGRAPHIE	239
INDEX.....	247
TABLE DES MATIERES	250