

VD

PRIX CARBONNIER 2018

JD. Combrexelle
Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat

Président du jury

Remise du Prix à Pascale Cornut Saint Pierre

Lundi 18 mars 2019

1-J'ai le plaisir de vous accueillir dans cette salle d'assemblée générale du Conseil d'Etat. C'est dans cette salle que sont examinés les projets de loi et, d'une façon générale, les principaux textes normatifs. C'est un des temples du droit de notre République et pour symboliser le lien entre le droit et la société et son économie, nous sommes entourés de fresques du début du siècle dernier d'Henri Martin qui symbolisent l'activité humaine. L'ancien directeur général du travail que je suis remarque que la représentation de l'industrie est un peu défaillante mais après cette remise de prix, nous nous apercevons que davantage encore ces fresques devraient être actualisées. Reste le penseur derrière moi qui lui, quelles que soient les circonstances, est toujours d'actualité.

Avant de parler de notre lauréate et de sa thèse, je voudrais d'abord dire quelques mots sur le prix Carbonnier. Je rappelle que ce prix a été créé par la Mission de recherche droit et justice, instance qui a vocation à créer un lien nécessaire entre le monde de la recherche universitaire et celui de la justice, ceci quelle que soit la discipline des sciences sociales et humaines concernées. Dans la droite ligne de l'oeuvre du Doyen Carbonnier, ce prix vise à symboliser l'ouverture des juristes aux préoccupations de leurs contemporains, aux problèmes de société, du dialogue interdisciplinaire notamment avec les sociologues, de l'innovation et du souci de la réforme.

Disant cela, et c'est volontaire, je ne fais que paraphraser la notice qui explique et expose l'esprit dans lequel est décerné ce prix. Pour ce faire, il a fallu faire appel à un jury qui, par sa composition, traduit ce souci de diversité et de pluridisciplinarité. Si certains d'entre nous se connaissaient déjà, il est peu probable que nous aurions eu l'occasion de nous rencontrer tous. Et le premier apport de ce prix est de faire rencontrer dans ce cadre des spécialistes de haut niveau qui ont ainsi l'occasion de partager et de confronter leur vision du droit et des questions sociétales à l'occasion des thèses qui leur sont présentées.

Qu'il me soit ainsi permis de remercier, pour leur expertise, leur travail, leur disponibilité et plus largement pour leur attachement à ce prix Carbonnier, chacun des membres de ce jury qui a dû lire et sélectionner plusieurs thèses sur les 57 qui ont présentées. Je rappelle que ce

prix est composé de femmes et d'hommes aux fonctions et aux nationalités diverses, de professeurs et de magistrats, venant de Suisse et de Belgique et bien sûr de France : Julie Allard, Florence Bellivier, Michelle Cottier, Jean-Christophe Gaven, Alain Lacabarrats, Nicole Maestracci, Rostane Mehdi et Judith Rochfeld. Animer et présider ce jury est d'abord un honneur dont je mesure la portée et la responsabilité mais aussi un plaisir tant l'ensemble des membres ont réussi à concilier la conviction dans les analyses et la fluidité et le respect réciproque et je dirais amical dans les échanges. Dans ces remerciements il ne faut surtout pas oublier les membres de la Mission de recherche droit et justice. Sans eux sans leur professionnalisme, ce prix ne pourrait vivre, avec un remerciement tout particulier pour sa nouvelle directrice, Valérie Sagant, qui a succédé à Sandrine Zientara-Logeay, devenue avocate générale à la Cour de cassation, qui est ici parmi nous et que je salue, à Katia Martin-Chenut, et bien sûr à Jeanne Chabbal qui mérite, comme à Cannes, le prix spécial du jury.

Mais nous ne sommes surtout pas un jury de classement. C'est avec respect que nous avons pris en main chacune des thèses qui nous ont été présentées. Chacune d'elle représente 4 ans, 5ans, parfois plus de la vie d'une jeune femme ou d'un jeune homme. Nous avons donc une responsabilité particulière vis-à-vis de leur auteur. Il n'existe pas en soi de meilleure thèse, c'est la meilleure au sens de certains critères. D'autres critères pourraient aboutir à d'autres sélections. Au nom de l'ensemble du jury, je voudrais donc d'abord saluer l'ensemble des thèses qui ont été présentées pour ce cru 2018. Le travail, le soin, l'ardeur, la persévérance, l'obstination, l'expertise, le savoir faire qui ont été ceux de leurs auteurs respectifs méritent le plus grand respect.

2-Rapprochons nous maintenant sensiblement de la thèse qui est aujourd'hui primée. Un des thèmes préférés du Doyen Carbonnier porte sur les modes de production du droit. Il y a consacré des nombreuses études.

A coté des modes habituels de production du droit, la loi et bien sûr la jurisprudence, le Doyen envisage dans son ouvrage « Pour une sociologie du droit sans rigueur », l'hypothèse du non-droit : « en sociologie c'est l'observation de phénomènes d'absence ou de retrait du droit dans des situations où il devrait être présent ». Mais entendons-nous bien, précise-t-il dans « Essais sur les lois », « le non-droit : ce n'est pas le néant, pas même le chaos. L'hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé et peut être même déjà occupé d'avance, par d'autres systèmes de régulation sociale, la religion, la morale, les moeurs l'amitié, l'habitude ».

Tout l'intérêt et le paradoxe du prix qui va être aujourd'hui décerné est de montrer que si cette analyse était exacte et reste en partie exacte encore aujourd'hui, elle est désormais, dans des domaines sensibles, dépassée par la production de normes privées qui englobent en les dépassant les frontières des droits étatiques.

Comme en physique où les chercheurs cherchent la matière invisible, il existe quelque chose entre le droit, entendu au sens classique du terme, et le non-droit du doyen Carbonnier.

C'est ce que va montrer la thèse de Pascale Cornut St-Pierre.

Pour étayer cette démonstration, l'auteur de cette thèse va choisir un champ très particulier.

Il est de coutume, même si elles sont enseignées dans les mêmes facultés, d'opposer les disciplines du droit et celles de l'économie. Ce ne sont pas les mêmes étudiants, ce ne sont pas

les mêmes professeurs. Le droit commercial se gardait bien de faire de la micro- économie et l'économiste de s'intéresser, à travers ses courbes statistiques, aux règles de droit applicable.

Ce Yalta, qui ne correspond en rien à la vie réelle, s'effrite à travers, par exemple, le droit de la concurrence et d'une certaine façon à travers le droit matériel de l'Union européenne, qui sont, par nature, des droits multi-disciplinaires. Quant aux économistes, ils vont s'attaquer à l'économie du droit en essayant de détecter précisément les effets économiques qui s'attachent à telle ou telle règle de droit. J'ai toujours été de ceux qui disait qu'il fallait mettre du chiffre dans le droit sans pour autant verser dans « la gouvernance des nombres » qu'a dénoncée de façon remarquable Alain Supiot.

Je n'oserais pas utiliser, car elle serait déplacée à l'égard de ceux qui ont exposé leur vie, l'image du Mur de Berlin mais la frontière tend en tout cas à devenir poreuse.

Mais il est un domaine où le juriste et même une partie des économistes renoncent, en raison de sa trop grande technicité, à s'engager c'est celui de la finance internationale dans sa forme moderne et notamment les produits financiers dérivés. Ce renoncement est contestable car, qu'on le veuille ou non, c'est de la finance internationale que dépendent les situations économiques et sociales nationales. Sans recourir à une analyse marxiste, ce qui serait déplacé dans cette salle, c'est en partie sur la base de la mondialisation et de la finance internationale que se construisent les réalités économiques et sociales d'aujourd'hui et de demain et donc la superstructure que constitue le droit. Or ce cœur de réacteur n'intéressait pas ou plus exactement faisait peur par sa complexité.

3-Comme sans doute beaucoup de gens ici, je ne prétends pas connaître ce monde. Mais pour des raisons extra-professionnelles, j'en connais certains des acteurs directs que j'écoute et entends souvent.

Plus je les entendais, plus pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, j'étais convaincu que ce monde était celui du non-droit. Imaginons à Londres, New-York ou Francfort des salles de marchés en open-space où des jeunes sur-doués et sur-diplômés, de toutes nationalités, pressés sans confort dans quelques mètres carré chacun, les yeux fixés sur trois, quatre écrans dont un écran, l'essentiel, débite les informations venant de Bloomberg, arbitrent en quelques secondes des sommes d'argent ou des matières premières pour des montants qui dépassent l'imagination des profanes que nous sommes. Leurs pratiques, leur vocabulaire, leurs valeurs ne sont pas les nôtres.

Dans ce monde d'écrans, de chiffres et de courbes où l'intelligence humaine surtout mathématique et l'intelligence artificielle règnent en maître que viendrait donc faire le droit ? D'ailleurs dans ces salles on n'entend jamais parler de droit ou de tribunal si ce n'est à l'occasion d'un retentissant procès contre un trader dont le caractère anecdotique à leurs yeux agace les professionnels.

J'ai ainsi toujours pensé non sans naïveté que nous étions dans le champ du deal, du non-droit, et que ni le législateur ni le juge n'y avaient leur place, à part peut-être les prescriptions prudentielles de Bâle I, II puis III.

4- C'est à ce stade qu'intervient notre ou plus exactement votre thèse qui va démontrer, avec talent et conviction, que dans cette zone de prétendue non droit, il y a de la matière, il y a du droit.

D'abord quel culot pour un juriste de s'aventurer dans un monde si fermé, en apparence, à tout ce qui est étranger à la culture mathématique du plus haut niveau. Non seulement c'est un juriste mais en plus une femme dans ce monde où, ce n'est pas un scoop, règnent de multiples formes subtiles et implicites de machisme.

Enfin, vous avez une culture francophone ce qui n'est jamais évident dans ce monde anglo-saxon, par nature.

En réalité vous avez une double culture franco-canadienne. Cette double culture vous aura servi, mais surtout elle vous aura sans doute donné cette dose de culot voire d'inconscience qu'il fallait pour cette aventure. Car il faut dire deux mots de vous et de l'originalité de votre parcours. D'origine québécoise, vous étudiez la philosophie à l'Université de Montréal avant de faire une formation en droit civil et Commun Law à l'Université Mac Gill. C'est ensuite que vous rejoignez Sciences-Po Paris et que vous attelez, sous la direction du professeur Benoît Frydman, à la thèse qui est aujourd'hui récompensée, cette thèse étant soutenue par le Fonds de recherche du Québec du Conseil de recherches en sciences-humaines du Canada et de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures. Vous êtes depuis 2016 professeure à la section droit civil de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Vous y enseignez le droit de l'entreprise et la sociologie et vous poursuivez vos recherches à la croisée du droit et de la sociologie économique. Cette thèse est donc bien née sous le double parrainage du Canada, du Québec et de la recherche universitaire française. J'imagine que ce contexte vous a donné beaucoup de force et de légitimité dans votre travail. Je dirais aussi que vos étudiants ont bien de la chance de vous avoir comme professeur quand on voit le souci de pédagogie et d'explication qui a été le vôtre dans votre thèse. Les croquis, les schémas ne manquent pas ainsi qu'un dialogue imaginaire et savoureux entre un banquier et son lawyer. Pour tout dire quel plaisir d'avoir dans les mains une thèse où l'auteur s'astreint à rendre claires pour le lecteur des choses complexes et non l'inverse. Tout est fait pour nous rendre la matière accessible.

Pour plein de raisons, l'entreprise était risquée. Par référence à notre membre suisse du jury, Michelle Cottier, professeur à Genève, c'est attaquer la face Nord du Cervin en plein hiver.

Sauf que vous atteignez le sommet.

5-Vous suivant dans cette escalade, nous allons entrer avec vous dans ce monde de la finance internationale moderne et l'un de ses principaux instruments le « Swap ». Je n'en donnerai pas la définition, je me bornerai à dire que c'est le point de départ des produits dérivés sur la base desquels s'est construite la nouvelle finance internationale.

En préambule, vous nous dites avec raison qu'il ne faut pas s'arrêter à la technicité de ce produit financier mais garder toujours en tête les « enjeux sociaux, politiques, économiques et juridiques que peuvent soulever les fruits de l'innovation financière ».

Et c'est alors, que nous allons faire au moins trois découvertes d'importance.

La première est que, dans ce monde de la finance, il n'y a pas que des polytechniciens et des mathématiciens. Il y a des juristes, et pas des moindres, des avocats de très haut niveau. Regroupés au sein d'une mystérieuse association l'International Swaps and Derivatives Association-ISDA. Ne cherchez pas leur nom dans les Dalloz ou le JCP, nous ne les

connaissons pas. Cette salle d'AG n'a jamais entendu prononcer leur nom. Prenons l'un d'eux, le plus connu paraît-il, Jeffrey Golden, même Google a du mal à le retrouver et le confond avec un Jeff Golden qui a fait de la radio pour devenir politicien aux USA

Pour tout dire je trouve oh combien rafraichissant et surtout pertinent quand on veut comprendre le fond des choses que l'on trouve dans une thèse non plus seulement la norme et les structures mais aussi les gens qui font les normes et les structures. Quarante ans de fonction publique et de fonctions diverses dans l'élaboration du droit et son contentieux m'ont appris au moins une chose. Le droit est une science inexacte où la personnalité des femmes et des hommes qui y contribuent jouent un rôle déterminant. A un moment où on parle beaucoup de justice prédictive et d'intelligence artificielle n'oublions jamais que la justice a besoin de femmes et d'hommes qui ont l'intelligence des situations et des évolutions de nos sociétés.

Car nous avons trop souvent tendance à nous intéresser aux structures et aux normes et pas aux gens. Ainsi, pour prendre un exemple, le récent roman de Robert Menasse, « La capitale », qui met en scène des fonctionnaires européens de Bruxelles vaut, à mon sens, tous les traités de droit de l'Union européenne dans la compréhension de ce droit.

Plus largement et comme je l'ai indiqué lors d'une interview faite à l'occasion de ce prix, la mention du rôle des juristes me paraît essentielle car elle souligne leur responsabilité. Ceux-ci sont souvent présentés comme des experts et parfois se perçoivent eux-mêmes uniquement comme des experts. Nombre de fois, j'ai entendu des juristes que je qualifierais de « juristes applicatifs » dire, sans explication fournie, le droit ne le permet pas. Or le droit, quand il est porté à haut niveau exige de l'imagination, Giraudoux le disait déjà mais dans un sens péjoratif qui n'est pas le mien, et permet des constructions. Mais encore faut-il que ces constructions aient du sens au nom d'une certaine idée de la société et de ses évolutions. Le juriste ne doit pas se borner à appliquer sans chercher à comprendre, il ne doit pas davantage construire et justifier des systèmes qui vont à l'encontre de nos valeurs les plus fondamentales, comme l'ont montré certaines périodes sombres de l'histoire. Il doit construire pour impulser et accompagner la société mais en ayant pleinement conscience de sa responsabilité et en ne se retranchant pas derrière sa technicité.

6-Car deuxième découverte : ces juristes, ces lawyers, ne se bornent pas à conseiller ils produisent du droit, des normes qui sont respectées à travers des contrats standardisés, le Master Agreement de l'ISDA, et des guides d'utilisation sans oublier une vaste littérature extérieure toutefois aux revues juridiques classiques.

Vous utilisez à leur égard l'expression des « faiseurs de système » de Jean Rivero mais appliquée à une réalité qu'était bien loin d'imaginer le cher professeur.

Je vous cite : « les avocats qui représentaient l'industrie financière ont peu à peu forgé le vocabulaire et les arguments grâce auxquels ils sont parvenus à imposer leur point de vue sur la finance et sur ces rapports avec le droit »

Troisième découverte : ce droit se construit en dehors des Etats et contourne les règles de droit étatique.

Nous sommes au sommet avec vous et nous découvrons une autre réalité. Notre logiciel est que le droit se construit par des normes étatiques, des jurisprudences étatiques tout ceci étant

complété par des normes internationales et européennes elles-mêmes interprétées par des juridictions internationales et européennes.

Notre environnement est régalien, soit régalien étatique soit régalien supra-national.

Il existe bien d'autres sources de droit mais, pour nous, elles sont marginales et relèvent pour la plupart, non sans une connotation péjorative, de la Soft Law.

Or nous découvrons avec vous que la finance internationale si puissante et si structurante sur les économies et les modèles sociaux obéit à un droit dur, sans contrôle des Etats et des démocraties, élaboré par un petit groupe d'avocats internationaux.

Certains d'entre vous ont peut être vu un film des années 2000 avec Bruce Willis, « Le sixième sens ». Aux toutes dernières minutes du film à l'énorme surprise des spectateurs, ceux-ci qui croient voir un film policier classique, voient que tout se renverse, la réalité devient apparence et ce qui était censé être une apparence est la réalité.

7-Et c'est alors que nous portons avec vous un tout autre regard sur notre histoire qui défile à travers ce que vous appelez des « moments clefs » : le moment 1930 avec la socialisation du droit financier dans un monde industriel avec plusieurs lois fédérales aux USA, le moment 1980 avec le décloisonnement des métiers de la finance. Ces moments en apparence techniques débouchent sur ce qui a fait l'actualité des dernières années, les subprimes, la crise de 2008, la mise en danger financier grave de certaines collectivités locales etc....

Ce que vous démontrez c'est la façon dont les produits dérivés vont devenir un terrain de liberté pour des acteurs privilégiés contre l'emprise étatique. Les swaps sont « la forme de l'alliance par laquelle des acteurs ancrés dans un contexte local enserré de normes, de contraintes et de risques, sans oublier quelques protections et solidarités, accèdent à un espace alternatif, global, peu balisé, où tire son épingle du jeu qui peut ».

Peu de procès et peu de juges, une soixantaine répartis sur le monde entier, trois ou quatre en France, mais ce constat montre la force et la légitimité de ce droit.

8- Ces développements ressemblent beaucoup à ce qui pourrait être écrit sur Internet. Des associations informelles mais puissantes, des normes appliquées par les acteurs et peu contestées, des Etats impuissants. Et le juriste traditionnel de se demander si les deux plus puissants moteurs du monde actuel, la finance et Internet, n'ont pas un droit qui passe en-dessous de nos radars académiques.

Dans un siècle l'historien du droit ne dira-t-il pas que les anciens collègues que nous étions sont passés à côté des vrais enjeux ?

C'est l'interrogation que soulève cette thèse et outre son auteur il faut en féliciter son directeur, Benoît Frydman, Professeur à l'université libre de Bruxelles et à Sciences-Po Paris.

9-Un dernier point enfin, c'est un vœu que j'émet.

Cette thèse porte le timbre de l'école doctorale de Sciences-po Paris et c'est tout à l'honneur de cette école, sans oublier l'aide décisive du monde universitaire canadien.

Mais puisse notre Université dépasser la frontière académique des disciplines pour donner, elle aussi, ses chances à des thèses originales et pluri-disciplinaires comme celle qui est aujourd'hui récompensée.

10-Le moment est maintenant venu de vous remettre ce prix, j'espère que le Doyen Carbonnier, qui est parmi nous par l'esprit et par sa famille, que je remercie pour sa présence et sa fidélité, partage le choix de notre jury. J'ai l'intuition que oui, le jury l'espère. En tout cas, chère Pascale Cornu St Pierre, comme lui, nous vous invitons à prolonger vos recherches et à garder cette fraîcheur d'esprit et cette originalité que l'on sent à travers les lignes de votre thèse. Cette thèse, si mes informations sont exactes, est en cours de publication, c'est heureux. Donner lui la diffusion la plus large, et à travers ce prix nous sommes heureux et fiers de contribuer à sa notoriété.

Mais avant de remettre ce prix, je passe la parole à Hélène Hoch qui représente les éditions Dalloz qui parrainent ce prix et que je remercie à cette occasion.

Merci à vous.