

Prix Carbonnier 2018
Discours de la lauréate Pascale Cornut St-Pierre
Le 18 mars 2019

Mesdames et messieurs, chers invités,

C'est un immense honneur d'être devant vous ce soir et de recevoir le prix Jean Carbonnier de la recherche sur le droit et la justice.

Le nom de Jean Carbonnier fut d'abord pour moi celui d'un éminent civiliste français que j'entendais cité dans le cadre de mes études de droit, avec toute la révérence que l'on accorde souvent au Québec aux penseurs de la Mère Patrie. Ce fut ensuite le nom d'un auteur que j'ai lu lorsque j'ai commencé à m'intéresser à la sociologie du droit, puis d'un auteur que j'ai fait lire à mes propres étudiants, lorsque j'ai voulu leur enseigner l'art de combiner les regards du juriste et du sociologue. C'est donc avec beaucoup d'émotion que je reçois aujourd'hui ce prix Jean Carbonnier, pour un travail de recherche que je qualifierais moi-même d'improbable – un travail qui a fait le pari risqué de mêler le droit, la sociologie et la finance, et qui a fini par se fixer sur un objet à première vue rébarbatif : les swaps.

Certains d'entre vous se le demandent sans doute : que sont les swaps ? En un mot, il s'agit d'instruments financiers inventés dans les années 1980, qui sont utilisés surtout par des acteurs institutionnels, comme les banques, les entreprises, les fonds d'investissement ou les collectivités publiques. Dans un swap, deux parties conviennent d'échanger périodiquement des flux d'argent, dont les montants varieront en fonction de certaines valeurs de marché, tels les taux d'intérêt ou les taux de change. Les swaps sont employés dans de multiples contextes et servent des fins variées : ils permettent aussi bien de spéculer que de couvrir certains risques, ou encore d'accéder à des conditions de financement plus avantageuses. On estime la taille de leurs marchés à plus de six fois et demie la valeur du PIB mondial : les swaps ont beau être peu connus du grand public, ils n'en occupent pas moins une place capitale dans la vie des affaires d'aujourd'hui.

Rien ne me prédestinait à choisir un sujet aussi pointu dans le cadre de ma thèse : je ne suis pas avocate, je n'ai jamais pratiqué le droit en entreprise, et je n'ai aucune expérience professionnelle dans le domaine de la finance. Ce projet de thèse trouve plutôt son origine dans un contexte économique, social et politique où la finance est devenue un objet de débat public. Ma thèse trouve son inspiration initiale dans la crise des *subprimes* aux États-Unis, dans la crise des dettes souveraines en Europe, ainsi que dans l'émergence de nouveaux

mouvements citoyens, comme *Occupy Wall Street*. À travers ces événements, la finance s'est révélée aux yeux du grand public comme un lieu de pouvoir incontournable de la société contemporaine, et un lieu de pouvoir qu'il était désormais possible de contester. Je me disais alors que ma thèse pourrait contribuer à la critique qui commençait à prendre forme, en offrant une meilleure compréhension des rapports entre le droit et la finance, à l'aide d'une approche sociologique.

Entre cette aspiration générale et le choix définitif de mon sujet, il m'a fallu deux années complètes de recherche. J'ai dû me familiariser avec l'univers de la finance et son jargon bien particulier, puis comprendre comment les sciences sociales pouvaient enrichir notre compréhension des phénomènes financiers. Cela accompli, il me restait encore à retrouver le *droit* au milieu de toute cette technique financière ! En effet, on imagine souvent une finance qui se serait plus ou moins émancipée du droit au cours des dernières décennies, à force de déréglementation, et j'ai mis du temps à comprendre que le droit se situait au contraire au cœur de la finance, à l'intérieur même des produits financiers. Avant cette découverte, je n'aurais jamais imaginé consacrer une thèse aux swaps !

J'ai donc pris conscience qu'une grande partie des efforts des juristes qui travaillent pour l'industrie financière gravite autour des contrats d'instruments financiers, des contrats qui doivent être rédigés, qualifiés, interprétés, invoqués dans des recours judiciaires – des contrats, bref, qui font l'objet d'un travail typiquement juridique, qui rend possible la circulation mondiale des flux financiers. Et le cas des swaps est particulièrement intéressant, car le développement phénoménal de ces marchés d'instruments financiers depuis presque 40 ans est intimement lié à l'élaboration d'un seul et même contrat-cadre, utilisé partout dans le monde et par l'ensemble de l'industrie : le *Master Agreement* de l'ISDA.

C'est ainsi que je me suis mise à l'étude de ce contrat et des multiples couches de discours produits par les juristes qui l'ont manié, en m'efforçant à chaque étape de ne pas tenir pour évidentes les solutions que proposaient ces juristes aux problèmes auxquels ils étaient confrontés, mais en tentant au contraire de rendre compte de l'ingéniosité de leurs solutions techniques. Ma thèse montre que le travail des juristes autour des swaps a été pour l'essentiel un travail d'abstraction, qui a permis à ces instruments financiers de s'imposer en droit comme des objets *sui generis*, c'est-à-dire comme des objets de leur propre genre, irréductibles aux formes que connaissait déjà le droit financier. Le contrat-cadre de l'ISDA a d'abord permis de détacher les swaps de leurs contextes d'affaires, en permettant que soient traitées à l'identique une grande variété de situations commerciales et financières, sans égard à la raison d'être des obligations ainsi contractées. Les swaps ont ainsi revêtu une forme juridique

uniforme et inédite, grâce à laquelle ils ont pu s'extirper des grandes catégories qui avaient structuré le droit financier du vingtième siècle, autour des trois grands pôles que représentaient la banque, la bourse et l'assurance. En s'extirpant de ces catégories, les juristes ont aussi pu faire abstraction des régimes juridiques qui en découlaient. Ce double mouvement d'abstraction – abstraction des swaps à l'égard de leur contexte d'affaires, et abstraction à l'égard des notions établies du droit financier – a eu pour résultat trois choses : cela a permis, d'abord, de renforcer les prérogatives des banques qui commercialisent ces instruments financiers ; cela a permis, ensuite, de limiter les objections qu'auraient pu leur adresser leurs clients qui utilisent les swaps ; et cela a permis, finalement, d'instituer un espace financier global faiblement réglementé pour lequel les grandes banques se sont positionnées comme le principal point d'accès. Mon travail montre en somme que les juristes ont participé à la reconfiguration des rapports qui existent entre les banques, les entreprises et les gouvernements, et qu'ils sont ainsi des acteurs importants de la financiarisation de l'économie contemporaine.

Ma thèse propose ainsi un récit alternatif à celui d'une déréglementation de l'activité financière, où le droit aurait peu à peu renoncé à imposer ses règles à la finance. La finance a au contraire absolument besoin du droit afin de mener ses calculs et de garantir la prévisibilité de ses flux d'argent. Au cours des dernières décennies, la finance ne s'est pas émancipée du droit ; elle s'en est plutôt approprié le langage et les outils, et leur a insufflé sa propre logique – sous son influence, le droit lui-même a fini par se financiariser. On le constate lorsque l'on compare le droit financier d'aujourd'hui au droit financier qui avait été mis en place suite à la crise financière des années 1930 : historiquement, le droit a véhiculé une pluralité de justifications de l'activité financière, dont certaines ont par la suite été oubliées. Le droit financier n'a pas toujours visé qu'une gestion efficiente des risques ; il a déjà insisté plus fortement qu'aujourd'hui sur la protection des usagers de la finance et sur le financement adéquat de l'industrie. En rappelant l'existence de ces anciennes justifications, mon travail dépeint en fin de compte le droit non seulement comme un outil malléable dont peuvent se saisir les banques grâce au travail de leurs avocats, mais aussi comme un bassin de représentations critiques, qui pourraient éventuellement être mobilisées pour contrer certains excès de la financiarisation.

En m'octroyant le prix Jean Carbonnier, la Mission de recherche Droit et Justice donne une grande visibilité à une thèse atypique, une thèse qui amène la sociologie du droit sur des terrains où celle-ci s'aventure rarement : celui de la finance et de ses dispositifs techniques. Il s'agit d'une avenue de recherche qui demeure mal balisée, les phénomènes économiques et financiers ayant été relativement négligés par les travaux de sociologie du droit des dernières décennies. Ma thèse a pris le parti d'aborder ces phénomènes dans toute leur

technicité, sans se cantonner au regard externe que l'on attribue parfois aux sociologues du droit, mais sans adopter une posture technicienne pour autant. À ceux qui seraient tentés de s'engager sur la même voie, j'espère que mon travail pourra servir de modèle, ou à tout le moins d'exemple.

Je remercie la Mission de recherche Droit et Justice pour ce prix et pour l'organisation de cette cérémonie, en ce lieu bien solennel.

Je remercie le Président ainsi que tous les membres du jury, pour le soin qu'ils ont mis à évaluer les thèses candidates, et surtout pour le courage qu'ils ont eu de lire plusieurs centaines de pages consacrées aux contrats de swaps !

Je profite également de l'occasion pour remercier mon directeur de thèse, Benoit Frydman, pour avoir cru en ce projet, pour en avoir soutenu les orientations fondamentales, tout en m'ayant incitée, à certains moments-clés de la recherche, à penser contre moi-même et à approfondir certaines de mes analyses.

Je termine en exprimant le souhait que, grâce à ce prix, ma modeste contribution puisse encourager d'autres jeunes chercheurs à se lancer dans l'étude non-dogmatique du droit dans le domaine des affaires, de l'économie et de la finance, afin de nous aider à construire, collectivement, une finance qui soit davantage au service de la société et du bien commun.