

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

P.-G. Marly, *La soft law et l'assurance*, « 50 ans du Code des assurances : questions d'actualité », *Colloque Inter-Instituts*, 19 mars 2026, bjda.fr 2026, n° 106

La soft law et l'assurance¹

Pierre-Grégoire Marly

Professeur agrégé des facultés de droit
Titulaire de la Chaire d'Assurance du CNAM
Directeur de l'École nationale d'assurances

Droit souple – Force contraignante - AEAPP – ACPR – Orientations – Recommandations - Légalité

1. En quelques décennies, la *soft law*, ou droit souple, s'est imposée comme une source à part entière du droit des assurances.

Pour la définir, nous pouvons nous référer à l'étude savante que lui consacra en 2013 le Conseil d'État² :

- d'une part, le droit souple a pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- d'autre part, contrairement au droit « dur », le droit souple ne crée pas de droits ni d'obligations qui pourraient être directement sanctionnés ;
- de troisième part, contrairement au non-droit, le droit souple présente, par son contenu et son élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui l'apparente au droit dur.

Normativité non-prescriptive, le droit souple ne commande pas, il recommande. En absence de contrainte, son effectivité ne repose pas sur l'autorité de son auteur mais sur sa réception par ses destinataires d'autant plus enclins à y consentir qu'ils sont associés à son élaboration³.

2. Dans notre secteur, la *soft law* se greffe à la réglementation des activités et des acteurs de l'assurance dont elle sert principalement le contrôle en précisant les modalités et les comportements attendus.

¹ Propos tenu lors du colloque organisé à la Maison du Barreau le 19 mars 2026 sur le thème : « 50 ans du code des assurances : questions d'actualité ». Le style oral a été conservé.

² CE, *Etude annuelle pour 2013 : Le droit souple*, La Documentation française, 2013.

³ C. Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 93.

Dans ce cadre, le droit souple s'incarne principalement dans les productions normatives de l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP ou *EIOPA*) et, à l'échelle nationale, de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

Concernant l'autorité européenne, le règlement qui l'institua en 2010 l'investit du pouvoir d'édicter les « orientations » et des « recommandations » dont la finalité est « *d'établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives au sein du système européen de supervision financière et d'assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union* »⁴.

Contrairement aux normes techniques de réglementation (NTR) et d'exécution (NTE) qui, adoptées par la Commission européenne, ressortissent au droit dur de l'Union⁵, ces instruments de droit souple émanent directement du superviseur et sont dépourvus de force contraignante. Ils s'adressent aux autorités compétentes et aux établissements concernés au sein des États membres, soit dans leur ensemble (orientations), soit à certains d'entre eux (recommandations).

Chaque autorité destinataire dispose d'un délai de deux mois suivant l'émission du texte pour indiquer si elle le respecte ou entend le respecter, à défaut de quoi, elle informe l'AEAPP en motivant sa décision, conformément au principe *comply or explain*.

Ces orientations et recommandations côtoient d'autres instruments de droit souple, telles que les « questions et réponses »⁶ ou encore, à dessein de promouvoir une « *culture commune en matière de surveillance* », la fourniture d'avis aux autorités locales ainsi que l'élaboration « *de nouveaux instruments et outils de convergence pratiques* » tels que les *supervisory statements*⁷.

3. De son côté, l'ACPR est dotée de prérogatives normatives qui, en l'absence de délégation du pouvoir réglementaire, s'inscriraient dans son rôle de superviseur et non celui d'un régulateur⁸.

Ces prérogatives sont décrites dans un « document de nature explicative » intitulé « Politique de transparence »⁹. Le superviseur y distingue formellement, d'une part, les instruments éligibles à l'ensemble de son action et, d'autre part, les instruments réservés à sa mission de protection de la clientèle. A l'analyse, ces instruments peuvent également être répartis suivant leur fonction.

Certains d'entre eux présentent ainsi une fonction interprétative, en ce sens que le superviseur y livre son interprétation des lois et des règlements dont il contrôle le respect.

Parmi les documents versés dans cette catégorie, figurent les « notices » qui précisent la mise en œuvre d'un texte réglementaire, ainsi que les textes propres à la lutte contre le blanchiment que sont les « lignes directrices » et leurs « principes d'application sectoriels ». Plus ciblées encore, les « réponses aux questions » et les « positions » permettent à l'ACPR d'éclairer un point particulier du droit applicable, ce qu'elle fit par exemple à propos des ventes avec primes en assurance-vie¹⁰.

⁴ Règl. (UE) n° 1094/2010, 24 novembre 2010, art. 16.

⁵ Règl. (UE) n° 1094/2010, 24 novembre 2010, art. 10 et art. 15.

⁶ Règl. (UE) n° 1094/2010, 24 novembre 2010, art. 16 *ter*.

⁷ Règl. (UE) n° 1094/2010, 24 novembre 2010, art. 29.

⁸ V. P. Barban, Jcl. Droit bancaire et financier, fasc. 71, n° 6.

⁹ Disponible sur le site internet de l'ACPR.

¹⁰ ACPR, Position 2010-P-01, 4 novembre 2010.

En toute occurrence, ces textes ne doivent pas être compris comme ajoutant ou modifiant des obligations à la charge des professionnels concernés, dès lors que ces obligations découlent des sources de droit dur, principalement de la loi et des règlements.

D'autres normes ont une finalité technique et servent le contrôle structurel des organismes d'assurance. Sont principalement visées les « instructions » qui prescrivent à ces organismes les informations qu'ils doivent fournir à leur contrôleur sous peine de sanctions¹¹. Ces normes sont donc pourvues d'une force contraignante, quoique relative, dans la mesure où elles viennent compléter le pouvoir de contrôle légalement dévolu à l'ACPR¹².

Enfin, une troisième catégorie regroupe les normes à finalité éthique qui décrivent des comportements que les professionnels de la banque et de l'assurance sont incités à suivre dans les relations avec leur clientèle, notamment dans le cadre de leur démarche commerciale. A cette fin, l'ACPR est légalement investie du pouvoir de constater ou d'édicter des bonnes pratiques sous la forme de « recommandations », ou encore d'approuver totalement ou partiellement des « codes de bonne conduite » élaborés par des associations professionnelles¹³.

4. En marge de ces différents textes « nommés », la pratique normative de l'ACPR semble emprunter depuis quelques années un véhicule inattendu : le communiqué de presse. En dernier lieu, c'est à propos du démarchage téléphonique pratiqué en France depuis les pays tiers à l'Espace économique européen, que l'ACPR a publié sur son site un communiqué dont la portée interroge.

Dans ce communiqué du 15 septembre dernier, le superviseur affirme qu'un intermédiaire immatriculé à l'ORIAS peut solliciter les services d'une succursale établie dans un pays tiers, à condition toutefois que celle-ci ait « *pour objet principal d'exercer des activités à l'égard des clients résidant sur le territoire où elles sont situées* ». Par suite, elle enjoint notamment aux courtiers grossistes, en leur qualité d'animateurs de réseaux, de vérifier le respect de cette règle par leurs partenaires.

Sans discuter ici le fondement d'une telle injonction, le support utilisé vaut en revanche quelques remarques.

Certes, ici comme dans d'autres communiqués¹⁴, l'ACPR présente les mauvaises pratiques constatées lors de ses contrôles et rappelle aux intéressés les exigences qui leur sont applicables. Reste que ce rappel confine parfois à la formulation de bonnes pratiques qui mériteraient donc d'être exprimées dans un instrument dont c'est précisément la fonction, à savoir la recommandation (*cf. supra n° 3*).

Or, en s'affranchissant de cet outil idoine et de sa procédure d'élaboration, l'ACPR risque d'écorner l'effectivité de sa production normative. En effet, rappelons que cette effectivité tient essentiellement à la confiance que les assujettis placent en la parole de leur autorité (*cf. supra n° 1*). Or cette confiance est nourrie par l'association des destinataires de la norme à son élaboration. C'est ce qui fait du droit souple une « autorégulation dirigée », à rebours de l'unilatéralisme caractéristique du droit dur.

5. A travers cette remarque, l'on mesure la nécessité de vérifier la légalité des normes prises par l'ACPR.

¹¹ C. Mon. et Fin., art. L. 612-24, L. 612-25 et R. 612-21.

¹² V. P. Barban, Jcl. Droit bancaire et financier, fasc. 71, n° 15.

¹³ C. Mon. et Fin., art. L. 612-1, II, 3° et L. 612-29-1, al. 2.

¹⁴ Revue ACPR, n° 58, 18 avril 2023, p. 2.

Longtemps, au motif qu'elles ne créent ni droits ni obligations, les normes de droit souple ont été soustraites au contrôle de légalité par le juge de l'excès de pouvoir.

Ce n'est qu'en 2016 que le Conseil d'État a ouvert ce contrôle aux actes non décisifs des autorités administratives dès lors que ces actes « *sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* »¹⁵. Les hauts magistrats fondent donc ici la recevabilité du recours, non pas sur le contenu, mais sur les effets de l'acte, son incidence économique ou sa capacité à influencer le comportement de ses destinataires. En d'autres termes, s'il ne produit pas d'effets juridiques, un tel acte aboutit au même résultat : ses destinataires vont tendre à le respecter spontanément au seul motif qu'il émane de leur autorité tutélaire.

Lorsqu'en vertu de ces nouveaux critères, le recours pour excès de pouvoir est recevable¹⁶, les arrêts rendus par la suite précisent que le juge administratif doit examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes déferés « *en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* ». De quoi atténuer sensiblement le contrôle ordinaire de légalité auquel se livre le Conseil d'État puisque, dans le contrôle au fond (*i.e.* la légalité interne de l'acte), la prise en compte « *du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* » limite considérablement la teneur des vérifications entreprises par le juge.

6. C'est d'ailleurs ce que révèle un arrêt du 20 juin 2016 dans lequel le Conseil d'État se prononce sur la légalité d'une recommandation de l'ACPR sur les conventions de distribution des contrats d'assurance-vie¹⁷. Bien qu'à certains égards, cette recommandation semblait ajouter à la loi, le juge administratif a estimé que, tant sur la compétence du superviseur, que sur la conformité de la recommandation au Code des assurances¹⁸ et au principe de liberté contractuelle, le texte déferé était valable dans la mesure où il laissait aux entreprises concernées « *la faculté d'adopter d'autres pratiques qui préserveraient de façon équivalente les intérêts de leurs clients* ».

Il suffirait donc que le texte déferé ne crée pas *formellement* d'obligations contraignantes, qu'il recommande *littéralement* au lieu commander, pour qu'il soit jugé respectueux de la loi et des règlements. Autrement dit, pour peu que le langage utilisé soit incitatif, et non impératif, l'acte de droit souple est réputé conforme au droit dur, quand bien même il s'en écarterait par certaines de ses dispositions.

Cette jurisprudence libérale ne favorise sans doute pas le consentement à la *soft law* par les professionnels à qui elle est destinée.

7. Certes, il importe de rappeler l'utilité de la *soft law* dans la supervision des professionnels de l'assurance. Par son processus de construction, elle permet aux autorités qui l'émettent de réagir avec célérité et adaptabilité aux nécessités techniques et éthiques du secteur considéré.

A l'épreuve, il faut toutefois constater l'ambiguïté qu'entretiennent parfois les artisans de ce droit souple sur sa portée juridique. S'il n'est pas contraignant, dans quelle mesure ses destinataires peuvent-ils s'en écarter sans crainte d'être rappelés à l'ordre, voire sanctionnés ? Sauf à proclamer que toutes les normes se valent quelle qu'en soit la source, la distinction et l'articulation entre le droit souple et le droit dur mériteraient des éclaircissements à l'attention des intéressés pour qui elles demeurent bien souvent

¹⁵ CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH*, n° 368082 et *Société Numericable*, n° 390023.

¹⁶ Rappelons que cette recevabilité est également subordonnée aux traditionnelles conditions de tout recours contentieux que sont l'intérêt et le délai à agir.

¹⁷ CE, 20 juin 2016, n° 384297, préc.

¹⁸ C. Ass., art. L. 132-28, art. R. 132-5-1 et R. 132-5-2.

obscurer. Ainsi, pourquoi les recommandations émises par l'ACPR ne comprendraient-elles pas systématiquement des développements en ce sens ?

En tout état de cause, il faut admettre que la *soft law*, ce droit proposé et non imposé, est encore loin d'avoir livré tous ses mystères.