LES PRATIQUES PROCEDURALES INTERNATIONALES COMME PRODUIT DES CONTRAINTES ADMINISTRATIVES NATIONALES.

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LE *GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW* À PARTIR DE L'ÉLABORATION DES STANDARDS FINANCIERS INTERNATIONAUX

RÉGIS BISMUTH

Professeur à l'Université de Poitiers

Toute norme peut être examinée sous l'angle de sa légalité et celui de sa légitimité, deux facettes susceptibles de se chevaucher sans nécessairement coïncider. Sur un plan exclusivement formel, il est dès lors possible, d'une part, d'identifier une légalité externe de la norme (savoir si la règle a été adoptée par l'autorité compétente selon les procédures appropriées, et ce, indépendamment de son contenu matériel)[1] et, d'autre part, évaluer une légitimité externe de la norme (qui se rapporte à son mode d'élaboration et, entre autres, à la question de savoir si celui-ci est transparent et le fruit d'une délibération collective où l'ensemble des intérêts des parties prenantes – les *stakeholders* – sont dûment pris en considération ou ont eu, du moins, l'occasion de s'exprimer)[2].

La tendance actuelle des mécanismes de production normative dans les ordres juridiques internes est d'intégrer au sein des conditions de légalité externe des garanties cherchant à renforcer la légitimité externe des normes produites, ce qui traduit le passage d'un « droit imposé » par le souverain à un « droit négocié » entre l'autorité compétente d'édiction de la norme et ses destinataires ou personnes intéressées[3]. La force sous-jacente à cette tendance réside dans

---

[1] Sur la distinction entre la « légalité externe » et la « légalité interne » dans le contexte du contrôle de la légalité des actes administratifs, v. P.-L. FRIER & J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 5e éd., 2008, p. 471, n° 784 et s.

[2] C. HARLOW & R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 3rd ed., 2009, p. 290 (soulignant que « *[t]here is further a powerful demand for inclusive or participative procedures to ensure that all affected interests are allowed a 'voice', so underwriting the legitimacy of the agency's decisions* »).

[3] A cet égard, le Professeur Jacques Chevallier souligne qu'il convient désormais que « les destinataires [de la règle de droit] soient partie prenante à son élaboration : la concertation préalable, la participation à la définition de la règle devient la caution de son bien-fondé ; le droit devient ainsi

l'insuffisance (ou l'essoufflement) de la démocratie représentative qui ne parvient plus à générer et prendre en considération la diversité des points de vue et des compétences nécessaires afin de produire unilatéralement une régulation juridique efficace, pertinente et faisant autorité au-delà de sa force juridique obligatoire[4].

Cette tendance à l'ouverture, à la transparence et à la démocratisation accrue des processus de production normative identifiable au sein des ordres juridiques internes n'est cependant pas aisément transposable à l'ordre juridique international[5]. Ce serait un truisme de rappeler qu'il n'existe pas de constitution internationale listant l'ensemble des sources formelles du droit international et, si l'on se réfère au substitut qu'est l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il n'est fait aucunement mention de règles spécifiques relatives à la légitimité de leur processus de production. Les conditions de validité des deux principales sources formelles que sont les traités et le droit international coutumier n'en n'intègrent pas davantage[6]. Certes, il ne faut pas négliger l'influence de l'institutionnalisation des relations internationales sur l'objectivation de la négociation conventionnelle[7] ou sur la formation du droit international coutumier[8], mais si cette dynamique assure la transparence de la formation du droit international, elle reste essentiellement interétatique et ne correspond pas à celle qui anime l'évolution des processus de production normative en droit interne susceptibles d'associer toute partie prenante intéressée. De même, l'influence

un droit négocié, qui est le fruit d'une délibération collective. A la légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une légitimité procédurale, attestée par ses modes d'élaboration » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, p. 675). V. aussi, Philippe GÉRARD, François OST & Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 703 p. ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2e éd., 2004, p. 119 et s. ; C. HARLOW & R. RAWLINGS, *op. cit.* note 2, p. 170 et s.

[4] Comme le relève le Professeur Martine Lombard : « avec plus de force qu'hier, [la] démocratie, supposant d'abord la possibilité même d'un débat par le respect du pluralisme des opinions, ne se satisfait pas seulement de la liberté formelle d'expression mais suppose aussi la disponibilité même de l'information, la recherche pluraliste de la réalité des faits, leur analyse la plus objective possible, ce qui n'est pas le plus simple, ou au moins contradictoire. Celle-ci pourrait être d'autant mieux assurée que des organes indépendants du politique auront pu y contribuer » (M. LOMBARD, « Introduction générale », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, p. 5).

[5] Sauf à considérer, position désormais contestable, que les Etats soient tout à la fois auteurs et destinataires exclusifs des règles de droit international public.

[6] La Convention de Vienne sur le droit des traités autorise le recours à une procédure de conclusion en forme solennelle. Toutefois, une telle procédure ne vise pas à assurer la transparence du processus de négociation mais à permettre « aux autorités investies du *treaty making power* de vérifier si les plénipotentiaires n'ont pas outrepassé leurs instructions » P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh †)*, Paris, LGDJ, 2009, p. 154, n° 78). De même, l'article 102 de la Charte des Nations Unies précise que « [t]out traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui », mais il s'agit là d'une formalité qui, d'une part, ne concerne que la transparence du résultat de la négociation et pas du processus de négociation et, d'autre part, dont le non respect n'affecte que l'invocabilité de l'engagement devant les organes de l'ONU et non sa validité.

[7] Sur ces aspects, v. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.* note 6, p. 184, n° 100 et s.

[8] *Ibid.*, p. 368, n° 216.

croissante des ONG sur la négociation des engagements internationaux ou lors des conférences internationales n'est pas à négliger, mais leur implication reste variable et sporadique en fonction de la volonté des États de les y associer[9]. Leur participation ne constitue d'ailleurs aucunement une garantie de démocratisation de la production normative internationale[10]. Ainsi, les conditions de validité des normes internationales n'intègrent aucune condition relative à la légitimité de leur procédure de production et les quelques manifestations allant dans ce sens ne constituent qu'un mouvement partiel, présentant certainement un intérêt du point de vue sociologique mais qui, selon nous, n'a pas encore accédé à une forme de juridicité.

Cette indifférence de l'ordre juridique international à la légitimation par la procédure n'est cependant qu'apparente car les observations précédentes ne se rapportent qu'aux principales sources formelles du droit international et n'abordent pas les phénomènes normatifs internationaux dans leur globalité qui, la plupart, échappent à la matrice des sources classiques. Afin de démontrer que cette tendance à la légitimation par la procédure qui existe en droit interne tend également – quoique partiellement – à se développer à l'échelle internationale, l'on prendra appui sur des phénomènes normatifs internationaux dépourvus à l'origine de force juridique obligatoire et qui permettent ainsi de dissocier les questions de leur validité et de leur légitimité. L'intérêt est de mettre en perspective, dans le cadre de ce débat sur l'émergence d'un *Global Administrative Law*, que cette légitimation procédurale peut trouver son origine dans des contraintes juridiques relevant des droits administratifs nationaux.

Nous illustrerons cette tendance à travers l'activité normative d'instances internationales impliquées dans l'élaboration de standards financiers internationaux, et plus spécifiquement celle du Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire (CBCB), de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) et de l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance (AICA), institutions composées d'autorités de régulation financière nationales[11]. Il convient en premier lieu de présenter le contexte dans lequel se développe cette activité normative et les raisons pour lesquelles celle-ci présente un intérêt

[9] Pour une étude à connotation davantage sociologique, v. G. BRETON-LE GOFF, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant/Yvon Blais, 2001, p. 121 et s. Sur la participation des ONG à l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale, v. M. J. STRUETT, « NGOs, the International Criminal Court, and the Politics of Writing International Law », in I. F. DEKKER & W. G. WERNER (eds.), *Governance and International Legal Theory*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, p. 321 et s.

[10] K. ANDERSON, « The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society », *European Journal of International Law*, vol. 11, n° 1, 2000, p. 91 et s. L'auteur conclut son propos (p. 120) en soulignant que « *[e]ven within domestic society, civil society and its organizations are not themselves the "democratic process" ; they are part of the pressures brought to bear on the outcomes of the democratic process. Organizations of civil society are by their nature particular, and lack the ability to confer general legitimacy* ».

[11] Sur ces instances, v. R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Mondialisation et Droit International », xxii + 795 p.

certain au regard du *Global Administrative Law* (II.). Il sera alors possible de présenter les contraintes administratives nationales s'exerçant sur ces autorités de régulation lors de cette activité normative internationale (III.) et de montrer comment cette dernière a dû évoluer en réponse à ces impératifs nationaux (IV.). Ces analyses permettront de formuler quelques remarques conclusives sur la circulation des exigences procédurales nationales à l'échelon international (V.).

I. *GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW* ET PRODUCTION DES STANDARDS FINANCIERS INTERNATIONAUX

Parmi l'ensemble des phénomènes normatifs internationaux, ceux relatifs à la production de standards internationaux dans les domaines de la banque, des marchés financiers et de l'assurance apparaissent particulièrement pertinents afin de replacer cette quête de légitimation procédurale au sein du débat relatif au *Global Administrative Law*, et ce, pour plusieurs raisons :

D'un point de vue général, la question de la légitimation procédurale tant en ce qui concerne la prise de décisions individuelles qu'en matière de production normative fait indéniablement partie intégrante – et se place même au cœur – du débat sur le *Global Administrative Law*[12]. Les développements subséquents donneront cependant l'occasion de souligner ce qui, à notre sens, n'entre pas dans le cadre de ce débat, et principalement le développement de nouvelles formes de normativité internationale ne correspondant pas aux formes classiques du droit international public.

La production normative de ces instances de standardisation jouit d'une reconnaissance internationale (FMI, Banque Mondiale, G20, OMC, etc.)[13] et d'une situation de monopole dans les domaines de la banque, des marchés financiers et de l'assurance. Ces standards financiers ne sont pas concurrencés par ceux d'autres instances internationales comme dans d'autres secteurs[14]. Dès lors, il est difficile d'alléguer que cette légitimation procédurale répond à la

[12] Ainsi, pour les Professeurs Kingsbury et Krisch, la *Global Administrative Law* : « *encompasses the legal mechanisms, principles and practices, along with supporting social understandings, that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring these bodies meet adequate standards of transparency, consultation, participation, rationality and legality, and by providing effective review of the rules and decisions these bodies make* » ; B. KINGSBURY & N. KRISCH, « Introduction : Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order », *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, p. 4-5.

[13] Sur ces aspects, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 607 et s., n° 981 et s.

[14] A titre d'illustration, on peut mentionner la réaction de l'Office International des Épizooties (OIE) qui s'est montrée préoccupée par la prolifération de normes d'origine privée sur des domaines relevant de sa compétence. Le Comité international de l'OIE a en effet adopté en 2008 une résolution constatant « [q]ue les normes commerciales fixées par des sociétés privées sans implication directe des gouvernements interviennent de plus en plus dans le commerce international, et préoccupent la majorité des Membres de l'OIE » et a notamment décidé « [d]e confirmer les normes publiées par l'OIE dans le domaine du bien-être animal comme la norme de référence mondiale pour les Membres de l'OIE » (OIE, *Implication des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale*, Résolution n° XXXII adoptée par le Comité international de l'OIE le 29 mai 2008, [www.oie.int]).

nécessité de se démarquer d'autres processus de normatifs internationaux concurrents afin de rendre ces standards plus acceptables à leurs destinataires.

Plus spécifiquement, les instances internationales étudiées sont composées d'autorités de régulation indépendantes dotées de certains pouvoirs dans les ordres juridiques nationaux (pouvoir réglementaire, d'autorisation, d'enquête, de sanction, etc.) dont l'exercice est soumis à certaines contraintes procédurales. Il est dès lors intéressant d'examiner dans quelle mesure ces contraintes procédurales nationales (par exemple les procédures de consultation avec les acteurs privés dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir réglementaire) sont susceptibles de s'exercer à l'échelon international et ainsi faire émerger une pratique lors de la production de standards financiers internationaux. Cela constituerait une illustration de la façon par laquelle le *Global Administrative Law* serait susceptible de s'alimenter des règles et principes des droits administratifs nationaux. Ceci permet par ailleurs de mieux délimiter le champ d'étude du *Global Administrative Law*. Ces standards financiers pourraient se dénommer droit administratif global dans la mesure où il constitue le produit de l'activité internationale des autorités administratives nationales. Il semble cependant inapproprié de vouloir labéliser « *Global Administrative Law* » toutes les interactions entre administrations nationales. En effet, des processus de standardisation tels que ceux mis en œuvre par le Comité de Bâle, l'OICV et l'AICA reflètent davantage le développement de nouvelles formes de relations interétatiques et, en conséquent, l'émergence de nouvelles formes de normativité internationale. Le *Global Administrative Law* ne serait pas ici une manifestation de l'évolution du droit international public, mais ce serait davantage l'évolution des modes de formation du droit international public qui expliquerait le besoin de garanties procédurales ayant vocation à encadrer ces nouvelles formes de normativité internationale.

Plus subsidiairement sur cet aspect, le secteur financier constitue un objet d'étude intéressant dans le sens où les parties prenantes (privées ou publiques) qui sont les bénéficiaires des mécanismes de légitimation procédurale constituent une catégorie bien plus large que celle des ONG dont on a l'impression qu'elles constituent – parfois excessivement – l'unique horizon de légitimation ou de démocratisation[15].

Au-delà des points de convergence identifiés (composition d'autorités de régulation indépendantes soumises à des contraintes procédurales en droit interne), les principales instances de standardisation étudiées (CBCB, OICV et AICA) présentent des mécanismes de fonctionnement et des réponses aux contraintes ci-avant exposées suffisamment différents afin de montrer que ce *Global Administrative Law* constitue une évolution vers davantage de légitimation procédurale, mais que cette convergence ne saurait nécessairement se traduire par l'adoption de pratiques strictement identiques. Le *Global Administrative Law* ne serait dès lors non pas constituée par un ensemble de règles précises et identifiables mais refléterait davantage un ensemble de lignes directrices ou de standards de

[15] V. *supra* note 10.

comportement s'appliquant *de facto* ou *de jure* avec plus ou moins d'intensité en fonction des contraintes exercées ou perçues par chaque système.

C'est dans ce contexte qu'il apparaît nécessaire de mettre en relief les contraintes nationales s'exerçant sur les autorités de régulation lorsqu'elles participent à la production normative des instances de standardisation internationales[16].

II. LES CONTRAINTES ADMINISTRATIVES NATIONALES S'EXERÇANT SUR LES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Les autorités de régulation nationales jouent un rôle prépondérant dans le développement de la réglementation des activités financières. A l'échelon strictement national, elles disposent en règle générale d'un pouvoir réglementaire autonome, d'un pouvoir de recommandation permettant de fixer leur doctrine et qui joue un rôle très important en pratique, et de prérogatives leur permettant d'initier ou de participer à des réformes législatives relatives aux activités financières[17]. Il en est de même à l'échelon de l'UE où il serait à peine excessif de dire que les autorités de régulation nationales – via les anciens comités européens devenus depuis 2011 les Autorités européennes de surveillance – produisent directement le droit communautaire de la matière, lequel échappe de plus en plus aux instances européennes[18]. Les autorités de régulation nationales disposent ainsi d'un impact significatif sur les sources formelles du droit financier, ce dont elles usent afin de favoriser la transposition dans les droits nationaux et en droit européen des standards qui ont été négociés à l'échelon international au sein des instances de standardisation.

Ces processus réglementaires ou législatifs sont cependant soumis à certains impératifs procéduraux alors que les processus de standardisation internationaux ne sont encadrés par aucune règle de droit international et la seule procédure qui s'impose aux instances internationales n'est que celle que ces dernières ont bien voulu s'imposer à elles-mêmes. Il existe dès lors un risque que le processus de la négociation internationale ne coïncide pas avec ces procédures législatives ou réglementaires et que le produit de la négociation internationale soit imposé tel un fait accompli à l'échelon national. Ce sont davantage les risques relatifs au

[16] Seules les contraintes nationales sont ici analysées dans la mesure où celles-ci semblent exercer une influence significative sur les procédures internationales. Les contraintes internationales ne sont bien évidemment pas à négliger et l'on pourrait par exemple mettre en perspective l'apport des accords de l'OMC en qu'ils posent comme impératif une multilatéralisation de la production des standards internationaux et leur adoption par consensus afin que ces derniers soient reconnus comme pertinents par le droit de l'OMC. Sur cet aspect, v. R. BISMUTH, « Financial Sector Regulation and Financial Services Liberalization at the Crossroads : The Relevance of International Financial Standards in WTO Law », *Journal of World Trade*, vol. 44, n° 2, 2010, p. 489 et s.

[17] Sur l'impact normatif des autorités de régulation sur les droits nationaux, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 547 et s., n° 889 et s.

[18] Sur ces aspects européens, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 557 et s., n° 906 et s. v. aussi, E. L. CAMILLI, « Basel-Brussels One Way ? The EU in the Legalization Process of Basel Soft Law », in E. CHITI & B. G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law – Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 352 et s.

contournement des obligations procédurales pesant sur les autorités de régulation nationales dans le cadre de la mise en œuvre de leur pouvoir réglementaire qui retiennent ici l'attention.

Les autorités de régulation nationales peuvent être en effet soumises à certaines obligations procédurales lorsqu'elles ont recours à leur pouvoir réglementaire autonome. Il en existe principalement deux types : l'évaluation de l'impact économique de la réglementation projetée et la consultation des parties prenantes intéressées, et notamment des acteurs privés.

Les obligations d'évaluation de l'impact économique des nouvelles réglementations qui ont vocation à maintenir la compétitivité de la place financière se retrouvent par exemple en droit britannique. Ainsi, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire, la *Financial Services Authority* (FSA) doit réaliser une *cost benefit analysis*, notion qui apparaît au sein de nombreuses dispositions du *Financial Services and Markets Act* (FSMA) qui le définit comme « *an estimate of the costs together with an analysis of the benefits that will arise* »[19]. Plus largement l'exercice des missions de la FSA est encadré par un ensemble de principes relevant de l'efficience économique. Toute charge ou restriction imposée à une personne ou une activité doit être proportionnée[20] et la FSA doit exercer ses prérogatives dans un souci de maintien de la compétitivité du marché du Royaume-Uni au niveau international[21]. L'ensemble de ces dispositions relatives à l'évaluation de l'impact économique des réglementations[22] vise donc à assurer la rationalité et la proportionnalité de l'action de l'autorité de régulation dans le cadre de la mise en œuvre de son pouvoir réglementaire.

Les obligations de consultation qui s'imposent à certaines autorités de régulation, spécifiques à la *Financial Services Authority* dans le contexte britannique[23] ou s'appliquant généralement à tous les agences fédérales américaines telles que la *Securities & Exchange Commission*[24] dans le contexte

[19] V. Sections 65 § 11, 121§ 10, 155§10, 319§10, 330§10.

[20] FSMA, art. 2(3)(c)

[21] FSMA, art. 2(3)(e).

[22] Que l'on retrouve également dans le cadre américain, v. P.-H. CONAC, « L'autorité de régulation du marché financier américain : la *Securities and Exchange Commission* (SEC) », in *Annales de la régulation*, volume 1, Paris, LGDJ, 2006, p. 191.

[23] Sur les procédures de consultation s'imposant à la FSA britannique, v. FSMA, art. 155. Tel que le souligne un auteur, « *[w]hen the Financial Services Authority proposes to make any rules, it must first publish a draft accompanied by a cost-benefit analysis and an explanation of the purpose of the proposed rules and must invite representations on them. When the rules are published the Authority must also publish a general account of the representations received and its response to them ; differences must be justified by cost benefit analysis […]. In addition, the Authority is obliged to maintain effective arrangements for consulting practitioners and consumers on the extent to which its general policies and practices are consistent with its general duties, and to establish, and to consider representations by, a Practitioner Panel, and a Consumer Panel, to represent those interests* » ; T. PROSSER, « The Powers and Accountability of Agencies and Regulators », in D. FELDMAN (ed.), *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 321.

[24] L'*Administrative Procedure Act* requiert en effet que les agences fédérales publient au *Federal Register* une « *notice of proposed rule making* » et que celle-ci « *shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments*

américain par le biais de l'*Administrative Procedure Act*, posent quant à elles des problèmes structurels. Si les autorités de régulation nationales venaient à décider entre elles d'un standard international et le transposer en droit national sans se soumettre à ces obligations procédurales ou en vidant ces dernières de leur substance en ne permettant pas une consultation de bonne foi, elles s'exposent potentiellement à des recours juridictionnels qui pourraient être intentés par toute personne intéressée qui n'aurait pas eu l'occasion de participer au processus de consultation[25]. Les autorités nationales ne pouvaient ignorer ce risque contentieux, fût-il théorique, et se devaient de faire évoluer les processus de standardisation internationaux afin de les faire coïncider dans la mesure du possible avec les contraintes administratives nationales. C'est ce qu'elles se sont efforcées de faire en pratique depuis le milieu des années 1990, mais selon des modalités différentes.

La position des autorités de régulation nationales en devient d'autant plus délicate que la législation nationale peut leur imposer tout à la fois ces impératifs procéduraux et une obligation de prendre en considération les standards internationaux lorsqu'elles exercent leur pouvoir réglementaire. Ainsi le *Dodd-Franck Act*, réforme des services financiers adoptée aux États-Unis en 2010, habilite les autorités de régulation à exercer leur pouvoir réglementaire tout en précisant que celles-ci doivent « *prescribe regulations [...] taking into consideration relevant international standards* »[26] et que leurs règlements doivent « *reflect evolving [...] international standards* »[27]. Les autorités sont ainsi tiraillées entre deux exigences : respecter des impératifs procéduraux de consultation et d'évaluation de l'impact économique des réglementations projetées et tout à la fois fonder cette réglementation sur des standards internationaux pour lesquels il n'existe à l'origine aucun impératif procédural.

S'il n'y a eu, à notre connaissance, aucun recours juridictionnel à l'encontre d'une autorité de régulation financière dans cette configuration, cela ne signifie pas pour autant qu'aucune tension n'ait été générée par le contournement de ces procédures administratives nationales. Ainsi, lors de l'adoption du premier accord de Bâle sur les fonds propres (aussi appelé *Ratio Cooke* du nom du président du Comité de Bâle de l'époque), les autorités de régulation bancaire américaines n'ont fait circuler l'accord au titre de l'*Administrative Procedure Act* qu'au mois de décembre 1988 alors que l'accord avait été entériné au sein du Comité au mois de juillet de la même année. Selon les autorités américaines, la consultation ne pouvait aucunement porter sur le contenu de l'accord mais seulement sur les modalités de sa mise en œuvre ce qui avait pour effet de vider de sa substance la procédure de consultation. Cet épisode a d'ailleurs été analysé

with or without opportunity for oral presentation » (v. 5 USC 553). Sur ces aspects, v. aussi C. W. COPELAND, *Rulemaking Requirements and Authorities in the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Congressional Research Service, 3 novembre 2010, p. 18 et s.

[25] D. ZARING, « Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration », *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n° 2, 2005, p. 574.

[26] *Dodd-Frank Act*, Section 805(a)(1), Section 805 (a)(2)(A).

[27] *Dodd-Frank Act*, Section 763-3C(i).

comme une forme de détournement du processus de standardisation international par les autorités de régulation américaines afin d'imposer ces nouvelles normes prudentielles aux banques nationales qui avaient manifesté en amont leurs réticences à un renforcement de leur régulation prudentielle[28].

On peut également rajouter que certaines autorités de régulation nationales qui ne sont pas soumises à de telles obligations procédurales s'y soumettent d'elles-mêmes, telle que l'AMF qui mène systématiquement des « consultations de place » lorsqu'elle entreprend des révisions de son règlement général[29]. S'il n'existe pas de risque contentieux dans cette situation, l'habitude prise par les acteurs d'être associés au processus de décision du régulateur génère une coutume institutionnelle dont le non-respect – par exemple en imposant directement un standard international – serait susceptible de générer une atmosphère de défiance vis-à-vis de l'autorité dont l'une des caractéristiques est de nouer une relation spéciale avec le secteur régulé[30]. C'est aussi à l'aune de ces contraintes plus politiques que juridiques que peuvent s'expliquer les évolutions significatives dans la pratique de ces instances de standardisation.

III. L'ÉVOLUTION DES PROCESSUS NORMATIFS INTERNATIONAUX

Les instances de standardisation ont depuis la fin des années 1990 pris des initiatives afin d'assurer la transparence de leur processus normatif et de donner la possibilité aux parties intéressées de participer à l'élaboration des standards internationaux. Cette évolution s'est néanmoins réalisée selon des modalités différenciées, propres au Comité de Bâle (A.), à l'OICV (B.) et à l'AICA (C.).

A. Au sein du Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire (CBCB)

Avant de préciser dans quelle mesure les procédures du Comité de Bâle ont évolué, il convient de revenir sur certaines des caractéristiques de cette instance. Ce comité a été créé en 1974 sous les auspices de la Banque des Règlements Internationaux. Sa composition s'est longtemps principalement limitée aux autorités de régulation bancaire des Etats du G10, mais elle s'est élargie en 2009 à 27 Etats, notamment afin d'intégrer les membres du G20[31]. Sa composition s'adapte aux modèles de régulation des Etats qui en sont membres : la France est ainsi représentée par sa banque centrale et l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP), l'Italie par sa seule banque centrale et les Etats-Unis par quatre instances fédérales et la *Federal Reserve Bank of New York*. La principale singularité de cette instance tient à son caractère informel. Le Comité de Bâle n'a en effet

[28] Sur ces aspects, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 484, n° 782 ; D. ZARING, *op. cit.* note 25, p. 574 ; P. COOKE, « International Convergence of Capital Adequacy Measurement and Standards », in *The Future of Financial Systems and Services. Essays in Honour of Jack Revell*, London, Macmillan, 1990, p. 325.

[29] L'ensemble des consultations de place entreprises par l'AMF sont accessible sur son site internet : [www.amf-france.org].

[30] M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'Économie Financière*, n° 60, 2000, p. 70 et s.

[31] Sur la composition du Comité de Bâle, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 279 et s., n° 411 et s.

depuis 1974 aucune existence juridique et n'opère que grâce à la BRI qui lui offre un hébergement institutionnel et finance ses activités. Cette absence de cadre juridique (il n'existe par exemple aucun acte constitutif du Comité de Bâle) explique très naturellement l'absence de procédure formelle d'élaboration de ses standards financiers, la seule procédure identifiable étant celle que l'on peut déduire de la pratique institutionnelle qui s'est forgée depuis 1974.

Alors qu'il avait longtemps limité l'accès à ses travaux aux seules autorités de régulation bancaire qui en sont membres, le Comité de Bâle a, dès le début des années 1990, pris l'initiative de rendre son fonctionnement plus transparent, l'objectif affiché initial étant de bénéficier de l'apport des professionnels du secteur. Il souligne ainsi en 1993 dans l'une de ses propositions « [que] ses délibérations internes ne peuvent progresser sans le bénéfice des réactions des acteurs des marchés »[32], que le temps est « venu de consulter le marché sur les méthodologies envisagées pour mener à bien cette tâche »[33], et qu'il « sollicite tous commentaires sur les propositions »[34]. De telles initiatives n'ont cependant été qu'épisodiques et ce n'est qu'à partir de la fin des années 1990 qu'elles se systématisent[35]. La procédure d'élaboration de l'accord de Bâle II en est une illustration très frappante.

Dès le début des négociations sur l'accord de Bâle II, le Comité a publié en 1999 un premier document consultatif ouvrant une période de près de 10 mois pour collecter les différents commentaires. Le Comité y souligne qu'il « explorera [...] de nouvelles voies pour permettre au dispositif de mieux refléter les risques et sollicite des commentaires sur la meilleure façon de procéder [et] invite toutes les parties intéressées à faire part de leurs observations »[36]. Suite à cette invitation, le Comité a été submergé par plus de 200 commentaires, notamment d'institutions bancaires et d'associations professionnelles[37]. Deux autres documents consultatifs ont été par la suite publiés en 2001 et 2003[38], lesquels ont suscité près de 400 commentaires provenant d'horizons bien plus divers puisque des gouvernements, organisations internationales et universitaires

[32] CBCB, *Traitement prudentiel des risques de marché. Propositions soumises à consultation du Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire*, avril 1993, p. 2, n° 6, [www.bis.org].
[33] *Ibid.*, p. 2, n° 4.
[34] *Ibid.*, p. 2, n° 5.
[35] On peut aussi relever que le Comité de Bâle a conduit des études d'impact susceptibles de correspondre aux obligations d'évaluation de l'impact économique des nouvelles réglementations auxquelles sont soumises certaines autorités de régulation nationales. Ce fut notamment le cas dans le cadre de la négociation de l'accord de Bâle II (sur ces études d'impact dans le cadre de la négociation de l'accord de Bâle II, v. D. K. TARULLO, *Banking on Basel – The Future of International Financial Regulation*, Washington DC, Peterson Institute for International Economics, 2008, p. 160) et plus récemment de Bâle III (CBCB, *Results of the Comprehensive Quantitative Impact Study*, décembre 2010, [www.bis.org]).
[36] CBCB, *Un nouveau dispositif d'adéquation des fonds propres. Document soumis à consultation publié par le Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire*, juin 1999, p. 3-4, n° 12-13, [www.bis.org].
[37] M. S. BARR & G. P. MILLER, « Global Administrative Law : The View From Basel », *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, p. 24.
[38] CBCB, *The new Basel capital accord. Consultative document*, janvier 2001, [www.bis.org] ; CBCB, *Nouvel accord de Bâle sur les fonds propres. Document soumis à consultation*, avril 2003, [www.bis.org].

ont pris part à ce processus[39]. Le Comité de Bâle a d'ailleurs rendu public l'ensemble des commentaires reçus en les publiant sur son site internet. Le Comité s'est montré très réceptif aux préoccupations qui ont été soulevées lors de ses consultations et le texte a été de nombreuses fois « profondément remanié pour tenir compte des principales observations »[40]. Le produit final de la négociation précise d'ailleurs que le Comité a « bénéficié grandement des contacts fréquents qu'il a eus avec la profession et espère un approfondissement du dialogue », et qu'il compte, à l'avenir, « tenir la profession informée de son programme de travail futur »[41]. Le Comité s'est tenu à cet engagement et, depuis la négociation de l'accord de Bâle II, a systématiquement sollicité des commentaires du public pour chacun de ses travaux[42].

Il peut sembler aventureux d'expliquer l'évolution de la procédure d'élaboration des standards du Comité de Bâle par les seules contraintes administratives nationales. Il n'en reste pas moins que celui a eu l'occasion de reconnaître, tel qu'il l'a fait lors du troisième et dernier tour de consultation lors de la négociation de l'accord de Bâle II, « *the importance of national rulemaking processes underway in several jurisdictions and that it will need to consider the outcome of these national processes within this timeframe* »[43].

B. Au sein de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV)

A l'inverse du Comité de Bâle, l'OICV dispose d'une personnalité juridique propre puisqu'elle a été constitué par les autorités de régulation financières qui en sont membres sous la forme d'une association de droit privé espagnol[44]. Elle s'en distingue aussi par sa composition qui est ouverte sur une base multilatérale puisque toute autorité de régulation nationale peut devenir membre ordinaire de l'organisation. Ces différences avec le Comité de Bâle sont néanmoins à relativiser. En effet, les principaux organes de l'OICV chargés d'élaborer les standards financiers sont contrôlés par les autorités de régulation provenant des principaux membres du G20[45] et l'existence d'une personnalité juridique ne garantit pas la transparence de son fonctionnement puisque, illustration éloquente, cette organisation n'a jamais rendu public son acte constitutif[46]. C'est donc essentiellement à partir de la pratique institutionnelle de l'OICV qu'il est possible de dégager certains des éléments relatifs à la procédure d'élaboration

[39] M. S. BARR & G. P. MILLER, *op. cit.* note 37, p. 25.
[40] A. DUCHÂTEAU, « Construction internationale des normes comptables et prudentielles », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les banques entre droit et économie*, Paris, LGDJ, 2006, p. 299.
[41] CBCB, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres. Dispositif révisé*, juin 2004, p. 3, n° 15, [www.bis.org].
[42] Pour un recensement, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 491, n° 797, note 2331.
[43] CBCB, *Basel II : Significant progress on major issues*, Press release, 11 octobre 2003, [www.bis.org].
[44] Sur ces aspects, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 324 et s., n° 491 et s.
[45] *Ibid.*, n° 458.
[46] Les statuts de l'OICV ne sont en effet pas accessibles au public. On en trouve quelques courtes références au sein des rapports annuels publiés par l'Organisation.

des standards de l'organisation et les mécanismes de consultation qui ont été mis en œuvre dans ce cadre.

A l'instar du Comité de Bâle, l'OICV a en premier lieu au début des années 2000 décidé de consulter de façon informelle le public sur ses différents projets[47]. L'organisation a néanmoins choisi par la suite de formaliser ce processus en adoptant un document intitulé « *IOSCO Consultation Policy And Procedure* »[48] qui a d'ailleurs été présenté par un ancien commissaire de la *Securities and Exchange Commission* comme le prolongement, à l'échelle internationale, des procédures de consultation existantes au Royaume-Uni dans le cadre de l'article 155 du *Financial Services and Markets Act* de 2005 et aux États-Unis dans le cadre de l'*Administrative Procedure Act*[49]. L'OICV a même organisé une procédure de consultation sur la première version de cet instrument[50], laquelle a suscité plusieurs commentaires, notamment d'associations professionnelles qui ont dans l'ensemble salué l'initiative tout en demandant à être associées plus en amont à la politique normative de l'organisation[51].

Au-delà de ces quelques critiques, il est intéressant de relever que ce processus de consultation présente de nombreuses similarités avec les procédures nationales. En effet, en premier lieu, l'OICV relève que l'un des objectifs de cette nouvelle politique est « *[t]o obtain information and views on the potential impact, benefits and costs of any proposed standards and principles* »[52], ce qui n'est pas éloigné des impératifs pesant sur les autorités de régulation nationales de conduire une analyse *coûts/avantages*. En second lieu, au-delà des modalités pratiques de la consultation, l'OICV s'impose à travers ces procédures une obligation générale de tenir compte des commentaires qui ont été reçus. L'instrument relève d'ailleurs à cet égard : « *IOSCO will take comments into account in framing Final Reports and will provide a summary explanation of the manner in which public comments have been addressed or the reasons why they have not been addressed in a memorandum accompanying Final Reports* »[53]. Cela n'est pas sans rappeler l'obligation pesant sur la *Financial Services Authority* britannique selon laquelle « *[i]f the Authority makes the proposed*

[47] V. par exemple les consultations organisées dans le cadre de l'élaboration de la première version de son code de conduite destiné aux agences de notation ; OICV, *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies – A Consultation Report of the Chairmen's Task Force of the Technical Committee of IOSCO*, IOSCOPD173, octobre 2004, [www.iosco.org].

[48] OICV, *IOSCO Consultation Policy and Procedure*, IOSCOPD197, avril 2005, [www.iosco.org].

[49] E. FLEISHMAN, « Consult Nations », *The Lawyer*, 4 juillet 2005, p. 29.

[50] OICV, *IOSCO Consultation Policy and Procedures – Consultation Report from IOSCO*, IOSCOPD175, novembre 2004, [www.iosco.org].

[51] Les commentaires reçus par l'OICV dans le cadre de cette consultation ont été publiés au sein du document suivant : OICV, *Public Comments received on IOSCO's Draft Consultation Policy and Procedures*, IOSCOPD191, février 2005, [www.iosco.org]. Parmi les commentaires reçus, v. (p. 6) les remarques de l'association professionnelle *Assogestioni* indiquant que « *the Consultation Policy and Procedure appear to be drafted with the aim of favouring industry and public contribution to initiative promoted by the IOSCO while leaving relative little room to formally gather input coming proactively from the industry. [...] [A] provision should be included to allow for contributions to be made to the content of the agenda of IOSCO [...]* ».

[52] OICV, *op. cit.* note 48.

[53] *Ibid.*

rules, it must publish an account, in general terms, of (a) the representations made to it [...] ; and (b) its response to them »[54].

L'OICV s'est ainsi efforcée de démocratiser sa procédure d'élaboration des standards selon des modalités qui mettent en perspective un parallélisme avec les procédures administratives nationales. Il est ici important de souligner que, à l'instar du Comité de Bâle, toute personne s'estimant intéressée peut participer directement aux procédures de consultation qui sont organisées par l'OICV. C'est ce qui distingue justement ces deux organisations de l'AICA, laquelle limite drastiquement l'accès aux procédures de consultation dans le cadre de l'élaboration de ses standards financiers.

C. Au sein de l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance (AICA)

Au premier abord, tout semble rapprocher l'AICA de l'OICV. En effet, toutes deux, à l'inverse du Comité de Bâle, disposent d'une personnalité juridique propre et sont constituées sous la forme d'une association de droit privé[55]. Elles sont aussi toutes deux ouvertes aux autorités de régulation de tous les Etats[56]. Ces ressemblances quant à la forme juridique et la structure ne doivent cependant pas éclipser le fait que, en dépit des bonnes intentions affichées par l'association, le processus d'élaboration des standards de l'AICA reste très opaque et permet de soulever de sérieuses interrogations afférentes à la gouvernance de cette association.

Lors de sa création en 1993, l'AICA n'était composée que d'autorités nationales ayant une mission de régulation dans le secteur de l'assurance. Les statuts de l'association ont cependant fait l'objet d'un amendement en 1999 afin de créer un statut d'observateur qui était accessible à d'autres catégories d'acteurs privés ou publics, nationaux ou internationaux. Cependant, leurs prérogatives restaient particulièrement limitées puisqu'ils étaient dépourvus de droit de vote et que leur participation se limitait à assister aux conférences et assemblées générales à obtenir un rapport annuel de l'association[57]. C'est dans ce contexte que l'AICA a pris l'initiative d'associer davantage ses observateurs à ses travaux, notamment en leur permettant de partager leurs impressions sur les projets de standards développés par l'association[58]. Cette participation des

[54] FSMA, art. 155(5).

[55] L'AICA est constituée sous la forme d'une association de droit privé suisse et est hébergée par la Banque de Règlements Internationaux. Sur l'AICA, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 291 et s., n° 431 et s.

[56] Même si, à l'instar de l'OICV, les organes chargés d'élaborer la politique normative de l'association comprennent essentiellement les autorités de régulation provenant des Etats membres du G20. Sur ces aspect, v. *ibid.*, n° 458.

[57] AICA, *International Association of Insurance Supervisors By-Laws*, 1999, art. 16 (Approuvés le 8 décembre 1999 à la sixième conférence annuelle). Cette version des statuts de l'AICA n'est plus disponible sur le site internet de l'association.

[58] Un rapport annuel de l'AICA souligne à cet égard que « *their opinions are actively sought when new principles and standards are being developed either by inviting observers to attend working party meetings or asking for written feedback on draft papers* » ; AICA, *Annual Report 2002-2003*,

observateurs se réalisait cependant sur une base informelle que l'AICA a entrepris par la suite d'organiser. Cela s'est traduit en premier lieu par l'adoption en 2004 d'un amendement aux statuts de l'association insérant la disposition suivante : « *The Association will operate in an open and transparent manner setting an appropriate example of transparency, administrative due process and governance, while maintaining the ability for supervisors to exchange information in confidence. In the development of the Association's medium- and long-term strategic plans, principles, standards and guidance, the Association will consult widely amongst its members and observers and make its consultation procedures transparent* »[59].

Ces bonnes intentions désormais inscrites dans le marbre des statuts de l'AICA, cette dernière a également adopté en 2005 un instrument – le *Policy Statement on the Scope of Observers' Participation* – qui précise la façon par laquelle doit être administrée la participation des observateurs dans la vie sociale de l'AICA, et notamment dans le processus d'élaboration des standards financiers. Il est ironique de remarquer que cet instrument sensé assurer un fonctionnement plus transparent de l'association n'a longtemps pas été rendu public par l'AICA. Cette dernière n'en a publié une version modifiée qu'en mai 2011. Cet instrument, à l'instar de celui adopté par l'OICV et des règles nationales, met en exergue le souci de l'AICA d'évaluer l'impact de sa politique normative puisqu'il y est indiqué que « *IAIS standard setting material should be adopted after taking into account their potential effect on the industry, policyholders, consumers and other stakeholders* »[60] mais également de tenir compte des commentaires reçus de la part des observateurs, cet instrument notant en effet que « *[a]ll comments received should be carefully considered and analysed. In order to ensure transparency, the working party will provide a summary and collation of comments received and how they have been actually resolved to Members and Observers* »[61].

Toutefois, l'accès aux procédures de consultation mises en place par l'AICA est limité aux seuls observateurs et la pratique institutionnelle de l'association indique clairement que celles-ci ne sont pas accessibles à toute personne intéressée tel que c'est le cas pour le Comité de Bâle ou l'OICV. *A priori*, cette limitation pourrait être interprétée comme permettant de mieux administrer les processus de consultation en associant à long terme les personnes intéressées par l'activité normative de l'AICA. Cette perspective est d'autant plus envisageable qu'une très large palette d'acteurs est éligible au statut d'observateur. On retrouve d'ailleurs parmi les observateurs actuels des entreprises d'assurance et de réassurance, des associations professionnelles, des *think tanks*, des cabinets

p. 23, [www.iaisweb.org].

[59] AICA, *International Association of Insurance Supervisors By-Laws*, 2004, art. 2(3) (Approuvés le 7 octobre 2004 à la onzième conférence annuelle). Cette disposition est toujours présente dans les derniers statuts de l'association qui ont été adoptés en 2010.

[60] AICA, *Policy Statement on the Scope of Observers' Participation in IAIS Activities*, 11 mai 2011, [http://www.iaisweb.org].

[61] *Ibid.*

d'audit et des agences de notation[62]. Toutefois, l'AICA a choisi de subordonner l'obtention du statut d'observateur au paiement d'une cotisation substantielle qui s'élevait pour l'année 2011 à 16,500 francs suisses[63]. D'ailleurs, les cotisations versées par les observateurs représentent environ 30% des ressources totales de l'association[64]. S'il est envisageable d'expliquer cette limitation aux seuls observateurs en mettant en perspective que les impératifs nationaux sont moins contraignants pour le secteur de l'assurance que ceux de la banque et des marchés financiers[65], par ce choix, l'AICA s'expose non seulement au risque de voir sa politique normative influencée par des intérêts privés mais aussi à celui de se priver de l'apport de personnes ou d'institutions souhaitant participer aux processus de consultation mais ne disposant pas des ressources nécessaires afin de prétendre au statut d'observateur, telles que des associations de consommateurs, des centres de recherche ou des universitaires.

L'AICA offre ainsi un visage contrasté dans la mesure où il s'agit de la seule instance de standardisation à avoir inscrit dans le marbre de ses statuts cet engagement à assurer la transparence de son fonctionnement et à se conformer à ce qu'elle désigne comme un *administrative due process* alors qu'il apparaît en pratique, à travers la limitation de l'accès des consultations aux seuls observateurs desquels l'AICA tire une part substantielle de ses revenus, que la mise en œuvre de ces bonne résolutions reste décevante en comparaison avec les initiatives entreprises par l'OICV et le Comité de Bâle. En dépit de ce point faible dans la procédure d'élaboration des standards de l'AICA, il n'en reste pas moins que l'on y retrouve les deux axes précédemment mis en relief : la proportionnalité de l'action normative par la prise en compte de l'impact économique des standards projetés et l'exigence de consulter de bonne foi les parties intéressées.

[62] La liste des observateurs de l'AICA est accessible sur son site internet : [http://www.iaisweb.org].

[63] AICA, *Observership Application Form*, 2011, [http://www.iaisweb.org].

[64] Le dernier rapport annuel de l'AICA indique que les cotisations des observateurs s'élevaient à 1.611.000 francs suisses et l'ensemble des produits annuels à 5.842.377 francs suisses ; AICA, *Annual Report 2009-2010*, p. 25, [www.iaisweb.org].

[65] En effet, la régulation du secteur de l'assurance ne relève pas aux Etats-Unis d'une agence fédérale mais de chacun des Etats fédérés qui disposent d'un *State Commissionner of Insurance*. Il y a eu certes une légère évolution depuis la création du *Federal Insurance Office* par le *Dodd-Franck Act* de 2010, mais cette autorité fédérale ne dispose que de pouvoirs très limités. Le *Federal Insurance Office* a essentiellement une mission générale d'observation des activités d'assurance et d'identification des risques dans ce secteur. Ses compétences sont très limitées et il n'a, par exemple, la possibilité de préempter une réglementation des Etats que dans la mesure où elle introduit une discrimination entre entreprises d'assurance étrangères et nationales (*Dodd-Frank Act*, Section 313(f)(1)). Dès lors, la transposition des standards internationaux au sein des Etats fédérés passe par la mise en œuvre d'un pouvoir réglementaire qui n'est pas soumis aux exigences de transparence et de participation du *Administrative Procedure Act*. Cela ne signifie pas pour autant que les autorités relevant des Etats fédérés ne soient pas soumises à des exigences équivalentes à l'*Administrative Procedure Act*. En effet, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, instance regroupant des représentants nommés par chaque Etat fédéré et dont le rôle est de promouvoir une harmonisation ou uniformisation des législations des Etats fédérés, a adopté en 1981 un *Model State Administrative Procedure Act* qui a été d'ailleurs révisé en 2010 et qui comprend des dispositions similaires à celles de l'*Administrative Procedure Act* en matière d'exercice du pouvoir réglementaire. Les travaux de cette instance sont disponibles sur son site internet : [http://www.nccusl.org].

IV. REMARQUES CONCLUSIVES

Ce rapide aperçu de l'évolution des procédures d'élaboration des standards financiers internationaux permet de tirer plusieurs enseignements sur la diffusion des contraintes administratives nationales à l'échelon international (A.). Cette évolution ne résout pas pour autant l'ensemble des problèmes liés à cette activité normative internationale, et notamment ceux relatifs au contournement des processus législatifs nationaux ou régionaux (B.).

A. La diffusion *bottom-up* et *top-down* des contraintes administratives nationales

La diffusion des impératifs procéduraux nationaux à l'échelon international reflète un premier mouvement *bottom-up* par lequel les meilleures pratiques nationales, ou du moins les plus exigeantes, ont tendance à venir se calquer sur les processus internationaux. Dès lors, l'existence d'impératifs pesant sur les autorités de régulation et visant à améliorer leur contrôle démocratique – ou plus largement leur *accountability*[66] – au niveau national ont également ont pour effet de renforcer ce même contrôle des instances internationales composées par ces autorités de régulation nationales.

La circulation de ces contraintes administratives à l'échelle internationale implique aussi que celles-ci bénéficient indirectement aux personnes ou entités relevant de juridictions qui n'intègrent pas de tels impératifs en droit national. Cela induit par ricochet un second mouvement de diffusion *top-down* par lequel toutes les parties prenantes ont désormais la possibilité de participer directement aux processus de consultation mis en œuvre à l'échelon international sans passer par le filtre des autorités de régulation nationales et de droits nationaux moins avantageux.

Cette évolution vers plus de transparence – à intensité variable selon les instances – a non seulement permis aux acteurs privés de participer aux processus d'élaboration des standards internationaux mais a également suscité l'intérêt d'autres parties intéressées, et notamment des autorités politiques nationales qui s'en sont senties exclues.

B. Le contournement des processus démocratiques nationaux et régionaux

En ouvrant la procédure d'élaboration des standards financiers, le Comité de Bâle, l'OICV et l'AICA avaient surtout à l'esprit l'objectif d'assurer une participation efficace des acteurs privés. Cependant, au-delà des contraintes relatives au respect des procédures administratives nationales, d'autres pressions se sont exercées sur les instances internationales de standardisation, et notamment celles de certaines autorités politiques nationales (ou régionales dans le contexte de l'UE) qui refusaient également de se trouver devant le fait

[66] Sur cette notion, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 474 et s., n° 762 et s.

accompli une fois le standard international adopté et proposé pour transposition par la voie législative en droit interne ou en droit européen. Ces dernières ont ainsi cherché à exercer une forme de contrôle sur ce qu'elles estiment constituer des réseaux de régulateurs opaques dont le fonctionnement permet, dans les faits, de court-circuiter les processus démocratiques nationaux[67].

Ces risques se sont notamment manifestés lors de la négociation des accords de Bâle II et de Bâle III en matière de fonds propres. L'autorité de régulation allemande, la BaFin avait ainsi été ouvertement critiquée par le gouvernement allemand pour avoir négocié de façon isolée l'accord de Bâle II sans y associer les autorités gouvernementales[68]. L'ancien Chancelier allemand Gerhard Schroeder avait d'ailleurs ouvertement critiqué un projet d'accord qu'il estimait être particulièrement désavantageux pour le financement des PME et avait même indiqué qu'il s'opposerait à toute directive européenne transposant cet accord[69]. Le Parlement européen a également manifesté une opposition similaire à ce processus sur lequel il n'avait pas d'emprise et a dans ce contexte adopté une résolution lors de la négociation de l'accord de Bâle II dans laquelle il « regrette que l'accord de Bâle et d'autres accords internationaux fixant le cadre de la législation au niveau de l'UE soient élaborés en dehors de tout mandat démocratique ainsi que du contrôle du Parlement européen »[70] et par laquelle il « estime que des questions d'une telle portée politique ne peuvent plus à l'avenir être tranchées exclusivement par des groupes d'experts »[71]. Des critiques similaires ont été formulées par le Parlement européen lors de la récente négociation de l'accord de Bâle III qui dans une résolution a rappelé qu'il était « nécessaire que le Parlement, institution européenne élue démocratiquement, participe aux négociations, et presse la Commission et le comité de Bâle de prendre les mesures qui s'imposent afin de l'y associer sur une base permanente »[72]. Les risques de contournement des processus démocratiques

[67] Les autorités de régulation qui participent aux travaux de ces instances internationales jouissent en règle générale *de jure* d'un statut et de moyens en droit interne qui visent à assurer leur indépendance vis-à-vis du pouvoir politique et des milieux réglementés (sur les différentes dimensions de l'indépendance des autorités de régulation, v. R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 150 et s., n° 219 et s.). Ils bénéficient également *de facto* d'une telle indépendance dans la conduite de leurs activités menées à l'échelon international au sein de ces instances de standardisation. Ces autorités de régulation peuvent ainsi négocier à l'échelle internationale des standards internationaux qu'elles présentent pour transposition dans les ordres juridiques internes. Il est dans cette situation très difficile de remettre en question au niveau national le contenu de la négociation internationale souvent longue, fastidieuse et portant sur des sujets nécessitant une certaine expertise technique. En présentant la norme internationale comme un *fait accompli* et le produit d'une longue négociation internationale dont il est impossible de discuter le contenu au niveau national, le processus de standardisation internationale peut dès lors apparaître comme un court-circuitage des procédures démocratique internes.

[68] S. HANDKE, « Yes, We Can (Control Them) ! – Regulatory Agencies : Trustees or Agents ? », *Gottingen Journal of International Law*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 125-126

[69] R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 512-513, n° 835.

[70] Résolution du Parlement européen sur l'adéquation des fonds propres des banques (Bâle II (2001/2257(INI)) du 2 septembre 2003, P5_TA(2003)0358, *JOUE*, 25 mars 2004, C 76 E/104, n° 4.

[71] *Ibid.*

[72] Résolution du Parlement européen du 7 octobre 2010 sur Bâle II et la révision des directives sur les exigences de fonds propres (CRD 4), 2010/2074(INI), n° 15.

nationaux ou régionaux laissent ainsi clairement apparaître qu'une simple consultation des parlements ou gouvernements dans le cadre du processus d'élaboration des standards financiers n'est pas suffisante, ces autorités politiques désirant participer au processus de décision.

Au-delà de ces oppositions sporadiques à certains standards financiers, les autorités nationales ont souhaité améliorer le contrôle de l'activité internationale de leurs autorités de régulation afin d'assurer la cohérence de leur action et d'éviter les incidents de la négociation de l'accord de Bâle II où il a été fait grief à la BaFin allemande d'avoir négocié de façon isolée et aux multiples autorités américaines membres du Comité de Bâle d'avoir rencontré des difficultés afin de dégager une position commune[73]. C'est ainsi que la réforme américaine de juillet 2010 par le biais du *Dodd-Franck Act* a créé une nouvelle instance, le *Financial Stability Oversight Council*, présidé par le *Secretary of Treasury* et comprenant les principales autorités de régulation américaines (*Federal Reserve*, OCC, FDIC, SEC, CFTC, etc.)[74]. Cette nouvelle instance a notamment pour mission de coordonner leur activité internationale et de « *monitor domestic and international financial regulatory proposals and developments, including insurance and accounting issues* »[75], ce qui constitue un vecteur de contrôle important des initiatives menées par les autorités de régulation au sein des instances internationales de standardisation.

La récente négociation de l'accord de Bâle III a également montré une autre exploitation possible des autorités politiques nationales afin de donner plus d'écho aux acteurs privés. Certaines catégories d'établissements financiers se sont estimées désavantagées par le projet de nouvel accord et insuffisamment entendues par le Comité de Bâle à cet égard. La plupart d'entre elles ont alors fait part de leurs inquiétudes à leurs parlementaires et de nombreux députés français se sont enquis de l'évolution des négociations de l'accord de Bâle III auprès du gouvernement alors qu'ils avaient été particulièrement timides lors de la négociation du précédent accord[76].

Les autorités de régulation nationales doivent ainsi désormais composer avec de nouvelles formes de contrôle à l'échelon national de leurs activités internationales. Ces nouvelles contraintes affectant les instances de standardisation, qui ont certainement vocation à se développer et à se consolider à l'avenir, ne doivent pas éclipser l'existence de contraintes internationales affectant les processus de production des standards internationaux, telles que celles de l'OMC qui imposent une multilatéralisation de la production des standards internationaux et un mode de fonctionnement fondé sur le consensus

[73] Sur ces aspects, v. M. S. BARR & G. P. MILLER, *op. cit.* note 37, p. 32.
[74] *Dodd-Frank Act*, Section 111(b)(1).
[75] *Dodd-Frank Act*, Section 112(a)(2)(D).
[76] Une député a par exemple évoqué « [l]'orientation actuelle des travaux [du Comité de Bâle qui] suscite de nombreuses inquiétudes chez les responsables des banques coopératives » ; 13ème législature, question n° 70507, *JOAN*, 9 février 2010, p. 1263. Sur ces aspects, v. aussi, R. BISMUTH, *op. cit.* note 11, p. 515, n° 837, note 2436.

afin de reconnaître des standards extérieurs[77]. Si cette étude avait pour principal objectif de mettre en perspective une diffusion des contraintes nationales à l'échelon international, une réflexion d'ensemble sur le *Global Administrative Law* requiert de prendre en considération l'ensemble des contraintes qui s'exercent sur les processus décisionnels, qu'elles soient nationales ou internationales, juridiques, sociologiques ou politiques. Cependant, la question de savoir à quelle autorité ou instance devrait revenir le pouvoir décisionnel est strictement politique et nous semble en dehors du champ d'étude du *Global Administrative Law*.

[77] Sur ces aspects, v. *supra* note 16.