

LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES SWAPS COMME SITE D'UNE LUTTE GLOBALE POUR LE DROIT

*Pascale Cornut St-Pierre**

À partir d'une recherche d'archives dans la littérature produite par les praticiens du droit au sujet des swaps depuis les années 1980, l'article décrit la controverse au sujet de la nature des swaps et met en évidence le travail juridique qui a été déployé en soutien à l'innovation financière. La façon dont les swaps devaient être conceptualisés en droit était en effet une question ouverte, à laquelle de nombreux juristes ont tenté des réponses en puisant dans divers répertoires de l'argumentation juridique. Une telle controverse laisse voir une co-production du droit, où le savoir des juristes de l'industrie financière est porteur d'un pouvoir d'infléchir la portée des normes existantes, un pouvoir d'autant plus significatif qu'il se déploie dans un milieu globalisé où l'autorité de l'État se fait plus fragmentée. L'article décrit comment les avocats de la finance ont globalement résisté au droit, en produisant systématiquement des arguments à propos de ce que les swaps n'étaient pas (ni valeurs mobilières, ni assurances, ni paris, etc.) et en les qualifiant plutôt d'instruments financiers *sui generis*. Ainsi détachés des principales catégories juridiques en vigueur, les swaps furent capables de croître relativement à l'abri des régimes destinés à encadrer la finance depuis les années 1930.

Based on archival research in literature by and for legal practitioners on swaps since the 1980s, this article presents the early controversy about the nature of swaps and elucidates the legal work deployed in support of financial innovation. How swaps would fit into the available legal categories of diverse jurisdictions was an open question to which many practitioners crafted tentative answers based on various repertoires of legal argumentation. This controversy reveals a co-production of law, where legal knowledge carries a power to deflect the scope of existing legal categories, a power all the more significant in the global environment that is finance where State authority is more fragmented. This article shows how financial lawyers globally resisted law by arguing consistently about what swaps were not (neither securities, nor insurance, nor gambling, etc.) and by characterizing them as *sui generis* financial instruments. As such, swaps were able to grow relatively immune from most legal regimes that were in place to regulate finance since the 1930s.

* Professeure adjointe à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa et doctorante à l'École de droit de Sciences Po, Paris. Cette recherche a été réalisée dans le cadre d'un projet doctoral bénéficiant du soutien financier du Fonds de recherche du Québec — société et culture, de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures et du Conseil de recherches en sciences humaines. Cet article a en outre pu profiter des commentaires des participants du cercle de lecture organisé par le Centre d'études sur le droit international et la mondialisation à l'UQAM, que je tiens à remercier ici.