

Responsabilité et régulation économique

Droit et économie de la régulation

Directeur

Marie-Anne Frison-Roche, professeur des Universités à Sciences Po

Comité de rédaction

Emmanuel Sprinar, chargée de mission
auprès de la chaire Régulation à Sciences Po, rédacteur en chef
Hugues Bouthinon-Dumas, attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Paris-Dauphine, rédacteur en chef adjoint

Comité scientifique

Loïc Azoulay, professeur à l'Université de Rouen
Fabrizio Cafaggi, professeur à l'Institut universitaire européen, Florence
Paul Didier, professeur émérite à l'Université Paris II
Jean-Michel Glachant, professeur à l'Université Paris XI
Patrick Messerlin, professeur des Universités à Sciences Po
Maurice Nussenbaum, professeur à l'Université Paris-Dauphine
Patrick Rey, professeur à l'Université de Toulouse
Enrique Saravia, professeur à la Fondation Getulio-Vargas, Brésil
René Sève, professeur à Sciences Po
Mark Thatcher, senior lecturer, London School of Economics, Londres
Jacques Ziller, professeur à l'Institut universitaire européen, Florence

Pour toute correspondance :

Marie-Anne Frison-Roche
Chaire Régulation
96, rue Saint-Dominique
75007 PARIS, France
0033153 59 98 31
0033153 59 93 24 (fax)
mafr@noos.fr

Droit et économie de la régulation

Responsabilité et régulation économique

Volume 5

sous la direction de

Marie-Anne Frison-Roche

avec les contributions de

Francisco Abriani Marie-Anne Frison-Roche
Laurent Benzoni Charles Joseph Oudin
Nicolas Cellupica Aude Rouyère
Reinhard Dammann Alain Seban
Bruno Deffains Jean-Pierre Teyssier

2007

PRESSES DE SCIENCES PO ET DALLOZ

Catalogage Électre-Bibliographie (avec le concours de la Bibliothèque de Sciences Po)
Responsabilité et régulation économique / sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche. – Paris : Sciences
Po, les Presses : Dalloz, 2007 (Droit et économie de la régulation ; 5)

ISBN 978-2-7246-1057-4 ISBN 978-2-247-07571-3

Code Nuart 6772198

RAMEAU :

– Responsabilité (droit)
– Commerce : Réglementation
– Droit public économique

DEWEY :

343.4 : Réglementation des divers secteurs de l'activité économique.

Public concerné :

Professionnel, spécialiste. Universitaire.



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité

même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

PRESSES DE SCIENCES PO
117, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^oa), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© 2007 PRESSES DE LA FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES

ISBN 978-2-7246-1057-4

DALLOZ

ISBN 978-2-247-07571-3

Sommaire

Première partie. **Perspective générale des responsabilités dans les systèmes de régulation**

- 9 **Responsabilité et incitations dans les régulations économiques**
par Bruno Deffains, *professeur à l'Université Nancy 2*
- 19 **Responsabilité civile et régulation. Éléments d'une rencontre**
par Aude Rouyère, *professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*
- 43 **Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs. Un point de vue économique**
par Laurent Benzoni, *professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur du master Telecom Internet Média, associé TERA Consultants*
- 55 **Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique**
par Marie-Anne Frison-Roche, *professeur des Universités à Sciences Po (Paris), directeur de la chaire Régulation*

Seconde partie. **Perspectives particulières des responsabilités dans les systèmes de régulation**

- 73 **Banque et banquiers responsables**
par Reinhard Dammann, *avocat au barreau de Paris (White & Case), chargé de cours à Sciences Po Paris*

- 97 **La responsabilité de l'État à raison de la surveillance des banques : maintien de la faute lourde. Conclusions sur Conseil d'État, 30 novembre 2001**
par Alain Seban, *commissaire du gouvernement*
- 125 **L'autodiscipline de la publicité. Une expérience reconnue d'auto-régulation en France et en Europe**
par Jean-Pierre Teyssier, *président du Bureau de vérification de la publicité (BVP) et de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité*
- 157 **Le pouvoir de composition de l'Autorité des marchés financiers. Vers une contractualisation de la répression en matière boursière**
par Nicolas Cellupica et Charles Joseph Oudin, *anciens étudiants du master de droit économique de Sciences Po Paris*
- 171 **L'affaire *LG & E vs Argentine Republic*. Quelques réflexions sur le rôle du Centre international pour le règlement de différends relatifs aux investissements**
par Francisco Abriani, *avocat au barreau de Buenos Aires, ancien étudiant du master de droit économique de Sciences Po Paris*
- 189 **Index alphabétique**

Première partie

**Perspective générale
des responsabilités
dans les systèmes
de régulation**

Responsabilité et incitations dans les régulations économiques

Bruno Deffains

Professeur à l'Université Nancy 2

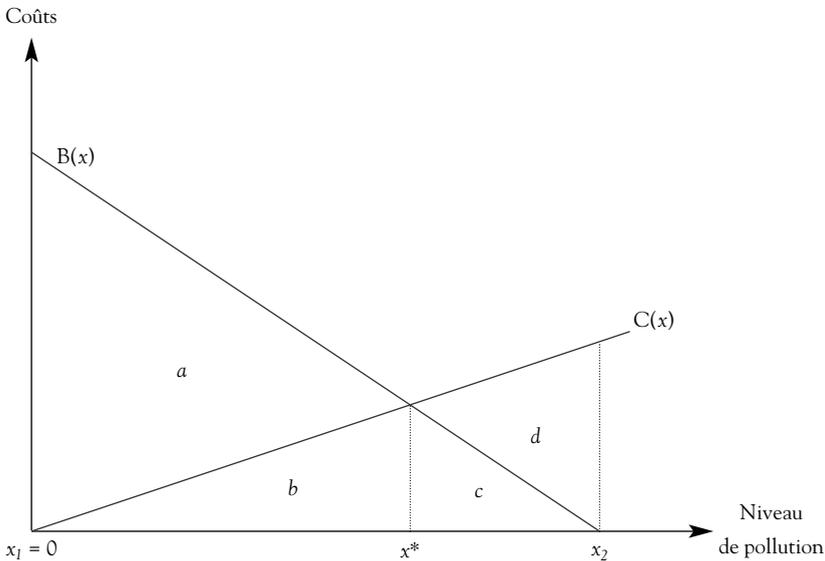
1. – L'analyse économique étudie les fonctions régulatrices des règles de droit. L'objectif est ici de présenter les fondements économiques de la responsabilité civile comme mécanisme incitatif dans les régulations économiques. Dans un premier temps, les principes fondamentaux de la théorie économique des accidents seront rappelés avant de discuter, dans un second temps, les limites et les enjeux des schémas d'extension de responsabilité, ainsi que les relations entre les méthodes de réglementation et la responsabilité civile.

I. INCITATIONS ET NEUTRALITÉ DU DROIT

2. – Le point de départ de l'analyse économique des systèmes de responsabilité est le théorème de Coase (1960). La grande originalité du prix Nobel de 1991 est de mettre l'accent sur le caractère réciproque de l'externalité : l'activité de A peut léser B, mais contraindre A pour protéger B peut nuire à A. L'exemple choisi oppose, au début du siècle dernier, des propriétaires récoltants aux compagnies de chemin de fer britanniques. Le passage des trains en période de moissons provoquait des incendies détruisant les récoltes. La jurisprudence condamnait les compagnies de chemin de fer au nom du principe du « pollueur-payeur ». Ces jugements ont provoqué la fermeture de plusieurs lignes devenues non rentables. Prolongeant sa réflexion, Coase démontre qu'il n'y a pas de justification économique à cette jurisprudence. L'argument repose sur un mécanisme marchand : en l'absence d'un droit des agriculteurs à être indem-

nisés et si l'échange est possible entre les deux parties, l'intérêt des agriculteurs est de négocier avec les compagnies de chemin de fer pour que ces dernières réduisent leur niveau de pollution, par exemple en leur versant un dédommagement en contrepartie d'une diminution du nombre de trains sur la ligne. *A contrario*, si le droit impose aux compagnies d'indemniser les agriculteurs, elles ont intérêt à faire circuler les trains tant que le coût des indemnités à verser n'excède pas le bénéfice retiré de la ligne. Les deux niveaux de pollution sont identiques et socialement optimaux.

3. – La figure suivante, où $C(x)$ représente le coût marginal de la pollution et $B(x)$ le bénéfice marginal pour le pollueur, permet d'entrevoir la solution envisagée par Coase dans le cas général d'une externalité. Par construction, le niveau optimal de pollution maximise le bien-être de la collectivité et suppose l'égalisation entre $B(x^*)$ et $D(x^*)$.



4. – Deux règles sont applicables :

- permissive : le pollueur exerce son activité sans que le droit ne lui impose d'obligation à l'égard des pollués. Il choisit x_2 tel que $B = 0$ et le niveau de pollution n'est pas optimal puisque les préjudices des pollués ne sont pas pris en compte dans la décision du pollueur ;

- restrictive : le pollué peut obtenir réparation en cas de dommage lié à l'activité du pollueur. Le pollué choisit x_1 , non optimal car il ignore les effets de son choix sur l'activité du pollueur.

5. – Comme x_1 et x_2 sont inefficaces, la négociation peut procurer des gains potentiels aux deux parties : si la règle est permissive et si elles s'entendent pour réduire la pollution de x_2 en x^* , la baisse des gains du pollueur est mesurée par c et la baisse des

coûts du pollué par $c + d$. Un accord par lequel le pollué s'engage à verser $c + td$ en contrepartie d'une baisse de x_2 en x^* améliore le bien-être des parties.

6. – Avec la règle restrictive, un accord par lequel le pollueur verse une somme $ta + b$ moyennant le passage du niveau de pollution de zéro à x^* est également optimal. Ce versement fait plus que compenser l'augmentation de coût, b , et l'accroissement des gains du pollueur, $a + b$, permet d'indemniser le pollué.

7. – La négociation peut conduire à un résultat optimal quelle que soit l'affectation des droits. La répartition du gâteau entre les parties est modifiée mais pas sa taille. La portée de cette analyse est considérable. D'un côté, elle insiste sur la capacité des mécanismes de marché à gérer les effets externes et les litiges qu'ils suscitent. De l'autre, elle met en évidence les obstacles à l'obtention d'un résultat optimal en raison des coûts de transaction. Ces coûts peuvent apparaître *ex ante* ou *ex post*. Dans le premier cas, il s'agit des coûts de recherche de l'information et de négociation des accords; dans le second, il s'agit des coûts de la structure contrôlant l'exécution de l'accord (pertes occasionnées par un accord initial inadapté, coûts d'une renégociation éventuelle, coûts représentés par l'immobilisation de certains actifs destinés à garantir le respect des clauses de l'accord...).

8. – Le théorème de Coase a fait l'objet de critiques. L'une des plus intéressantes est développée par Cooter (1982). Cet auteur reproche à Coase de délivrer un message ambigu, dans la mesure où les coûts de transaction sont des coûts d'information et de communication. Or, il existe également des coûts issus des comportements stratégiques. Les parties peuvent mentir, ruser, menacer de sorte que l'échange volontaire ne conduira pas à l'optimum.

9. – Cooter oppose au théorème de Coase ce qu'il appelle le théorème de Hobbes selon lequel le droit devrait veiller à limiter les obstacles liés à la nature de la négociation. En pratique, cela revient à interdire aux parties d'envisager des solutions où elles seraient toutes perdantes. La recherche de l'optimum conduit alors à régler le contenu des négociations en excluant le recours aux menaces de jouer la politique du pire. Le marchandage n'est pas un jeu à somme nulle, un jeu de pure redistribution où rien n'est créé ni détruit. Au contraire, la négociation implique la création d'un surplus qui constitue l'enjeu. Si l'issue est coopérative, les parties se partagent le surplus. Mais, conformément au dilemme du prisonnier, rien ne garantit *a priori* l'obtention de ce résultat. Coase envisage avec optimisme les transactions privées qui, même en supposant des comportements rationnels et l'absence de coûts de transaction, ne conduisent pas toujours à l'efficacité.

10. – *A contrario*, le théorème de Hobbes apparaît très pessimiste quant aux chances d'une issue favorable à la négociation. Le marchandage entre les parties ne permet pas d'atteindre l'optimalité à moins qu'une tierce partie (le Léviathan) ne contraigne les adversaires à s'entendre. Dans cette optique, le droit devrait être structuré de façon à minimiser l'inefficacité du processus de négociation en mettant hors de portée des joueurs les valeurs les plus faibles de la matrice des gains. La critique de Cooter permet de mettre en évidence le caractère conflictuel et stratégique de la coordination juridique susceptible de compromettre le caractère optimal des accords. Il faut

toutefois reconnaître au théorème de Coase le mérite de servir de guide pour structurer le droit sur la base des incitations liées à la transaction coopérative.

II. LES PERFORMANCES ÉCONOMIQUES DES RÈGLES DE RESPONSABILITÉ CIVILE

11. – À la suite de Coase, la théorie économique voit dans les règles de responsabilité civile un mode de régulation des risques liés à certaines activités lorsque les coûts de transaction sont significatifs (accidents de la circulation, du fait des produits, thérapeutiques, du travail, environnementaux...). Par exemple, l'article 1382 du Code civil considère que :

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Sur cette base, la responsabilité civile peut être perçue comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique définie par la minimisation du coût social des accidents. En d'autres termes, l'économiste s'intéresse à la responsabilité civile comme instrument de prévention des risques. L'accident est appréhendé comme une externalité dont la correction apparaît socialement souhaitable.

12. – La recherche des conditions de l'efficacité des différentes règles de responsabilité fondées ou non sur la faute a permis d'élaborer une théorie opérationnelle. Le point de départ de l'analyse se fonde sur la reconnaissance des variables influençant le risque d'accident. La première est l'effort de prévention et la seconde est le niveau d'activité. Deux types d'accident peuvent être distingués selon que la prévention de l'accident implique un comportement passif (accident « unilatéral ») ou actif (accident « bilatéral ») de la victime.

13. – Dans le cas d'un accident unilatéral, l'activité d'un agent impose un risque de dommages accidentels à des tiers mais la probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers. Cet effort est réalisé lorsque le coût marginal des précautions égalise le bénéfice marginal mesuré par la diminution de la probabilité d'accident.

14. – En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul. Si une règle de responsabilité est introduite, il choisit son effort de façon à minimiser son coût privé qui intègre le montant des dommages supportés par l'agent responsable. Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est responsable des dommages quel que soit l'effort consenti. En supposant la neutralité au risque, l'agent choisit alors l'effort socialement optimal puisque son coût privé correspond au coût

social. Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme ou un standard de comportement « raisonnable », fixé par le tribunal, compte tenu des caractéristiques de la situation. Si on suppose que ce standard correspond au niveau de précaution optimal, l'agent adoptera également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le tribunal. S'il ne respecte pas l'effort optimal, son coût privé se confond avec le coût social, ce qui n'est plus vrai au-delà puisque le tribunal ne lui impute plus la charge des dommages. L'intérêt de l'agent est donc de choisir l'effort optimal de façon à minimiser son coût privé.

15. – Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le tribunal doit, en effet, être en mesure de fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. Cette équivalence des règles de responsabilité concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime retenu. Avec la responsabilité sans faute l'agent générateur de risque supporte la totalité des coûts, avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

16. – Dans des situations plus complexes, des différences sensibles apparaissent entre les performances des deux régimes de responsabilité. En premier lieu, on peut étudier le niveau d'activité de l'agent générateur du risque si l'on admet qu'il influence le risque d'accident. Cela est fréquent en matière d'accidents de la circulation, du travail, d'accidents médicaux ou domestiques. Le risque croît par exemple avec le nombre d'heures consécutives passées au volant. Dans ces conditions, la détermination de la prévention optimale requiert d'intégrer le niveau d'activité de l'agent et le bénéfice qu'il retire de cette activité. De même, en l'absence de responsabilité, l'effort de prévention de l'agent sera insuffisant et son niveau d'activité sera excessif. Avec la responsabilité sans faute, en revanche, le coût privé de l'agent correspond au coût social puisqu'il supporte la charge des dommages quel que soit son comportement. L'optimum social est donc réalisé tant en termes de prévention que d'activité.

17. – Avec la responsabilité pour faute, l'effort de prévention est optimal alors que le niveau d'activité est excessif. Ce résultat tient au fait qu'en cas de jugement les tribunaux se prononcent sur le degré de précaution mais pas sur le niveau d'activité. Un exemple d'accident unilatéral auquel s'applique ce constat est fourni par le risque de marées noires (*Amocco Cadiz, Exxon Valdez, Erika*) dans la mesure où l'étendue des dommages dépend des précautions et de l'activité du pollueur. Dans ce cas, la responsabilité sans faute doit inciter à un comportement efficient en terme de prévention et d'activité. La responsabilité pour faute conduira quant à elle à un niveau d'activité

excessif, sans compter les coûts informationnels supplémentaires pour identifier une faute dans les choix de technologie ou d'itinéraire.

18. – Un autre exemple est celui de la responsabilité du fait des produits défectueux intégrée dans le Code civil en mai 1998 suite à la transposition en France d'une directive européenne de juillet 1985. Le principe consiste à ne plus fonder la responsabilité du producteur sur une faute (prouvée ou présumée), mais sur l'existence d'un défaut du produit (défaut de fabrication, de conception ou d'information). Cette évolution semble en partie compatible avec l'objectif de minimisation du coût social des accidents. En effet, comme les produits sont techniquement de plus en plus complexes, les consommateurs seraient relativement moins bien placés pour apprécier le « risque-produit », participer à la prévention des accidents et faire la preuve de la faute du producteur. Ces constats plaideraient donc pour une responsabilité objective du producteur. Le problème de la perception du risque par le consommateur conduit à privilégier la responsabilité sans faute parce qu'elle incite le producteur à choisir un niveau de prévention optimal et provoque une augmentation du prix qui renforcera le signal envoyé au consommateur sur la dangerosité du produit de sorte qu'il achètera la quantité optimale. On peut remarquer que la même logique peut être développée dans le domaine de la sécurité alimentaire ou des risques thérapeutiques.

19. – Dans le cas d'un accident bilatéral, les principes analytiques sont les mêmes que précédemment, à la différence que la prévention optimale du risque requiert désormais la participation des deux parties. La responsabilité doit donc inciter simultanément l'agent générateur de risque et la victime à choisir un effort de prévention socialement optimal. Dans ce cas, la responsabilité sans faute ne permet plus de parvenir à l'optimum puisque seul l'agent générateur de risque est incité à prendre des précautions. En revanche, l'équilibre réalisé sous un régime de responsabilité pour faute est optimal. Cette différence tient au fait que la responsabilité pour faute combine deux mécanismes : d'une part, elle impose la charge des coûts d'accidents à une partie (la victime) et, d'autre part, elle permet à l'autre partie d'éviter d'être déclarée responsable en sélectionnant le niveau de précaution optimal.

20. – D'autres formes de responsabilité combinent ces deux mécanismes et sont susceptibles de conduire à la prévention optimale. Il s'agit des règles qui retiennent le principe de la « négligence contributive » de la victime. En application de ce principe, l'agent générateur du risque ne peut se voir imputer la charge des dommages dès lors qu'il est reconnu que la victime a adopté un comportement fautif.

21. – En intégrant les niveaux d'activité, il est aisé de démontrer que si les standards de comportement fixés par les tribunaux ne tiennent pas compte des niveaux d'activité des parties, alors aucune règle de responsabilité ne peut conduire à l'optimum social. Comme les deux parties ne peuvent supporter simultanément les pertes en cas d'accident, elles ne peuvent être incitées à choisir en même temps le niveau d'activité optimal. Seule la partie supportant les pertes à l'équilibre (variable selon la règle appliquée) choisira une échelle d'activité socialement optimale, l'autre s'engageant sur une échelle excessive. Les règles de responsabilité pour faute ou de responsabilité

atténuée assurent le choix d'un niveau de prévention optimale de la part des deux parties comme le montre le tableau suivant :

Optimalité de différentes règles de responsabilité ¹

	<i>Responsabilité sans faute</i>	<i>Responsabilité « atténuée » sans faute</i>	<i>Responsabilité pour faute</i>
<i>Précaution de l'agent générateur de risque</i>	Optimale	Optimale	Optimale
<i>Activité de l'agent générateur de risque</i>	Optimale	Optimale	Non optimale
<i>Précaution de la victime</i>	Non optimale	Optimale	Optimale
<i>Activité de la victime</i>	Non optimale	Non optimale	Optimale

III. LES OBSTACLES À L'EFFICACITÉ DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

22. – En théorie, le système de responsabilité civile peut contribuer à la prévention optimale des risques à condition d'admettre qu'aucune règle simple et universelle ne permet de traiter tous les cas de figure. Cependant, même si une règle efficiente est appliquée, il subsiste une question relative à son impact réel sur les décisions des agents en matière de prévention. En pratique, l'effet incitatif de la responsabilité civile est incomplet. Même avec une règle efficiente, le prix payé par les agents générateurs de risque pour exercer leur activité est souvent inférieur au coût social en raison des imperfections du système juridique. Celles-ci sont liées à l'incapacité des tribunaux à identifier un agent responsable (en raison d'incertitude sur la causalité ou de coûts juridiques trop élevés) ou bien à l'importance des préjudices réels par rapport aux dommages-intérêts (en raison de l'insolvabilité potentielle des agents responsables ou de la difficulté à mesurer l'étendue des préjudices). Dans ce cas, les règles de responsabilité échoueront à provoquer les changements de comportements désirés en termes de prévention.

23. – Cette difficulté est accentuée si l'on admet que les agents économiques ne sont pas passifs face aux règles de droit et qu'ils peuvent tenter de mettre en échec le mécanisme incitatif de la responsabilité civile en adoptant des stratégies d'évasion de responsabilité. Ces stratégies sont notamment adoptées par les entreprises évoluant dans des industries à risques (amiante, gestion des déchets, chimie, transport de

1. Ce bilan ne porte que sur les situations où les parties n'ont pas de relations contractuelles, auquel cas le prix peut en effet permettre d'internaliser le risque d'accident quel que soit le système de responsabilité puisqu'il pourra être déterminé par les parties selon l'effort de prévention réalisé.

matières dangereuses...)). Le principe général consiste à choisir des structures industrielles ou des modalités de financement des investissements adaptées au risque de condamnation en responsabilité en exposant la surface financière minimale. Les acteurs étant potentiellement insolvable, ils peuvent récolter les bénéfices d'une activité risquée aujourd'hui mais manquer d'actifs demain pour faire face à leur responsabilité quand le risque sera réalisé. Aux États-Unis, on a ainsi pu constater que la surface financière des entreprises diminue avec le risque que représente l'activité. Face à de tels comportements, certains auteurs parlent déjà de la « fin de la responsabilité civile » dans la mesure où les firmes s'engagent dans des activités risquées de manière excessive et avec un effort de prévention socialement insuffisant.

IV. EXTENSIONS ET TRANSFERTS DE RESPONSABILITÉ

24. – Le problème de l'insolvabilité est lié au principe de la responsabilité limitée qui permet à l'entreprise de profiter des conséquences bénéfiques de son activité tout en reportant sur d'autres le coût des conséquences défavorables. On sait par exemple qu'il existe une relation entre la vulnérabilité financière des compagnies aériennes et leur comportement en matière de sécurité, ce qui justifie les contrôles réglementaires qui leur sont imposés en termes d'inspection et d'entretien des appareils. De même, en matière environnementale, l'ampleur des dommages en cas d'accident est souvent telle que les entreprises sont « potentiellement insolvable » au sens où elles seraient incapables de faire face à une condamnation en responsabilité. Dans le cas de l'accident du pétrolier *Erika*, l'étendue du problème peut être grossièrement appréciée en confrontant la valeur du navire aux préjudices subis par la collectivité. En d'autres termes, l'insolvabilité débouche rapidement sur un problème de déresponsabilisation des agents générateurs de risques qui ne prendraient pas suffisamment de précautions.

25. – D'un point de vue économique, le problème qui se pose est donc de savoir si la responsabilité civile peut encore exercer une fonction régulatrice en matière de prévention des risques. Compte tenu des limites précédentes et de l'incertitude inhérente aux standards appliqués par les juges, certains privilégient la réglementation *ex ante* qui viendrait pallier les défaillances du système de responsabilité, par exemple sous forme de barrières à l'entrée dans les activités à risque (contrôle, capital minimal...) ou d'assurance obligatoire.

26. – Toutefois, une autre piste est envisageable pour maintenir le mécanisme incitatif de la responsabilité civile dans le cadre judiciaire. Elle consiste à abandonner le principe selon lequel seuls les actifs de l'auteur direct du dommage peuvent être concernés par le versement de dommages-intérêts. Cette extension de responsabilité se fonde sur la doctrine *respondeat superior* selon laquelle un employeur peut être juridiquement tenu de réparer les dommages causés par son employé. Dans le cas d'un

risque chirurgical, l'hôpital peut être dans l'obligation d'indemniser la victime. La théorie économique montre alors comment le contrat de travail liant le principal (hôpital-employeur) et son agent (chirurgien-employé) doit être conçu pour inciter ce dernier à l'effort de prévention optimal.

27.– L'application de cette doctrine pourrait également permettre de faire face aux conséquences des comportements stratégiques d'évasion de responsabilité face aux risques industriels ou environnementaux. En effet, les transferts de responsabilité présentent une double caractéristique.

D'une part, ils assurent une meilleure indemnisation des victimes dès lors que la surface financière du principal est souvent plus importante que celle de l'agent et donc son risque d'insolvabilité moindre (logique de *deep pocket*).

D'autre part, ce système mise sur la capacité du principal à exercer un contrôle sur le comportement de son agent de façon à l'inciter à choisir un effort de prévention optimal.

L'objectif consiste à faire en sorte que les principaux agissent de façon à ne pas laisser leurs agents moins solvables prendre des risques démesurés. Le contexte des risques technologiques majeurs (environnement, transport...) est cependant particulier puisque l'agent potentiellement insolvable est généralement une firme, d'où la difficulté de définir le principal. Deux grandes directions sont envisageables selon que l'on cherche à impliquer les agents directement liés au processus de production (partenaires industriels ou commerciaux) ou bien les agents extérieurs à ce processus (créanciers) comme le prévoit la Convention européenne de Lugano ou la législation américaine (CERCLA) qui font peser une partie du « risque vert » sur les banques.

28.– Du point de vue préventif, le transfert de responsabilité est donc intéressant puisqu'il permet en général d'améliorer le niveau d'effort des agents générateurs de risques. Toutefois, la plupart des travaux sur le sujet montrent que prévention et réparation ne sont plus parfaitement compatibles dans la mesure où l'effort de prévention ne croît pas indéfiniment avec la responsabilité transférée au principal. Cela tient au fait que le principal est généralement en situation d'asymétrie d'information de sorte que l'effort de prévention maximal est atteint pour un transfert de responsabilité partielle (à l'image du système de la franchise en assurance).

V. LES RELATIONS ENTRE RESPONSABILITÉ ET RÉGLEMENTATION

29.– À ce point de l'analyse, il convient de remarquer que la responsabilité civile opère différemment des méthodes réglementaires traditionnelles. Ces dernières sont des instruments de régulation *ex ante*. Elles visent à prescrire des comportements désirés à travers la mise en place de normes, de contrôles... La responsabilité est un

instrument qui intervient *ex post* en incitant les agents à modifier leur comportement. Après un accident, les victimes peuvent en effet demander réparation du préjudice devant le tribunal. Le procès permet alors d'allouer les coûts des accidents lorsqu'une transaction directe entre les parties n'est pas possible. Le message de la théorie économique est alors clair : lorsque les agents générateurs de risques sont confrontés au coût social de leurs actions *via* la décision du juge, les incitations à prendre des précautions sont optimales *ex ante* et les victimes sont totalement indemnisées. Par exemple, le fait de rendre un producteur responsable des accidents du fait de son produit l'incite en principe à rechercher des modes de production moins dangereux et à améliorer l'information du consommateur. La réparation des préjudices et la prévention des risques ne sont donc pas conçues de manière antagoniste puisque c'est sur la base de la première que repose le mécanisme incitatif susceptible de conduire à une prévention optimale.

30. – La littérature relative au choix des modes de régulation s'est efforcée d'identifier les coûts et avantages relatifs des différents instruments. On admet généralement que les règles de responsabilité *ex post* sont préférables à la réglementation *ex ante* parce que leur mise en œuvre repose sur l'initiative privée. Les agents privés ayant généralement une meilleure information sur les coûts et les bénéfices des activités risquées, le régulateur a donc intérêt à exploiter cette supériorité informationnelle en utilisant un instrument décentralisé comme la responsabilité. Cette caractéristique offre l'avantage de réduire considérablement les coûts de surveillance inhérents au contrôle des activités à risque par la voie réglementaire.

31. – La responsabilité civile est utilisée de manière croissante à la fois comme instrument d'indemnisation et de prévention des risques. Néanmoins, étant donné les imperfections du système juridique, en particulier le fait que les agents responsables ne puissent pas toujours être poursuivis pour la totalité des préjudices, le mécanisme incitatif peut jouer de façon incomplète. Pour cette raison, il semble préférable de voir la responsabilité civile comme un complément des méthodes traditionnelles de réglementation plutôt que comme un substitut.

Responsabilité civile et régulation

Éléments d'une rencontre

Aude Rouyère

Professeuse à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

32. – Le mécanisme de la responsabilité civile¹ est-il opératoire en matière de régulation économique ?

La question en appelle bien d'autres. On tentera tout de même de livrer des éléments de réponse. En termes très généraux, il s'agit de croiser deux approches, apparemment bien différentes, de l'action juridique menée vis-à-vis des opérateurs économiques. C'est une affaire de temps tout d'abord, mais aussi de techniques puis de volontés et de politiques.

33. – Quelques données viennent immédiatement à l'esprit. Le raisonnement qui préside à l'établissement d'une responsabilité civile est marqué par un retour sur le passé destiné à fixer les choses et vider le conflit. Le procédé de la régulation est tourné vers l'avenir et se réalise à partir d'ajustements successifs et perpétuels. Précisons donc cette distinction fondée sur le critère du temps et corrélativement de la méthode.

1. La notion de responsabilité civile désigne le mécanisme de responsabilité visant à la réparation du dommage qui a été causé à autrui par le sujet de droit auquel est imputable le fait dommageable. Cette définition, axée sur les effets de la responsabilité, permet de la distinguer en particulier de la responsabilité pénale. On la préfère à une définition établie à partir du régime juridique applicable et conduisant à opposer la responsabilité civile à la responsabilité dite administrative. Souvent défendue, cette approche ne nous semble plus opportune compte tenu de la consécration de fondements juridiques communs tirés, notamment, des règles constitutionnelles et européennes.

Ajoutons qu'un certain nombre des éléments de réflexion qui seront évoqués ici sont transposables à la responsabilité pénale. La problématique demeure cependant, dans son ensemble, propre à la responsabilité civile.

Le temps du droit de la responsabilité est celui du présent — le temps du contentieux — mais peut-être plus encore celui du passé — le fait générateur plus ou moins ancien — et, dans une moindre mesure, celui du futur si l'on prête aux décisions juridictionnelles une capacité à orienter les comportements à venir. Mais ce qui s'impose d'abord est le règlement du litige. Une fois les actes matériels ou juridiques appréciés et qualifiés, le jugement est rendu et l'affaire en principe close (sauf recours encore possible).

La régulation s'inscrit dans une autre conception du temps. La définition proposée par Marie-Anne Frison-Roche en donne la mesure : la régulation intervient comme une « sorte d'appareillage propre à un secteur, intégré dans celui-ci — dont la réglementation n'est qu'un des outils —, qui entrelace règles générales, décisions particulières, sanctions, règlements des conflits, et qui inclue généralement la création d'un régulateur indépendant² ». La régulation économique s'inscrit dans une quête d'équilibre toujours inachevée, elle se construit de façon incrémentale à partir de différentes techniques et selon une combinaison modulable. Elle est dans le mouvement des faits qu'elle saisit. Elle est elle-même un processus continu d'encadrement et d'accompagnement incitatif des comportements, c'est-à-dire une action en mouvement.

34. — La rencontre du mécanisme de la responsabilité civile et de la régulation semble d'abord improbable. Tout évoque le décalage. Décalage dans le temps, décalage des leviers d'action, décalage des acteurs, décalage des finalités poursuivies...

Pourtant, le croisement des procédés est nécessaire et possible. Il en est ainsi parce que l'action de régulation ne saurait ignorer un recours juridictionnel qui relève d'une sorte de paradigme d'équité chevillé à la conscience du justiciable. Mais aussi parce que ce mécanisme tendu vers la fixation des situations n'est en lui-même pas figé. Bien au contraire. Il juxtapose plusieurs repères temporels et crée ainsi son propre mouvement. Et il est, dans cette dynamique, adapté par le juge aux données factuelles, aux contingences techniques et aux considérations stratégiques qui l'entourent.

Ce rôle de la responsabilité civile en matière économique n'est d'ailleurs pas une découverte. Il est essentiellement perçu comme un moyen de consacrer le droit subjectif des entreprises au respect des règles du droit du marché. Le mécanisme est ainsi toujours présent au premier ou au second plan³. Il pourrait sembler subsidiaire lorsque sont prévus des dispositifs de sanction spécifiques taillés à la mesure du

2. Cf. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po-Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 13. Voir les très nombreuses références données dans cette étude.

Voir aussi G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA* 20 février 2006, p. 347 et s. ; C.-A. Morand, « Régulation, complexité et pluralisme juridique », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005.

3. Ainsi l'article L. 442-6 du Code de commerce affirme-t-il sa place en présence de pratiques restrictives de concurrence.

domaine concerné. Il est en réalité complémentaire⁴ et demeure au centre de toute cette logistique grâce à sa capacité, en tant que dispositif de droit commun, à saisir toutes sortes de situations. À cette vertu s'ajoute une sorte d'engouement pour le procédé des victimes qui participent par cette voie à une police de la concurrence assortie d'une fonction de rétribution.

Toutes ces propriétés pourraient faire de la responsabilité civile un outil majeur de la régulation⁵. Ses applications en ce sens restent encore assez rares de telle sorte que notre propos relèvera presque davantage de la spéculation que du compte rendu. Mais le décor est planté et la politique du juge semble favoriser ce scénario. Précisons, avant d'aller plus loin, que le terme générique de juge désigne ici tout autant le juge judiciaire que le juge administratif. Cette distinction est, en la matière, nettement supplantée par des problématiques communes. On laissera donc de côté la question de la répartition des compétences en matière d'intervention économique. Seule la question du droit applicable sera abordée. Le fait que les sources du droit de la concurrence soient largement partagées par les deux ordres de juridiction, la proximité des techniques si ce n'est des catégories montrent que la responsabilité civile est un outil de droit — privé ou public — susceptible d'être intégré dans une politique de régulation qui, elle, échappe à toute classification de ce type.

35.— C'est par l'organisation d'un mouvement que le procédé de la responsabilité civile devient instrument de régulation. Parce qu'il l'accompagne. Parce qu'il peut même l'initier. Cette dynamique a en effet, outre la propriété de réparer un préjudice donné, celle d'imaginer un ordre dans lequel il ne se produirait pas.

Par le processus qui la constitue, la mise en jeu d'une responsabilité s'inscrit dans un mouvement qui évoque celui de la régulation (I). Ce mouvement résulte de

4. Cf. A. Bénabent, « La mise en jeu de la responsabilité civile », *Petites Affiches* 20 janvier 2005, n° 14, p. 31 et s.; D. Fasquelle, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.* oct.-déc. 1998, n° 51, p. 763 et s.

5. Tout à fait remarquable à ce titre est l'affirmation de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Courage Ltd* du 20 septembre 2001, aff. C-453/99 : « [...] 25. En ce qui concerne la possibilité de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il y a lieu de rappeler tout d'abord que, ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers » (voir, notamment, arrêts du 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Rec. p.* 629, pt 16, et du 19 juin 1990, *Factortame et autres*, aff. C-213/89, *Rec. p.* I-2433, pt 19).

« 26. La pleine efficacité de l'article 85 du traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

« 27. Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté... »

la combinaison de différentes séquences temporelles et de différentes fonctions. Lorsqu'une action en responsabilité est engagée, les parties ne se situent pas dans la seule référence au présent. Elles juxtaposent le temps de l'action dommageable, c'est-à-dire le passé, et celui de la condamnation éventuelle, c'est-à-dire le futur. Outre ce temps subjectif, elles prennent aussi en compte le passé des jurisprudences établies et le futur de celles qui viendront. Cette perspective prend son relief grâce à l'adaptabilité du mécanisme aux enjeux des secteurs économiques où il intervient.

La succession de différents processus de responsabilité est en elle-même initiatrice d'une forme de régulation (II). La dynamique propre au mécanisme de responsabilité peut être mise en œuvre par différentes actions juridictionnelles constituant une chaîne de responsabilités. Ce mouvement ainsi reproduit devient à son tour le *tempo* d'une régulation placée entre les mains des différents protagonistes de ce contentieux.

I. LE MÉCANISME DE RESPONSABILITÉ CIVILE ÉPOUSE LE MOUVEMENT DE LA RÉGULATION

36. – La solution du jugement de responsabilité n'est que l'image arrêtée d'un mouvement continu. La décision juridictionnelle permet au présent de saisir le passé afin d'en extraire une sentence. Mais il reste à savoir si le procédé sera efficient, c'est-à-dire si la décision juridictionnelle pèse sur les choix futurs de l'acteur économique concerné. S'il s'agit d'un opérateur amené à réitérer des actions comparables, fera-t-il le choix d'une stricte régularité juridique ou misera-t-il sur les avantages de l'attitude contraire ? Interviennent ici des considérations que l'on ne retrouve pas à l'identique dans la responsabilité délictuelle du simple citoyen. La décision doit inciter l'opérateur à agir d'une certaine façon sans prétendre régir mécaniquement les comportements. Pour ce faire, des adaptations de la technique et des principes qui ont forgé le procédé de la responsabilité civile sont nécessaires et déjà engagées.

A. DYNAMIQUE INTERNE DU MÉCANISME DE RESPONSABILITÉ CIVILE

37. – La mise en jeu d'une responsabilité civile suppose une démarche rétrospective pour juger un fait passé et prospective pour peser sur les faits à venir⁶.

Cette double perspective évoque les notions bien connues de régulation *ex post* et *ex ante*.

6. Sur cette analyse, voir l'étude de Denys de Béchillon, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », in *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004.

1. La rétrospection

38. – Le fait dommageable engendre, immédiatement ou non, un dommage qui déterminera éventuellement et dans un délai variable (sous réserve des règles de prescription) un recours suivi d'un jugement. Le processus se décompose ainsi en quatre moments différents formant une chronologie bien visible dans le raisonnement juridictionnel.

Ce qui n'apparaît pas aussi nettement, en revanche, est la manière dont le juge la traite concrètement. Le juge procède à une rétrospective. Et l'exercice est délicat car, ce faisant, il doit appréhender le fait générateur comme, et seulement comme, il pouvait l'être au moment où l'opérateur a agi ; en d'autres termes, le juge doit statuer sans prendre en considération des données qui ne sont apparues que plus tard — le dommage et le préjudice qu'il implique — et qui l'éclairent évidemment d'un jour différent. Tout porte à croire, en dépit des efforts du juge pour se départir de cette connaissance des faits, que son appréciation est un peu faussée. Ceci d'autant plus qu'une logique finaliste peut supplanter l'analyse du juge pour parvenir au résultat recherché. En matière économique on peut le supposer car, plus que le traitement d'une espèce donnée, c'est l'encadrement d'un type de situation pour l'avenir qui est attendu du contentieux.

2. La prospection

39. – L'identification d'une faute dans l'action d'un opérateur comporte nécessairement une dimension normative. En formulant celle-ci, le juge définit une norme censée guider l'opérateur visé mais aussi ceux qui se trouvent dans des situations comparables.

La responsabilité sans faute ou objective n'offre pas ce référentiel et il n'est pas exclu qu'elle puisse produire un effet de libération des agissements puisque l'évitement de la faute n'est pas nécessairement avantageux pour l'opérateur.

Cette fonction de direction des comportements puise son ressort dans la condamnation à verser des dommages et intérêts à la victime. Encore faut-il que la charge qu'ils représentent ne soit pas compensée, voire supplantée, par le bénéfice tiré de l'action fautive. Ceci d'autant plus que l'on peut supposer qu'en matière économique la dissuasion morale est relativement faible. Un renforcement de cette logique — dissuasive ou incitative selon le point de vue que l'on adopte — serait conféré par l'instauration de dommages et intérêts punitifs. L'idée n'est pas neuve mais elle constitue encore une véritable transformation de l'économie du système de responsabilité civile (cf. *infra* I, B).

40. – Pour mesurer la fonction normative de la responsabilité pour faute, il convient d'examiner de plus près la teneur de cette faute des opérateurs économiques.

Il existe une équation très simple : toute violation de la légalité applicable est fautive. La faute est constituée par la violation des règles tirées du droit interne ou supranational — droit communautaire en particulier — applicables à l'activité

concernée. On songe évidemment au droit de la concurrence mais aussi à des dispositions plus générales non spécifiques à cette discipline. Cette violation a pour origine des actes juridiques mais aussi des agissements positifs ou négatifs matérialisant le non-respect de dispositions en vigueur.

Il appartient alors au juge de qualifier ces comportements et, en y voyant une faute, de définir le cadre de l'action légale. L'identification de la faute découpe les contours de l'action correcte. Cette opération préfigure la fonction normative à visée préventive de la responsabilité civile. La marge de manœuvre dont dispose le juge est considérable. La faute est constituée par la violation du droit commun comme du droit de la concurrence, du droit interne comme du droit communautaire. Le juge saisit les actions des opérateurs et les apprécie au regard d'un large spectre de références légales intégrant des règles relativement polyvalentes.

41. – Le contentieux judiciaire de la réparation fondé sur la violation d'une disposition du droit de la concurrence de droit interne ou tiré du droit communautaire, encore relativement peu fourni, occupe une place appelée à se développer⁷. Au-delà de ces règles spécifiques, demeure l'éventualité d'une faute civile établie par la violation de la légalité générale applicable.

42. – En droit administratif, il faut passer par l'examen du contentieux de l'excès de pouvoir pour identifier la légalité de référence des actes en matière économique⁸. Le constat d'une illégalité est aussi celui d'une faute. Le contentieux de la légalité prépare ainsi l'action en réparation qui pourra être engagée sous certaines conditions.

Il convient donc d'examiner rapidement les grands traits de la jurisprudence en la matière. On assiste, assez tardivement au demeurant, à un élargissement de la légalité de référence au droit de la concurrence⁹ (cf. les arrêts *Million et Marais* de

7. On se reportera utilement sur cette question à l'étude de D. Fasquelle, *op. cit. supra*.

8. On se reportera sur cette question à l'étude du Conseil d'État, « Collectivités publiques et concurrence. Rapport public 2002 », *EDCE* n° 53.

9. Il est à noter que, dans ces affaires, c'est l'État qui est en cause en tant qu'il prend un acte portant directement ou indirectement — en plaçant une entreprise dans une position de le faire — atteinte au droit de la concurrence. Ces exemples servent donc uniquement à illustrer l'évolution du juge administratif dans la détermination de la légalité applicable et donc des illégalités susceptibles d'être commises. S'il y a action en réparation, elle sera dirigée contre l'État ayant commis une faute du fait de la violation de la légalité.

Voir par exemple les conséquences possibles d'une violation avérée du droit de la concurrence : CE, 29 juillet 2002, *Sté COGEDIM*, *Rec.* p. 280 : « Considérant, par suite, que l'arrêté attaqué en établissant à la fois un tarif unitaire dégressif pour les clients finaux de l'INSEE et une redevance proportionnelle de 20 centimes pour les rediffuseurs est de nature à placer l'INSEE en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché pertinent des fichiers de prospection commerciale de grande taille et méconnaît les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que, compte tenu des modalités de calcul ainsi fixées, l'arrêté attaqué présente un caractère indivisible et ne peut qu'être annulé dans son intégralité... » ; ou encore : CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, *Rec.* p. 189 : « Considérant que, alors même que la clause litigieuse a pour objet de préserver l'emploi dans les entreprises des secteurs en cause, il résulte de ce qui précède qu'en l'espèce, son extension est, compte tenu des caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement, de nature à porter une atteinte excessive à la

1996¹⁰, *Ordre des avocats à la Cour de Paris de 1997*¹¹, *Sté Hertz et Sté EDA de 1999*¹²).

Le juge peut inclure ou exclure une activité du champ de ces règles selon les qualifications qu'il lui applique. Le Conseil d'État a ainsi jugé que :

« Les organismes gérant un régime de sécurité sociale, fondé sur le principe de solidarité nationale dans le cadre d'une affiliation obligatoire des intéressés et de leurs ayants droit, énoncée à l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale, n'exercent pas une activité économique ; que, par conséquent, quelle que soit leur forme juridique, ces organismes ne constituent pas des entreprises au sens de l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne, comme d'ailleurs de son article 85¹³. »

Mais il a aussi choisi la solution inverse pour les régimes d'assurance complémentaires, faisant application d'une distinction posée par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁴.

Ce corpus de règles spécialisées, organisant la concurrence en veillant à sa préservation, offre une référence normative précise mais assez peu polyvalente. Le juge n'a pas vraiment la possibilité d'ouvrir ou de fermer leur champ d'application à son gré, en particulier lorsque la règle est d'origine communautaire comme en témoigne l'exemple précité. Or c'est à partir de cette référence légale qu'est identifiée la faute et engagée la fonction directrice ou directive contenue dans le mécanisme de responsabilité civile.

43.– On mesure ainsi l'intérêt de recourir à des normes plus générales ayant une forte capacité d'attraction. Il en est ainsi du principe de liberté du commerce et de l'industrie et du principe d'égalité.

libre concurrence ; qu'ainsi, cette extension est intervenue en méconnaissance des principes énoncés ci-dessus ; que, par suite, le syndicat requérant est fondé à demander l'annulation des dispositions de l'arrêt attaqué étendant les stipulations du point 2 de l'article 2-5 de la Convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement qui sont, eu égard à leur teneur, divisibles des autres dispositions de cet arrêté... »

10. CE, Sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, Rec. p. 406 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la justice administrative*, 15^e éd., Dalloz, n° 105, 2005.

11. CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, Rec. p. 491.

12. CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté Hertz, Sté EDA*, Rec. p. 96.

13. CE, 21 octobre 1998, *Syndicat SOS action santé*, req. n° 188682. Cf. CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637.

14. CE, Sect., 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441 : « Considérant que, dans l'arrêt du 16 novembre 1995, par lequel elle s'est prononcée sur la question dont le Conseil d'État statuant au contentieux l'avait saisie, par décision du 24 juin 1994, à titre préjudiciel, en application de l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne, devenue la Communauté européenne, la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré qu'un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant, dans le respect des règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité instituant la Communauté européenne... »

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'applique à l'État et aux autres collectivités publiques en tant qu'autorités réglementaires¹⁵ mais aussi en tant qu'opérateurs¹⁶. La portée conférée au principe s'inscrit dans une jurisprudence évolutive et construite à partir d'une casuistique plutôt fine. Cela revient à un principe de non-concurrence modulé en fonction de critères dont le juge conserve la maîtrise. Ajoutons que le principe d'égle concurrence entre personnes publiques et personnes privées, tel que consacré par le Conseil d'État en 2000¹⁷, ne vient pas se substituer au précédent. En d'autres termes et comme l'écrit Jean-Yves Chérot :

« Le développement de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques et son corollaire l'avènement du principe d'égle concurrence entre personnes publiques et personnes privées n'ont pas pour effet automatique de libérer l'initiative économique des personnes publiques¹⁸. »

44. – Le principe d'égalité permet aussi au juge de peser sur la manière dont s'organisent les échanges économiques. Il ne s'agit pas d'une norme d'égalité mais d'un principe de non-discrimination ou encore de traitement identique de situations comparables¹⁹. En relevant une atteinte au principe, le juge contraint le détenteur du pouvoir normatif à modifier le champ d'application des règles qu'il a édictées. Si cette illégalité fautive est génératrice d'un préjudice économique dont il est demandé réparation, le mécanisme de responsabilité peut jouer son rôle d'organisation des situations juridiques à venir²⁰.

15. Voir par exemple CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, req. n° 250124, publié au *Recueil*.

16. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des Avocats au barreau de Paris*, req. n° 27553, publié au *Recueil* : « Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci... »

V. aussi CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron, de Balzac et de Druelle*, req. n° 97449, publié au *Recueil*, relatif à une société d'économie mixte locale.

17. CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *Rec.* p. 422 ; *RFD adm.* 2001, p. 106, concl. Bergeal ; CE, Sect., avis, 8 novembre 2000, *Sté J.-L. Bernard Consultants*, *Rec.* p. 492 ; *RFD adm.* 2001, p. 112, concl. Bergeal.

18. J.-Y. Chérot, « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mélanges Franck Moderne*, *op. cit.*

19. Sur la portée du principe d'égalité et son évolution, voir notamment A. Rouyère, « De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l'exigence d'égalité réelle... Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité », in *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Éditions universitaires de Dijon, 2003.

20. Voir par exemple CE, 28 février 2000, *Union nationale intersyndicale des enseignants de la conduite*, req. n° 195033, publié au *Recueil*, concl. Chauvaux, *AJDA*, p. 661 : « Considérant que l'arrêt du

Retour sur le passé et projection sur l'avenir assortie d'une sorte de pari sur l'effet exemplaire que pourrait produire la décision juridictionnelle. Le mouvement tend à accompagner l'activité économique par une contrainte bien réelle mais organisée dans le temps de telle sorte qu'elle s'appuie sur une démarche incitative.

B. ADAPTABILITÉ DU MÉCANISME DE RESPONSABILITÉ CIVILE

45. – C'est une affaire de techniques, c'est aussi une question de principes.

1. Du jeu dans les rouages

46. – On s'en tiendra à la question la plus déterminante du point de vue de la régulation, à savoir celle de l'établissement du lien de causalité entre un fait et un dommage constitutif d'un préjudice.

La détermination du ou des faits générateurs du dommage n'est pas d'ordre factuel. Il s'agit d'une construction juridique plus ou moins proche de l'idée que l'on se fait de la réalité.

Le recours à la théorie de la causalité adéquate ou à celle de l'équivalence des conditions est déterminé en général par des considérations pragmatiques. Il s'agit de trouver un ou des débiteurs accessibles et de préférence solvables. La causalité adéquate offre l'avantage de la simplicité, au moins dans la phase qui se déroule en présence de la victime. Pour ce motif, bien légitime, elle est souvent préférée par les juges. Mais les contributions au dommage sont schématisées, voire artificiellement définies. Et il faut admettre que le souci de réparer au mieux ne sert pas toujours la fonction normative que l'on voudrait prêter aussi à l'établissement d'une responsabilité civile. C'est en attribuant à chacun le rôle qu'il a effectivement joué dans la réalisation du dommage que s'opère, selon le mouvement décrit précédemment, la conduite ou l'orientation des comportements futurs.

11 avril 1997 prévoit que l'interdiction de circuler ne s'applique pas, notamment, à certains utilisateurs de véhicules, lorsque ceux-ci sont à la fois strictement indispensables à l'exercice d'une activité professionnelle et aisément identifiables ; que ces dérogations sont légalement justifiées par une différence de situation entre ces catégories d'utilisateurs et les autres automobilistes ; qu'en refusant d'étendre le bénéfice d'une telle dérogation aux utilisateurs de véhicules des établissements d'enseignement de la conduite automobile, qui se trouvent, au regard des critères justifiant légalement la dérogation, dans la même situation que les autres bénéficiaires, le préfet de police a méconnu le principe d'égalité des citoyens devant la loi ; que c'est à tort que, par la décision attaquée du 15 décembre 1997, le préfet de police a refusé d'engager la procédure de modification de la liste annexée à l'arrêté du 11 avril 1997 dont il était l'un des signataires ; que l'union requérante est, par suite, fondée à demander l'annulation de cette décision... »

Voir aussi TA Paris, 7 juin 2004, req. n° 990039 : sur le fondement de la méconnaissance du principe d'égalité, une société hôtelière obtient réparation du préjudice subi du fait du refus de l'Aéroport de Paris d'apposer une signalisation en faveur d'un hôtel dans l'enceinte de l'aéroport.

On constate que le juge perçoit bien la portée de sa méthode en matière économique puisqu'il lui arrive de privilégier l'approche pluraliste de la théorie de l'équivalence des conditions.

Parallèlement, on perçoit aussi une volonté de ne pas entraver l'établissement d'une causalité dont la preuve est malaisée. La charge de cette dernière pèse sur le demandeur sauf si le juge en décide autrement. Il lui appartient en effet de se faire sa propre opinion à partir des éléments qui lui sont présentés sans exiger du demandeur qu'il assume exclusivement la démonstration. En admettant que soit présumé le lien de causalité entre un fait générateur et un dommage, l'écueil est encore plus radicalement surmonté. Il ressort de la jurisprudence que le juge ne se prive pas de cette construction si nécessaire²¹.

Les exemples dont on dispose en contentieux administratif concernent essentiellement l'exercice par l'État de son pouvoir normatif. Ils illustrent parfaitement bien la manière dont procède le juge. Il apprécie le lien de causalité sans dogmatisme en fonction de la particularité du cas à traiter²². Le sort réservé aux causes dites d'exonération révèle aussi cette politique jurisprudentielle²³.

47. – S'il est parfois périlleux de tracer un lien entre un fait et un préjudice, c'est aussi et peut-être surtout, parce que dernière notion peut être « fuyante ». Précisons tout d'abord que les notions de dommage et de préjudice ne se confondent pas. Le dommage est une donnée de fait tandis que le préjudice est une donnée de droit. Un dommage n'est constitutif d'un préjudice que s'il porte atteinte à des intérêts juridiquement protégés. On comprend alors que seul le préjudice ouvre droit à réparation²⁴.

Mais encore faut-il qu'il soit effectif et certain pour justifier cette dernière, et la démonstration de ces caractères n'est pas chose simple en matière économique²⁵. Les échanges obéissent à de multiples facteurs sans que l'on puisse toujours attribuer une cause à un résultat²⁶. De plus, le préjudice n'est pas nécessairement formé, ce qui ne

21. Voir en contentieux judiciaire, les affaires évoquées par D. Fasquelle, *op. cit. supra*. Notamment Cass. com., 26 octobre 1993, pourvoi n° 91-20012.

22. Voir par ex : CE, Sect., 13 mai 1970, *Larue*, Rec. p. 331 ; CE, 16 juin 1999, *Association syndicale libre du domaine du lac bleu*, req. n° 178484. On trouve une analyse très détaillée de cette question in *Lamy Droit public des affaires* 2003, n° 4608 et s.

23. Cf. J.-A. Mazères, « La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique », in *Annales de l'Université des sciences de Toulouse*, 1971.

Voir notamment, CE, 28 avril 1978, *Société générale*, req. n° 03091, publié au *Recueil* ; CE, 26 mai 1976, *Société normande de construction*, Rec. p. 275. Voir aussi CAA Paris, 23 janvier 2006, *Société Groupe Salmon Arc en ciel*, n° 04PA01092 : responsabilité de l'État du fait de l'attribution d'aides contraires au droit communautaire mais commission par la société requérante bénéficiaire de l'aide d'une imprudence fautive de nature à exonérer l'État d'un quart de sa responsabilité.

24. I. Poirot-Mazères, « La notion de préjudice en droit administratif français », *RD publ.* 1997, p. 519 et s.

25. P. Le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* janv.-mars 1998, n° 51, p. 83 et s.

26. Cass. com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-17623.

l'empêche pas d'être certain. Mais un préjudice futur risque d'être assimilé à un préjudice éventuel. S'il s'agit d'un préjudice de perte de chance, le glissement vers la qualification d'incertain est à craindre. Enfin, face à une perte ou à un moindre bénéfice, le juge hésitera, se demandant quelles en sont les causes et donc si il y a vraiment préjudice imputable²⁷.

Le juge judiciaire, conscient des difficultés auxquelles est confronté le demandeur, a été jusqu'à admettre l'existence d'un préjudice en l'inférant des faits générateurs avancés. Cette manière de procéder inverse l'ordre de prise en compte des éléments et permet ainsi à la victime d'échapper à la démonstration de l'existence du préjudice²⁸. Celle-ci résulte de l'existence avérée de la faute²⁹. Cette analyse correspond à une notion de « préjudice inclus » par analogie à la notion de faute incluse, c'est-à-dire de faute déduite du préjudice. Le préjudice inclus serait, selon la formule d'Alain Bénabent³⁰, le préjudice déduit de l'existence même de la faute. La démarche est d'autant plus originale que l'on ne peut parler, au sens strict, de présomption de préjudice puisque ce dernier n'est pas un élément inconnu tiré d'un fait connu mais plutôt un fait analysé dans ses prémices.

L'assouplissement des conditions d'établissement du préjudice participe sans conteste à l'affirmation de la dimension normative ou directive de la responsabilité civile au prix, peut-être, d'un effacement relatif de sa fonction strictement réparatrice. Les rouages du mécanisme jouent pour l'orienter vers une fonction d'ordre public et non plus seulement privé. L'étape suivante sera concrétisée par l'avènement de réformes encore en débat mais dont la mise en œuvre est, en réalité, déjà amorcée.

2. Du nouveau dans la conception du procédé

48. – Du préjudice à l'indemnisation, c'est en réalité une transformation plus décisive de l'esprit du procédé de la responsabilité civile qui est en train de s'opérer et dont on commence à trouver des traces en droit positif.

27. Voir CE, 3 avril 1992, *SARL Nouvelles Frontières*, req. n° 88909.

28. Cass. com., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-11288 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour un producteur de consentir à un partenaire économique des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles crée pour ce partenaire un avantage dans la concurrence, sans qu'il y ait lieu pour l'Administration ou pour l'opérateur, qui n'a pas bénéficié de ces mêmes avantages, de démontrer l'existence du préjudice que ces pratiques illicites ont causé... »

29. Cass. com., 29 juin 1991, pourvoi n° 91-21764 : « [...] qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider, sans se contredire, qu'il s'inférait nécessairement de la faute commise un préjudice même si son montant n'était pas établi... »

30. Cf. A. Bénabent, *op. cit. supra*.

49. – La fonction attribuée en principe aux dommages et intérêts est réparatrice. L'idée de doubler celle-ci d'une fonction punitive nourrit les débats³¹, particulièrement en matière économique.

Ce serait un correctif à la relative inadaptation de la notion classique de préjudice et à la difficulté de l'évaluer. Ceci est très clairement exprimé par R. Saint-Esteben :

« Ainsi, les dommages et intérêts punitifs pourraient-ils permettre d'appréhender un préjudice se rapprochant du "dommage à l'économie", qu'il est difficile de faire entrer dans la notion civiliste de "préjudice direct et certain". Ce serait aussi un moyen de concilier très ouvertement les deux fonctions de la responsabilité civile. Les dommages et intérêts punitifs seraient en effet destinés à déjouer les calculs qui caractérisent le phénomène des "infractions lucratives". »

Si les dommages et intérêts punitifs et le droit pour la victime d'obtenir la restitution des profits de la faute lucrative sont bien distincts, ils demeurent très proches par leur finalité commune de prévention des comportements nocifs³².

50. – Le principe n'est pas admis en droit positif français ; il inspire cependant le juge judiciaire. Comme le remarque Geneviève Viney, ces procédés sont en fait pratiqués couramment « sous le manteau protecteur du pouvoir souverain que la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond dans l'évaluation des dommages et intérêts³³ ». La réparation à vocation aussi punitive a ainsi d'ores et déjà une place dans le cas de fautes lucratives et peut-être au-delà.

Une des propriétés essentielles des dommages et intérêts punitifs est de faire jouer aux requérants un rôle de gardien du bon ordre économique. On y verra une confusion des rôles et des outils. Il est clair en tout cas que la logique de régulation y trouverait un appui évident en organisant cette rencontre des intérêts privés et publics³⁴.

L'idée a déjà trouvé une traduction au niveau de l'introduction des recours. Elle est à l'origine du dispositif qui aménage une possibilité de recours du ministre chargé de l'économie et du ministère public³⁵.

31. On se bornera ici à une simple évocation d'une question qui mériterait en elle-même des développements conséquents compte tenu de l'ampleur des problèmes qu'elle soulève directement et indirectement.

Cf. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, t. 250. Pour une analyse très détaillée, cf. R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *Petites Affiches* 20 janvier 2005, n° 14, p. 53 et s.; voir aussi A. Fasquelle, *op. cit. supra*; M. Nussenbaum, « L'appréciation du préjudice », *Petites Affiches* 19 mai 2005, n° 99, p. 78 et s.; G. Viney, « L'appréciation du préjudice », *Petites Affiches* 19 mai 2005, n° 99, p. 89 et s.

Voir aussi G. Canivet, « La responsabilité du système judiciaire dans l'exécution de la politique économique », intervention lors de la table ronde sur la politique de concurrence n° 13, OCDE/OECD/GD/97/2000.

32. Cf. sur cette question G. Viney, *op. cit. supra*.

33. *Id.*

34. Pour une analyse des inconvénients du procédé, cf. R. Saint-Esteben, *op. cit. supra*.

35. Art. L. 442-6 III C. com.

Elle justifierait aussi la reconnaissance d'une action de groupe sur le modèle des *class actions*³⁶. Les détracteurs de la technique ne s'y trompent pas ainsi que cela est souligné dans le rapport parlementaire qui y est consacré en 2006³⁷ :

« Certains n'hésitent pas à évoquer le danger de voir ainsi se substituer une véritable régulation privée de la société à la régulation publique actuelle. À l'inverse, d'autres y voient la possibilité de rééquilibrer les rapports entre les professionnels et les consommateurs au profit de ces derniers. »

La proposition de loi présentée par le député Y. Chatel en avril 2006 visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs constituera, si elle est adoptée, un élément supplémentaire de transformation profonde du mécanisme³⁸.

II. LA RÉGULATION S'INSCRIT DANS L'ENCHAÎNEMENT DES CONTENTIEUX

51. – Le mouvement qui caractérise le processus de responsabilité se prolonge dans l'enchaînement des recours. En effet, au-delà ou en deçà de la responsabilité de l'opérateur, se situe éventuellement celle du régulateur³⁹.

A. LA RESPONSABILITÉ DU RÉGULATEUR EN AVAL DE L'ACTION DE L'OPÉRATEUR

52. – Le juge administratif a eu l'occasion de préciser le régime applicable à cette responsabilité de l'autorité chargée d'exercer un contrôle.

Le contrôle exercé par le préfet sur les collectivités locales a nourri un contentieux relativement complexe mettant en évidence le rôle de garant de la légalité dont il doit répondre. La sanction d'une carence du préfet prend sens avec le manquement de la collectivité et lui fait suite⁴⁰.

36. La question, largement traitée par la doctrine, sera ici seulement mentionnée.

37. *Rapport d'information* n° 249 (2005-2006) de M. Jean-Jacques Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 mars 2006.

38. Proposition de loi de Luc Chatel visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs n° 3055.

39. Cette analyse est subordonnée aux actions des requérants. Mais on admettra que la seule possibilité du recours alimente cette dynamique.

40. Voir, en matière de contrôle de légalité, CE, 21 juin 2000, *Min. de l'Équipement, des Transports et du Logement c/Cne de Roquebrune-Cap-Martin*, Rec. p. 236 ; CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/Cne de Saint-Florent et autres*, Rec. p. 395. V. aussi les pouvoirs du préfet en application de la loi du 16 juillet 1980 : CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autres*, req. n° 271898, note P. Bon, *RFD adm.* mars-avril 2006, p. 341 et s.

53.— Le contrôle exercé sur l'activité des autorités de régulation relevant de la compétence du juge administratif en est une autre illustration. On s'attachera plus particulièrement au cas de l'institution chargée de la surveillance du système bancaire sachant que la solution retenue est transposable à d'autres secteurs tout aussi importants⁴¹.

La responsabilité du régulateur ne peut être envisagée qu'en présence d'un dommage directement imputable à l'opérateur mais indirectement rattachable à son activité de contrôle. Les responsabilités sont liées mais non confondues.

1. Des responsabilités liées

54.— Le principe d'une responsabilité du contrôleur en cas de préjudices résultant directement des agissements des établissements placés sous son contrôle ne s'impose pas avec évidence⁴². Ainsi en droit allemand, anglais ou irlandais, les autorités de contrôle des banques et des entreprises d'investissement bénéficient d'une immunité quasi complète vis-à-vis des éventuelles actions de clients de ces établissements. D'autres États ont choisi de limiter cette possibilité aux hypothèses de faute lourde ou grave (Belgique, Luxembourg). La jurisprudence administrative s'est elle-même ralliée à cette solution (CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/Kechichian et autres*⁴³; cf. *infra*).

Il existe ainsi un véritable débat portant sur les bénéfices et les inconvénients que l'on peut attendre d'une responsabilité des autorités de contrôle des banques. Et s'il existe une tendance, elle est au moins d'admettre que ces instances ne doivent pas être tenues complètement à l'abri d'une telle hypothèse. On comprend alors que l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 12 octobre 2004, posant que les règles communautaires régissant le statut des banques et des entreprises d'investissement ne font pas obstacle à l'exclusion de toute responsabilité vis-à-vis des clients des organismes contrôlés⁴⁴, ait nourri un sentiment d'étonnement, voire de déception⁴⁵. D'abord, parce que n'est pas imposé ne serait-ce qu'un minimum répondant à une volonté d'harmonisation des systèmes. Et l'on peut se demander comme

41. Entreprises d'assurance (cf. CE, 18 février 2002, *Groupe N. Dantressangle*, req. n° 214179, publié aux *Tables du Recueil*), sociétés mutualistes, entreprises d'investissement.

42. A. Prüm, « La Cour de justice des Communautés européennes admet l'irresponsabilité des autorités de contrôle des banques vis-à-vis des déposants », *RD bancaire et financier*, janvier-février 2005, p. 3.

43. CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/Kechichian et autres*, Rec. p. 588.

44. CJCE, 12 octobre 2004, Peter Paul et autres, aff. C-222/02 : « Compte tenu de ce qui précède, il convient de répondre à la deuxième question que les directives 77/780, 89/299 et 89/646 ne s'opposent pas à une règle nationale selon laquelle les missions de l'autorité nationale de surveillance des établissements de crédit ne sont accomplies que dans l'intérêt général, ce qui exclut selon le droit national que les particuliers puissent demander réparation des préjudices causés par une surveillance défectueuse de la part de cette autorité. »

45. Cf. A. Prüm, *op. cit. supra*.

le suggère A. Prüm, si une telle solution ne risque pas de « ruiner la confiance que doit inspirer le contrôle harmonisé des établissements de crédit et des entreprises d'investissement pour fonder le système de reconnaissance mutuelle instaurée à leur profit ». Ensuite, parce que cela signifie que la fonction de contrôle n'impliquait pas, en elle-même, un principe de responsabilité en cas de faute et lorsque le dommage subi est au moins en partie rattachable à celle-ci. Cette marge d'immunité étant au demeurant en contradiction avec les principes qui gouvernent la responsabilité civile en droit français.

55. – Cela n'empêche pas, évidemment, que cette responsabilité soit volontairement reconnue par les États. Lorsque le principe en est acquis, elle intervient si l'activité de l'opérateur contrôlé a été génératrice d'un dommage que le contrôle qui a été ou aurait dû être effectué n'a pas permis d'éviter. L'implication de l'autorité de régulation est indirecte, ce qui ne l'empêche pas d'être certaine, voire prépondérante. Le fait de carence ou d'omission qui lui est imputable n'a pas positivement créé le dommage mais n'a pas permis de l'éviter.

Le risque de confusion des contributions au dommage est absent puisque les activités de l'opérateur et du contrôleur sont parfaitement distinctes. Les responsabilités sont simplement corrélées car si la faute directe n'est pas commise celle du contrôleur n'advient pas, faute de support.

Ces deux actions s'organisent dans le temps selon une chronologie qui peut varier. Mais quel que soit l'ordonnement des actions engagées⁴⁶, un même fait — le dommage économique subi par les interlocuteurs de l'opérateur mis en cause — donne lieu à deux actions différentes touchant deux débiteurs différents à des titres eux-mêmes différents mais liés.

56. – Ajoutons, en outre, qu'il n'est pas exclu que l'opérateur envisage de mettre en cause une carence ou inaction du régulateur expliquant ou ayant favorisé ses propres difficultés ou erreurs. Cela correspondrait à une tutelle reconnue et même sollicitée. La situation serait pour le moins étonnante puisque se retrouveraient côte à côte, dans un cas tel que celui de l'affaire *Kéchichian*, les clients de l'opérateur et lui-même, pour dénoncer les manquements de l'autorité de contrôle.

2. Des responsabilités inassimilables

57. – La confusion des rôles de l'opérateur et du contrôleur est-elle possible ? Et les responsabilités sont-elles substituables ? Pour tenter de clarifier la question, on raisonne à partir de l'exemple du secteur bancaire⁴⁷ en se plaçant du côté des requérants puis du juge.

46. Voir par exemple le déroulement des faits dans l'affaire *Kéchichian* précitée.

47. Pour alimenter cette réflexion, cf. l'étude de F. Moderne, « Responsabilité de la puissance publique et contrôle prudentiel des entreprises du secteur financier. Retour sur la jurisprudence *Kéchichian* », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005.

Il est probable que les requérants qui engagent une action contre l'instance de contrôle assimilent les contributions de l'opérateur et du contrôleur au dommage. Puisque la surveillance de l'activité bancaire aurait sans doute permis de l'éviter, les implications sont tenues pour équivalentes. Partant de là, l'engagement de la responsabilité du régulateur procède peut-être, dans leur esprit, d'une substitution de responsabilité.

Mais il est plus probable encore que le moteur de l'action soit moins structuré : il s'agit de la récupération par ce moyen des fonds déposés et non restitués.

Ce point de vue empirique ne saurait être, en toute rigueur, entériné par le juge. Les fonctions d'intervention économique et de régulation ne sont pas équivalentes.

Ceci étant, il reste à savoir si les conditions d'engagement de la responsabilité de l'autorité de contrôle ont un rôle à jouer dans la cristallisation d'une distinction fragilisée par les tactiques contentieuses. En d'autres termes, l'exigence d'une faute qualifiée pour mettre en jeu la responsabilité de l'autorité de contrôle est-elle un moyen d'éviter toute confusion des rôles et donc des responsabilités ?

Si les choses peuvent être ainsi posées, c'est parce que le Conseil d'État dans l'arrêt *Kéchichian*, suivant l'analyse du commissaire du gouvernement Alain Seban⁴⁸, établit un lien entre ces données. Plus précisément, la non-substitution des responsabilités est affirmée et il est ajouté que « dès lors » la responsabilité de l'État ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde⁴⁹. On peut y voir l'idée que cette exigence d'une faute lourde est la traduction de cette distinction des responsabilités. Mais il semble bien aussi, même si ce n'est pas dit expressément, que cette qualification de la faute est un moyen d'éviter un glissement vers une confusion des actions et une substitution des responsabilités.

58. – Reprenons rapidement les données du problème⁵⁰. Le juge administratif a, de longue date, évalué les difficultés de l'activité de contrôle et la nécessité de ne pas l'entraver par une mise en cause juridictionnelle trop aisée. Il a aussi perçu les enjeux d'une action en responsabilité du point de vue des rôles respectifs des acteurs. Sa réponse consiste à exiger la commission d'une faute lourde de l'organisme de contrôle⁵¹.

48. Cf. les conclusions d'Alain Seban publiées à la *RFD adm.* 2002, p. 742 et s.

49. « Considérant que la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants ; que, dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'État pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde. »

50. Parmi de nombreuses études on retiendra notamment : Y. Gaudemet, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 561 et s. ; J. Moreau et C. Broyelle, « Responsabilité du fait des activités de contrôle », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 918.

51. CE, Ass., 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle c/État*, Rec. p. 100.

Elle a été réitérée à plusieurs reprises⁵². Et il ressort de l'ensemble de la jurisprudence que dans un contexte général de recul du verrou que constitue la faute lourde, celui-ci est maintenu lorsqu'il s'agit d'activités de contrôle⁵³. La solution n'est toutefois pas absolue puisque dans différentes hypothèses mettant en cause une activité de contrôle, a été admise la suffisance d'une faute dite simple ou non qualifiée de lourde⁵⁴.

59. — Les motifs du recours à la faute lourde sont bien connus. La difficulté de l'action visée, le respect de la marge de manœuvre conférée au décideur sont fréquemment invoqués. Ils semblent de plus en plus difficilement tenables⁵⁵ au vu des hypothèses dans lesquelles la faute lourde a disparu — domaine médical, certaines activités de contrôle — en dépit des difficultés évidentes de l'action et des marges de choix qu'elles supposent.

Le souci d'éviter de faire supporter au contrôleur toutes les conséquences d'actes qui ne sont pas les siens est aussi un élément déterminant, selon le raisonnement décrit dans l'arrêt *Kéchichian*. Cela revient finalement à vouloir que la responsabilité du contrôleur n'intervienne pas en relais de celle de l'opérateur défaillant. L'idée est ainsi exposée par le commissaire du gouvernement :

« Aussi ne serait-il pas satisfaisant que la responsabilité de l'État puisse être systématiquement mise en jeu à chaque fois qu'une banque tombe en déconfiture. C'est à nos yeux l'argument décisif pour reconnaître une certaine spécificité au régime de responsabilité de la puissance publique du fait d'activités de contrôle ou de tutelle. »

Il ajoute plus loin :

« Si l'on admet trop aisément que puisse être recherchée la responsabilité du contrôleur, le risque est grand que, singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier ne soit absorbée par celle de l'État dont la solvabilité est assurée. »

L'analyse est ensuite située dans « le contexte général du droit de la régulation ». À ce titre est défendue l'idée selon laquelle un régime de faute simple retirerait au contrôleur toute marge de manœuvre et d'initiative en faisant peser sur lui la crainte d'une mise en cause, mais affecterait aussi la situation des contrôlés soumis de ce fait

52. Cf. CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c/Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, *op. cit. supra*; CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/Commune de Saint-Florent et autres*, *op. cit. supra*; CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autres*, *op. cit. supra*.

53. Voir aussi les activités des services fiscaux qui présentent une difficulté particulière.

54. Voir par exemple, CE, Ass., 9 avril 1993, *D. Rec.* p. 100, concl. H. Legal; CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/Consorts Botella*, *Rec.* p. 126. Il s'agit dans ces affaires d'activité d'organisation et de contrôle. V. aussi CE, Sect., 13 mars 1998, *Améon*, *Rec.* p. 82 (contrôle technique des navires).

55. Ce critère de la difficulté de l'activité est, au demeurant, présenté comme non décisif par Alain Seban dans ses conclusions sur l'arrêt *Kéchichian*.

à une pression excessive du contrôleur. Une telle situation serait contraire au principe même de la régulation, lequel « exige une marge d'initiative et d'action, que contribuerait à assurer l'octroi d'une "franchise de responsabilité" », selon l'heureuse formule de Jacques-Henri Stahl⁵⁶.

60. – On comprend cette vision très pragmatique des enjeux présents. Les arguments qui la fondent nous semblent néanmoins très discutables.

61. – Commençons par le prétendu risque de substitution des responsabilités. Ce qui est redouté est en réalité un déplacement artificiel de l'imputation comptable. On comprend cette crainte car le phénomène est plus que fréquent en contentieux administratif de la réparation. Toute la jurisprudence relative à la faute de l'agent est tendue vers l'objectif de fournir à la victime un débiteur solvable. Les notions qui servent cette finalité entretiennent avec les faits un rapport plutôt distancé et ceci ne gêne personne d'autant que la personne publique, évidemment sollicitée prioritairement, peut, par le jeu d'une action récursoire, obtenir une nouvelle répartition de la charge⁵⁷. Dans le cadre des rapports existant entre l'autorité de régulation et l'opérateur, les données ne sont pas les mêmes mais on peut imaginer que les créanciers tentent de récupérer auprès de la première ce qu'ils n'ont pas réussi à obtenir du second.

Examinons maintenant la question d'un point de vue strictement juridique. La modulation des caractères de gravité de la faute exigée est-elle une conséquence nécessaire de la distinction des responsabilités ? On cherche vainement un rapport entre ces deux données.

Le fond du problème réside dans le dédoublement de la notion d'imputation. Il s'agit de savoir si l'on impute la charge de la réparation au budget de celui auquel on peut effectivement imputer le fait générateur du dommage.

C'est donc par une conception rigoureuse du lien de causalité unissant une action donnée et un dommage que le risque de substitution, voire de confusion, des responsabilités sera évité. Le commissaire du gouvernement ne s'y trompe pas, d'ailleurs, et affirme qu'il lui aurait semblé « raisonnable » de « répondre à ce souci, qui soulève la question de l'imputabilité du dommage à la faute, par une application stricte de la théorie de la causalité, plutôt que par l'exigence d'une faute qualifiée ». Et si cette voie n'est pas choisie, c'est, toujours selon Alain Seban, parce que l'appréciation du lien de causalité serait presque mécanique. C'est donc à ce niveau que nos analyses divergent. Entre l'inconvénient, symbolique et conceptuel, que consti-

56. A. Seban, *op. cit. supra*.

57. Dans le cas des autorités de régulation, cette logique peut être un peu différente lorsque celle-ci a acquis la personnalité morale et donc lorsque l'État n'est plus débiteur. Voir notamment le cas de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Cf. M. Lombard, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP-CJEG*, avril 2005, n° 619, p. 127 et s. ; Rapport sur les autorités administratives indépendantes, AN n° 3166, 2006, v. notamment l'étude de M.-A. Frison-Roche.

tue la « franchise de responsabilité » octroyée par la notion de faute lourde, et la recherche non automatique donc délicate que constitue la recherche d'une causalité affinée, notre choix est fait. Pourquoi ne pas accepter de reconsidérer une théorie de la causalité qui a été très simplifiée, voire schématisée, par le juge administratif dans un souci d'efficacité notamment du point de vue de la réparation ? En d'autres termes, pourquoi ne pas considérer l'ensemble des causes du dommage et attribuer à chacune d'entre elles la part qu'elle a effectivement joué dans la réalisation du dommage ? Cette approche impose de cerner chaque fait générateur en le qualifiant de telle sorte que soient pris en compte son caractère direct ou indirect et son poids réel dans la réalisation du dommage. L'introduction d'un raisonnement de perte de chance permet d'affiner encore davantage le raisonnement.

62. – Venons-en maintenant à la « doctrine » du droit de la régulation. Si l'on suit la réflexion proposée, la régulation passe notamment par l'absorption d'une certaine marge de faute préservant ainsi « une marge d'initiative et d'action ». Admettons, ici encore, que l'idée est séduisante notamment parce qu'elle correspond à une lecture assez communément répandue de ce qu'est la souplesse ou la flexibilité. Pour autant, cette vision de la régulation peut être contestée.

Tout d'abord parce que le principe de la nécessité d'une faute caractérisée pour engager une responsabilité n'introduit pas véritablement de souplesse. La souplesse consiste dans la reconnaissance d'une liberté de choix d'action et dans le fait d'admettre, en conséquence, que l'erreur concrétisée par l'échec de l'action entreprise n'est pas automatiquement fautive. Cela suppose, en particulier, que la connaissance du résultat par le juge ne fausse pas l'appréciation portée sur le choix opéré au moment de l'action⁵⁸. L'élément déterminant ne se situe donc pas dans la gradation des fautes mais dans l'établissement ou non d'une faute. On pourra rétorquer que cela ne change rien et que tout est affaire de mot. Il n'en est rien, car le glissement de l'erreur à la faute n'est ni seulement une question de mot ni une question de degré. Il y a faute lorsqu'a été commis un manquement à des normes d'action, c'est-à-dire finalement à des obligations, de moyens, en l'espèce. L'erreur se manifeste alors même que l'action a été conforme à ce qui devait être fait. La souplesse n'est pas tolérance — au sens de non-sanction juridique — elle est préservation d'une marge d'erreur.

Il faut ajouter que la flexibilité produite par l'exigence d'une faute lourde est très théorique et incertaine car elle laisse le fautif à la merci d'une appréciation plus ou moins sévère de la faute. Et lorsque la qualification de faute lourde tombe, il n'est plus question de régulation mais d'un procédé juridique très traditionnel. Qu'est-ce alors que ce moyen de régulation qui est en fait déterminé par l'appréciation du juge ?

63. – On plaidera donc pour une conception du lien de causalité qui ne fasse pas l'économie de la complexité, pour une clarification des notions de faute et d'erreur, pour une décision juridictionnelle qui fasse aussi œuvre de pédagogie en expliquant

58. Cf. *supra* I.

ce qui est jugé, ce qui pourra l'être, faisant ainsi participer le juge à l'office de la régulation.

B. LA RESPONSABILITÉ DU RÉGULATEUR EN AMONT DE L'ACTION DE L'OPÉRATEUR

64. — La responsabilité de l'autorité de régulation du fait des actes qu'elle produit ou de ses agissements⁵⁹ peut être mise en jeu par l'opérateur.

Cette responsabilité, pour faute ou sans faute, ne succède pas à une éventuelle responsabilité de l'opérateur. Elle pourrait même la précéder et prévenir une action ultérieure contre l'opérateur. L'hypothèse mérite tout de même un détour — consacré à la responsabilité du fait de l'activité normative — parce qu'elle illustre, elle aussi, la manière dont le mécanisme de responsabilité alimente une logique de régulation.

1. En raison d'une faute

65. — Commençons par le cas où l'autorité de régulation a commis une faute en produisant un acte illégal. Toute illégalité est constitutive d'une faute⁶⁰ et donc susceptible de fonder l'engagement de la responsabilité de l'auteur de l'acte⁶¹. Encore faut-il qu'il y ait un préjudice⁶² et que l'acte n'ait pu être adopté sans l'illégalité qui l'entache.

L'autorité de régulation qui commet une telle illégalité peut ainsi voir sa responsabilité engagée par un opérateur qui estime avoir été gêné dans la conduite de son activité⁶³. La réglementation — si l'autorité détient un tel pouvoir —, la production de décisions individuelles donnent lieu à ce processus juridictionnel⁶⁴.

59. CE, 22 juin 1984, *Commission des opérations de bourse*, req. n° 18371.

60. CE, 16 juillet 1926, *Trésallet*, *Rec.* p. 751.

61. CE, Sect., 26 janvier 1973, *Driancourt*, *Rec.* p. 77.

62. CE, 28 juillet 1999, *SA Domaine de Marlioz*, req. n° 188459 : « Considérant, en deuxième lieu, que, si l'illégalité dont est entachée une décision administrative constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, elle n'est de nature à ouvrir droit à réparation que dans la mesure où son application a entraîné un préjudice direct et certain ; que, lorsque l'acte litigieux a pour objet de fixer les prix ou les tarifs applicables dans un secteur économique, le préjudice indemnisable correspond à la différence existant, le cas échéant, entre les recettes qu'a perçues chacun des opérateurs de ce secteur sur la base des prix illégalement fixés et les recettes qu'il aurait perçues sur la base de tarifs tels qu'ils pouvaient être légalement déterminés... »

63. Il est à noter que les textes qui fixent la compétence juridictionnelle en matière de contentieux de la légalité doivent être interprétés comme réglant aussi cette question pour le contentieux des actions en responsabilité découlant des illégalités ; T. confl., 22 juin 1992, *Mizon*, *Rec.* p. 486.

64. Voir notamment le très remarquable arrêt de section du Conseil d'État du 25 février 2005, *France Télécom* (req. n° 247866, publié au *Recueil*, concl. E. Prada-Bordenave ; *RFD adm.* juillet-août 2005, p. 802 et s.). Le Conseil d'État annule une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications en matière de tarifs de dégroupage de la boucle locale avec effet différé puisque le juge estime qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de ne prononcer l'annulation de ces dispositions

66. – Outre les autorités de régulation, l'État peut aussi être mis en cause du fait de l'adoption d'une réglementation illégale⁶⁵, d'un refus⁶⁶ ou retrait illégal d'une aide⁶⁷ ou d'une autorisation⁶⁸. De même en cas de promesses non tenues ou de renseignements inexacts⁶⁹.

Le cas des actes non décisifs, tels que les recommandations et avis, mérite aussi une attention particulière. Le juge administratif a récemment admis que les recommandations émanant d'une instance consultative puissent en raison de leur contenu constituer une faute engageant la responsabilité de leur auteur⁷⁰. Ce type de mesure peut s'inscrire dans une politique de régulation en ce qu'elle procède d'un processus décisionnel complexe faisant intervenir des entités à compétence technique spécifique. Les perspectives tracées par cette jurisprudence sont à préciser à la lumière de décisions juridictionnelles relevant effectivement une faute. Mais il est clair, d'ores et déjà, quelle correspond à une conception très ouverte de la responsabilité civile comme ultime étape d'une politique décisionnelle en terrain mouvant.

2. En raison d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques

67. – La jurisprudence administrative connaît aussi l'hypothèse d'une responsabilité sans faute déterminée par une rupture de l'égalité devant les charges publiques. On

qu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la notification à l'Autorité de régulation de la décision.

On peut y voir un procédé contentieux de régulation. Il y aurait beaucoup à dire sur l'évolution du contentieux administratif en la matière et le débat relatif à la rétroactivité de la jurisprudence au regard des techniques de régulation.

Voir aussi : CE, Sect., 25 juin 2004, *Société Scoot France, Société Fonecta*, req. n° 249300 et n° 249722 ; TA Paris, 11 avril 2002, *Deloison, Dr. adm.* 2002, n° 168 : illégalité du règlement élaboré par la Commission des opérations de bourse.

65. CE, 23 juin 1976, *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rec. p. 324.

66. Pour une espèce particulièrement intéressante, cf. CAA Paris, 4 décembre 2003, *SETIL*, n° 00PA02740.

67. Pour un cas lui aussi fort intéressant, cf. CAA Nantes, 8 novembre 1995, n° 95NT00286 : illégalité fautive de nature à engager la responsabilité de la commune.

68. CE, 3 avril 1992, *SARL Nouvelles Frontières*, req. n° 88909.

69. Voir aussi les développements précédents I, A, 2.

70. CE, 31 mars 2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/SA Laboratoires Bergaderm*, req. n° 188833, publié au *Recueil* : « Considérant enfin que de nombreuses études et publications scientifiques ont, à partir de 1981, fait état de risques pour la santé des consommateurs engendrés par les produits solaires contenant des psoralènes et notamment du 5-MOP, tels que les produits Bergasol fabriqués par la SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm ; que ces faits justifiaient que la commission de la sécurité des consommateurs se saisisse de cette question ; qu'en recommandant l'interdiction de tels produits, cette commission, en l'état des connaissances scientifiques de l'époque, n'a pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'État ; qu'en confirmant cet avis en 1995, alors même que son avis du 17 septembre 1986 n'avait été suivi d'aucune interdiction ou limitation de l'emploi des psoralènes dans les produits solaires et que le Conseil supérieur de l'hygiène publique en France avait émis en 1993 un avis plus favorable à ces produits, la commission de la sécurité des consommateurs n'a pas davantage commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'État... »

songe à l'acte d'une autorité de régulation mais de façon générale à l'activité normative de l'État.

Son application en matière législative⁷¹ est remarquable d'audace mais rare. Plusieurs éléments y contribuent : la difficulté à établir la spécialité du préjudice, le refus du législateur mais aussi le fait que l'objet d'intérêt général prééminent de la loi peut être considéré comme s'y opposant. Sur ce dernier point il faut tout de même indiquer que le Conseil d'État a récemment abandonné le critère de l'objet de la loi⁷² pour déterminer la volonté implicite du législateur et s'en tient à la seule analyse du caractère indemnisable du préjudice⁷³.

68. – L'hypothèse d'une responsabilité sans faute du fait de décisions administratives régulières, réglementaires ou individuelles, a été consacrée par la jurisprudence administrative en 1963 à propos d'un règlement de police ayant eu des conséquences fâcheuses sur l'activité d'un commerçant⁷⁴. Les conditions de mise en œuvre de cette solution réduisent les cas d'applications positives à peu d'exemples⁷⁵. Les caractères de spécialité et d'anormalité du préjudice sont un premier obstacle⁷⁶; le rattachement du préjudice à un aléa normalement envisageable⁷⁷ ou auquel la victime s'est elle-

71. CE, 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, Rec. p. 25; CE, Ass., 21 juin 1944, *Caucheteux et Desmont*, Rec. p. 22.

72. CE, 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, req. n° 266564, concl. M. Guyomar.

73. Le préjudice doit être spécial, suffisamment grave et anormal au regard des aléas que la victime doit en principe assumer.

74. CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. p. 113.

75. CE, Sect., 31 mars 1995, *Lavaud*, Rec. p. 155 : constitue un préjudice anormal et spécial que l'intéressé ne pouvait prévoir celui subi par un pharmacien ayant dû cesser son activité à la suite des délibérations par lesquelles le conseil d'administration d'un office public d'HLM a décidé, à la suite d'incidents graves survenus postérieurement à l'installation de ce pharmacien et qu'il ne pouvait prévoir, la fermeture de dix tours d'habitation situées dans le quartier des Minguettes à Vénissieux, ce qui a entraîné le départ de trois cents familles représentant l'essentiel de sa clientèle.

76. Pour un exemple intéressant, v. CE, 17 mars 1989, *Ville de Paris*, req. n° 42428, 42469, 57712, 58431 : « Considérant, en deuxième lieu, qu'en renonçant, du fait de difficultés financières et techniques qui se sont traduites par le désengagement de l'État, à la réalisation de la voie radiale dite « Vercingétorix », la ville de Paris n'a commis aucune faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de la société SODEVAM; que, toutefois, cette dernière a subi un préjudice particulier, en raison de l'incidence de l'abandon du projet de radiale sur la fréquentation du parc de stationnement construit par elle au prix d'importants investissements; qu'eu égard au rôle que jouait cette société dans la réalisation de ce projet de rénovation urbaine, ce préjudice présente un caractère spécial et qu'en raison de sa gravité, un tel préjudice ne saurait être regardé comme une charge incombant normalement à la société SODEVAM; que c'est, dès lors, à bon droit que le tribunal administratif, par son jugement du 9 mars 1982, a jugé que, dans les circonstances où il était intervenu, l'abandon du projet de radiale autoroutière était, même en l'absence de faute de la ville de Paris, de nature à engager la responsabilité de cette collectivité envers la société SODEVAM... ».

V. aussi CE, 13 mai 1987, *Aldebert*, req. n° 50876, publié aux Tables du Recueil.

77. CE, 14 octobre 1991, *SOPALUNA*, req. n° 66145 : « Considérant cependant que la responsabilité de l'État à l'égard de la société «SOPALUNA» peut être engagée, du fait des conditions d'application des dispositions précitées si le préjudice subi par elle de ce chef présentait un caractère anormal et spécial révélant à son détriment une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques; que si, compte tenu du faible nombre d'entreprises éliminatrices d'huiles usagées et de l'importance de sa capacité d'élimination, la société «SOPALUNA» peut se prévaloir d'un préjudice spécial, il ne résulte

même exposée⁷⁸ permettant de refuser la réparation. L'objet de la réglementation représente aussi une limite non négligeable, puisqu'il est exclu que soit retenue une responsabilité sans faute en raison d'une réglementation visant à satisfaire un intérêt général prééminent⁷⁹.

Enfin, une telle responsabilité ne peut être admise lorsque le fait dommageable a pour origine l'octroi ou le refus réguliers d'une autorisation⁸⁰.

69. – La combinaison des actions juridictionnelles dépasse une simple logique indemnitaire ou d'annulation. On peut y voir quelque chose qui évoque la régulation par la mobilisation simultanée de plusieurs leviers d'action inscrits dans une perspective qui déborde largement le cas d'espèce traité.

*

* *

70. – S'il faut, pour conclure, trouver un fil conducteur à l'ensemble de cette réflexion, c'est bien l'évolution de la responsabilité civile vers une finalité d'intérêt public tout autant que privé qui s'imposerait. Le recours répond à un souci indemnitaire mais aussi à celui d'une police des échanges économiques. Ce n'est, à proprement parler, ni de l'action normative, ni de la sanction mais cela n'y est pas étranger. C'est quelque chose que l'on pourrait assimiler à une forme de régulation. De façon un peu spéculative, en usant d'intuition et, avouons-le, d'un certain déterminisme. Mais la régulation n'est-elle pas aussi faite de cela ?

pas de l'instruction que les quantités d'huiles usagées éliminées par cette société à savoir 33 200 tonnes en 1981 et 33 500 tonnes en 1982, alors que les prévisions qui lui avaient été communiquées par l'administration portaient sur une attribution minimale de 34 000 tonnes, seraient à ce point inférieures à ce qu'elle pouvait légitimement escompter, que le préjudice revêtirait un caractère anormal... »

78. CE, 10 juillet 1996, *Meunier*, *Rec.* p. 289 ; CE, 10 avril 2002, *SARL SOMATOUR*, req. n° 223100, publié aux Tables du *Recueil*.

79. CE, 15 mai 1987, *Sté Transports et affrètements fluviaux*, *Rec.* p. 176 : « Considérant, d'autre part, qu'en l'absence de disposition législative en disposant expressément autrement et eu égard à l'objet en vue duquel a été établie la réglementation des activités de transport par voie navigable, les décisions légalement prises en application de cette réglementation ne sauraient engager la responsabilité de l'État ou de l'Office national de la navigation sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques... » ; CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, req. n° 210944, publié aux Tables du *Recueil*.

Pour une étude approfondie de cette question, cf. *Lamy Droit public des affaires* 2003, n° 980.

80. CE, 29 mai 1985, *Société Trans-Union*, *Rec.* p. 162 : « En ce qui concerne le principe de l'égalité devant les charges publiques : Cons. que l'exercice d'une activité professionnelle rémunérée de transport aérien est soumise à une autorisation en vertu des dispositions précitées de l'article L. 330-1 du Code de l'aviation civile ; que, par suite, la société Trans-Union n'est pas fondée, en tout état de cause, à soutenir que les diverses décisions susmentionnées prises à son égard en application de ces dispositions lui auraient occasionné un préjudice pouvant donner lieu à indemnisation sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques... » ; CE, 30 mai 2005, *Société Air libre Parachutisme*, req. n° 267255.

Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs

Un point de vue économique

Laurent Benzoni

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
directeur du master Telecom Internet Média,
associé TERA Consultants*

71. – Dans une économie de marché fondée sur la liberté d'entreprise et du commerce, l'instauration de contraintes venant restreindre cette liberté procède, au fond, du constat (décision *ex post*) ou d'une crainte (décision *ex ante*) que cette liberté ne produit pas l'équilibre souhaité ou souhaitable. En effet, le marché devrait, d'un certain point de vue normatif, conduire à un point dit d'« équilibre » permettant la meilleure allocation des ressources au sein de l'économie, c'est-à-dire la maximisation du bien-être collectif, entendu à la fois comme une maximisation du surplus des demandeurs (ou consommateurs) et du surplus des offreurs (opérateurs dans le cadre de cette contribution). Il est remarquable que cet équilibre collectif puisse être atteint alors même que chaque acteur, offreur ou demandeur, poursuit la maximisation de son seul intérêt individuel (théorème dit de la « main invisible »). Nul n'est alors besoin, dans cette représentation, de l'intervention d'un « tiers-acteur » (régulateur) garant de l'intérêt de tous ou censé défendre les intérêts de certaines catégories d'acteurs.

72. – Néanmoins, le marché atteint cet objectif de maximisation du bien-être collectif sous certaines conditions très particulières. Ces conditions caractérisent, du point de vue de la théorie économique, l'état de concurrence pure et parfaite. Si ces conditions ne sont pas respectées, il s'ensuit une perturbation de l'équilibre qui conduit à favoriser un ou plusieurs acteurs du marché (opérateur ou consommateur), c'est-

à-dire de leur permettre d'accaparer une fraction du surplus de l'économie supérieure à celle qu'ils auraient obtenu en l'absence de cette perturbation.

73. – Il est possible de distinguer deux types de perturbations endogènes des conditions de la concurrence pure et parfaite : d'une part, les perturbations qui s'imposent à tous les acteurs que nous qualifierons de *perturbations structurelles* et, d'autre part, les perturbations qui procèdent de l'intention d'un ou plusieurs acteurs que nous qualifierons de *perturbations comportementales*.

Par exemple, la présence de rendements croissants dans une activité qui induit l'existence d'une *facilité essentielle* constitue une perturbation structurelle. Dès lors, l'opérateur qui contrôle la facilité essentielle peut obtenir un surcroît de surplus, si et seulement si, il adopte le comportement standard que l'on attend de lui, à savoir la maximisation de son intérêt individuel. Cela implique qu'il tarife l'accès à cette facilité essentielle à un prix de monopole lui permettant d'accaparer une rente au détriment des acteurs qui payent pour l'usage de la facilité essentielle.

74. – Dans une perspective *statique*, toute captation en sus du surplus par un acteur se fait alors et, bien entendu, au détriment des autres acteurs et se traduit, le plus souvent, par une destruction de surplus dans l'économie (perte de bien-être collectif). Cette destruction et cette distorsion dans la répartition du surplus économique posent problème : le « laisser-faire » ne produit alors plus le meilleur « équilibre ».

75. – Sur un tout autre plan, le marché produit, au mieux, la meilleure allocation des ressources à travers une « maximisation » des intérêts de chacun, comme cela vient d'être rappelé. Il convient de bien préciser que cela ne signifie pas que chaque acteur obtient alors, « à l'équilibre », le maximum de ce qu'il désire. Ici, le terme de « maximisation » signifie que chaque acteur intervenant sur le marché en tant qu'offreur ou demandeur a obtenu le maximum de ce qu'il pouvait obtenir, compte tenu de ses caractéristiques propres. La logique de maximisation qui prévaut est du type : « à chacun selon ses moyens », logique qu'il faut bien distinguer du : « à chacun selon ses besoins ».

Les moyens sont toujours limités mais les besoins peuvent être infinis. Aussi, l'économie de marché n'assure-t-elle pas nécessairement une distribution des richesses en phase avec les attentes individuelles ou parfois, plus généralement, en phase avec les attentes sociales. La perception de la richesse est plus d'essence relative, comparaison par rapport à autrui, que d'essence absolue, évaluation du niveau des stocks dont on dispose. Si les attentes sociales en matière de richesse divergent par trop des allocations de ressources effectives issues du fonctionnement du marché, dans un système politique démocratique, forte est la tentation de vouloir modifier les résultats du marché par l'exercice du pouvoir politique. Cette incursion du politique sur le fonctionnement du marché se traduit ainsi par des perturbations hors marché que nous qualifierons d'*exogènes* par opposition aux deux premières perturbations identifiées ci-dessus qui sont, elles, de nature endogène. Les perturbations exogènes, à l'instar des perturbations endogènes, ont donc pour effet et fonction de redistribuer

les surplus produits dans l'économie ou de modifier l'allocation des ressources pour induire une autre répartition des surplus¹.

76.– De notre point de vue économique, il sera alors entendu par « régulations économiques » l'ensemble des dispositifs ayant pour objet de corriger les perturbations endogènes ou de mettre en œuvre les perturbations exogènes. Les régulateurs ont alors pour fonction d'opérer ces dispositifs. Leur responsabilité est donc d'appliquer au mieux les dispositifs qui ont été instaurés.

I. DE LA DIFFICILE MISE EN ŒUVRE DES RÉGULATIONS ÉCONOMIQUES FACE À L'ASYMÉTRIE OU À LA CARENCE D'INFORMATIONS

77.– Telles que définies ci-dessus, les régulations économiques poursuivent des missions particulièrement diverses : corriger les biais structurels, sanctionner les comportements non désirables, mettre en œuvre des actions pour aboutir à des objectifs et résultats que le marché ne pourrait atteindre « spontanément ». Schématiquement, ces missions induisent des actions *ex post* et des actions *ex ante*. Les premières ressortent principalement d'une logique de sanction, les secondes d'une logique de prévention.

78.– Dans l'accomplissement de ces missions, les régulateurs vont se heurter à un problème structurel et récurrent identifié dans nombre de travaux économiques comme un problème d'information. Deux types de situation doivent être alors distingués : les situations d'asymétrie d'information ; les situations d'absence d'informations.

79.– Par *asymétrie d'information*, on stipule une situation où les acteurs potentiellement soumis au contrôle des régulateurs disposent d'informations que ne peuvent obtenir, ou du moins aisément obtenir, les autorités de régulation. Le cas d'école de ce genre de situation concerne le cas d'un accord de cartel entre des entreprises agissant sur un marché. Cette information est évidemment cruciale pour l'autorité de concurrence, elle n'est évidemment pas disponible ou même aisément révélable, y compris dans le cadre d'instructions dûment engagées. Des faisceaux d'indices vont alors se substituer à des preuves et l'impression d'arbitraire, voire d'atteinte à la

1. Le terme de perturbation est employé ici dans une acception positive, proche de celle la physique (phénomène modifiant un état), il n'a donc aucune vocation normative, « morale » ou « moralisante ». Il ne s'agit donc pas de considérer qu'à l'instar d'un élève chahuteur au sein d'une classe, l'incursion du politique serait un « perturbateur » qui bousculerait un « ordre naturel » qui devait prévaloir et qui serait considéré comme supérieur à tout autre. Un équilibre du marché qui n'est pas en phase avec les attentes sociales ne saurait être soutenable à long terme.

présomption d'innocence, vont alors peser sur des décisions fondées sur des faits indirects créant des soupçons plus que sur des faits directement liés à la pratique en cause. 80. – L'asymétrie d'information peut aussi concerner les situations où un acteur utilise une information à son seul avantage. Sur les marchés financiers, il est aisé de comprendre que le « délit d'initié » relève directement de ce cas de figure, même s'il est parfois techniquement très difficile de relier l'action d'un individu ou d'un opérateur avec le fait qu'il ait ou non disposé d'une information particulière ou bien s'il a fait jouer sa compétence et son expertise pour traiter des informations largement disponibles par ailleurs afin de prendre les bonnes décisions.

81. – Par *carence d'informations*, on désigne une situation où l'information pertinente n'est pas disponible ou parfaitement connue et fiable pour les acteurs, donc bien entendu pour les régulateurs. Cela peut concerner toutes les situations où les décisions de régulation engagent l'avenir avec son lot d'incertitudes, voire de spéculations, que suppose l'art de la prévision. Or, ces situations participent couramment des décisions de régulation quand il s'agit, par exemple, de rendre des avis sur des opérations de concentration ou bien sur des évolutions de tarifs basées sur des coûts. La carence d'information peut aussi concerner des situations où, pour instruire un dossier et prendre une décision, une autorité de régulation doit pouvoir bénéficier de toute l'information adéquate. Pourtant les acteurs se trouvent dans l'incapacité de fournir cette information. On peut citer ici l'exemple de la fourniture d'informations comptables issues d'une comptabilité analytique afin de vérifier des coûts que pourrait requérir une autorité de régulation dans le cadre de ses fonctions. Or, la comptabilité analytique ne constitue pas une obligation légale de telle sorte qu'une entreprise, en toute bonne foi, peut se trouver dans l'incapacité de répondre aux sollicitations précises de l'autorité de régulation concernant certains de ses coûts.

82. – Bien évidemment, les situations d'asymétrie et de carence d'informations peuvent se retrouver étroitement intriquées de telle sorte que décrypter, dans une situation donnée, ce qui procède de l'une ou de l'autre relève parfois de la gageure.

83. – Les autorités sont néanmoins soumises, si ce n'est à des obligations de résultats, à tout le moins à une exigence de satisfaire au mieux les missions qui leur sont confiées, lesquelles constituent le fondement même de leur création, de leur existence et de leur pérennité. Elles doivent donc s'acquitter au mieux de leurs tâches en contournant les obstacles informationnels auxquels elles se heurtent.

84. – Or, en l'absence d'informations adéquates et pertinentes, les risques d'erreurs et d'errements sont nombreux. Il s'agit moins d'évoquer les décisions dans le cadre de contentieux, qui, contestées devant un juge du recours, pourront être révisées ou cassées, que d'évoquer les décisions de régulation d'organisation des activités qui, basées sur de mauvais choix, induisent des évolutions irréversibles parfois extrêmement coûteuses pour les acteurs de l'offre, pour les consommateurs, donc pour l'ensemble de la collectivité. Il est courant de parler alors de *regulatory failures* (défaut de régulation) dont les effets sont plus pesants que les *competitive failures* (défaut de concurrence).

Ainsi, pour s'en tenir à quelques exemples récents, les procédures d'ouverture à la concurrence pour les marchés résidentiels dans les domaines de l'électricité et du gaz, celles des renseignements téléphoniques, l'organisation de la mise en concurrence pour les licences mobiles de troisième génération, celle concernant le marché du *roaming*, constituent autant d'exemples récents où les « défauts » de régulation, plus que les structures du marché ou le jeu des acteurs, paraissent au cœur des « perturbations » qui éloignent le marché de l'équilibre souhaitable et souhaité. À l'origine de ces errements, le plus souvent un défaut d'information ou une mauvaise information, les résultats de la régulation se ressentent et, dès lors, le jeu de la révélation de l'information et de son traitement constitue un élément crucial de la qualité de la régulation.

85. – Dans ce contexte les outils dont disposent les autorités de régulation sont aujourd'hui largement connus. Il s'agit, en premier lieu, de produire de l'information à travers les enquêtes et les études que les autorités de régulation peuvent mener par elles-mêmes ou bien faire mener, sous leur autorité, par des tiers (cabinets d'études de conseil et d'expertise).

En second lieu, il peut d'agir de faire remonter l'information par les acteurs du marché eux-mêmes : données sur les marchés, les coûts, les prix, entretiens bilatéraux, consultations publiques. Surgit alors une question classique : celle de la « capture ».

86. – Les acteurs les plus puissants, les groupes de pression les mieux organisés, les plus médiatisés sont à même, dans ce genre de procédures, de mieux se faire entendre que les acteurs moins puissants, moins organisés, moins médiatisés et, par l'ampleur du « bruit » qu'ils émettent, les premiers peuvent ainsi influencer et modifier la perception des autorités de régulation et infléchir alors leurs décisions. Le caractère technique de l'activité de régulation économique qui justifie, pour partie, l'existence d'autorités spécifiques, s'estompe alors au profit d'une vision plus « politique » de l'action de régulation. L'activité de *lobbying* gagne dans ce genre d'exercice ses lettres de noblesse.

Se pose alors incidemment la question de l'indépendance des autorités de régulation qui fût souvent si difficile à obtenir et à organiser. Contrer ses effets indésirables de capture suppose alors de privilégier les capacités d'expertise internes aux autorités ou de faire réaliser de nombreuses expertises sous le contrôle des autorités : solution qui impose de les doter de moyens spécifiques importants.

87. – Mais dans cette course à la recherche de l'information, d'autres moyens peuvent être mobilisés qui tirent l'essentiel de leurs principes de la théorie de l'économie de l'information. Les autorités vont alors fournir aux acteurs les incitations ou, au contraire, les sanctions adaptées aux problèmes posées.

88. – Ainsi, comme le souligne fort bien Marie-Anne Frison-Roche dans sa contribution à cet ouvrage :

« La régulation économique conduit à une conception radicalement instrumentale de la responsabilité, conception instrumentale dont le droit traditionnel connaît de nombreuses autres manifestations, par exemple la responsabilité imputée au gardien de la chose ayant causé le dommage. Il convient alors d'imputer une responsabilité aux agents dont on attend un comportement adéquat pour le bon fonctionnement du secteur

économique considéré, par exemple au regard des obligations d'information, de sécurité, de transparence, de mise en garde, etc. Le contenu, les critères et les sanctions attachées à cette responsabilité doivent pareillement être dessinés selon ce comportement attendu, donc le comportement futur. »

II. DU MANIEMENT DU MÉCANISME DE RESPONSABILITÉ PAR LES AUTORITÉS DE RÉGULATION

89. – L'économie s'intéresse depuis plus d'un demi-siècle aux problèmes d'information et d'incitations. L'incitation consiste à fournir aux acteurs les signaux qui vont les pousser à accomplir ce que l'on attend d'eux. L'incitation peut consister en une récompense ou en une menace. Dans le cadre de la régulation économique, ces problématiques ont connu de nombreux développements issus de recherches innombrables menées sous des corpus théoriques différents qui parfois s'opposent.

90. – Que retenir de ce foisonnement de travaux ? Les acteurs du marché sont considérés comme responsables des actions qu'ils mènent et leur responsabilité est d'autant plus grande que leur puissance sur le marché est elle-même grande. Les acteurs du marché ont conscience des conséquences de leurs décisions, ils savent en mesurer les effets aussi bien au niveau individuel qu'au niveau du marché. S'agissant des « producteurs », ils sont mus par la recherche du profit, qu'ils agissent en tant qu'offreur sur un marché ou en tant qu'acheteurs (marchés intermédiaires ou marchés de gros).

91. – Dès lors, pour internaliser au mieux les effets de leurs décisions, de nombreuses options sont offertes aux régulateurs, que ce soit pour endiguer les perturbations comportementales endogènes ou pour susciter les bons comportements afin de réguler les perturbations endogènes structurelles ou les perturbations exogènes.

92. – Il reste que ces outils issus des analyses économiques peuvent paraître très « innovants » en référence à certaines traditions juridiques. Nous allons prendre quelques exemples pour illustrer notre propos.

93. – Tant qu'une information cachée rapporte plus ou coûte moins que si cette information est révélée, les acteurs sont logiquement incités à conserver par-devers eux ladite information. Il en va ainsi des accords de cartel dès lors que la seule récompense de la dénonciation de cet accord par un acteur se traduit par une amende du même montant que celles des autres participants à l'accord, application d'un principe d'égalité de traitement face à la même faute. Dès lors surgit la logique purement économique des programmes de clémence : à savoir rendre économiquement attractive la sortie d'un accord de cartel pour l'acteur qui le dénonce.

94. – Il faut souligner en préambule que les cartels sont rarement des formes d'organisation stables dans le temps. L'intérêt mutuel des acteurs à se coaliser est souvent ponctuel. Aussi il arrive très souvent que dans un cartel, un acteur trouve son inté-

rêt à sortir de la collusion dès lors que les conditions du marché ont évolué ou que la situation individuelle de cet acteur a changé. Mais une sortie individuelle d'un accord de cartel est risquée. Elle peut induire des mesures de rétorsion concertées de la part des autres membres du cartel rendant alors cette opération de retrait plus coûteuse que la fidélité au cartel. En outre, la dénonciation de l'accord aux autorités, solution qui pourrait contraindre et discipliner les comportements des autres membres du cartel, peut, elle aussi, coûter plus qu'elle ne rapporte en raison des amendes auxquelles peut donner lieu le comportement illicite qui sera dénoncé.

Face à l'instabilité structurelle de nombre de cartels et au regard des risques encourus pour en sortir, la solution logique sur le plan économique est donc de perturber cet équilibre de *statu quo* indésirable en récompensant la délation. À l'instar des repentis qui, brisant l'*omertà* (loi du silence), ont permis à la justice italienne d'enregistrer d'importants succès dans la lutte contre la mafia, les délateurs de cartels vont alors permettre aux autorités de concurrence de débusquer les cartels et monter un dossier d'instruction intégrant les preuves formelles indiscutables de l'existence de celui-ci et de l'implication plus ou moins grande des acteurs du marché.

95. – Cette coopération des délateurs avec les autorités sera alors récompensée par un allègement de peine pouvant aller jusqu'à l'immunité totale en fonction de l'ampleur et de la « qualité » de la coopération². Ainsi le délateur, en échange de la reconnaissance « spontanée » de sa responsabilité dans des pratiques non encore découvertes et instruites par le régulateur, va bénéficier d'un allègement de sanction. Il paraît alors évident que cela renforce d'autant la responsabilité des participants aux mêmes pratiques qui, eux, ne se dénoncent pas.

96. – La suspicion générale qui se répand avec l'existence de tels instruments juridiques et la médiatisation de quelques cas doit alors avoir pour effet souhaitable de déclencher un mouvement de « repentis » et de rendre toujours plus difficile l'émergence de futures collusions. Il reste que, dans ces affaires, il conviendra de se défier des comportements où des acteurs pourraient être incités à orienter l'instruction en minimisant leur responsabilité afin de se dédouaner de pratiques illicites qu'ils auraient eux-mêmes initiées.

97. – Un deuxième exemple peut être évoqué : celui des « transactions ». Ici, les acteurs du marché acceptent, dans le cadre d'une sorte de « plaider coupable », de ne pas contester les griefs qui sont formulés à leur encontre. Dans ce contexte, les acteurs

2. Pour un cas exemplaire, cf. la décision n° 06-D-09 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes. Il est ainsi précisé que : « La société France Portes a bénéficié de l'immunité totale en contrepartie du fait : 1) qu'elle a, la première, apporté au Conseil de la concurrence des éléments probants, contribuant à établir la réalité de deux cartels (un cartel sur les portes planes et isoplanes et un cartel sur les portes laquées) et à en identifier les auteurs ; 2) qu'elle a fait preuve d'une coopération totale avec les autorités de concurrence à tous les stades de la procédure ; 3) qu'elle n'a pas exercé de contrainte à l'égard des autres membres du cartel ; 4) qu'elle a cessé de mettre en œuvre les pratiques d'entente à compter de l'ouverture de la procédure et qu'elle n'a pas prévenu les autres membres des cartels dénoncés. »

se doivent alors de prendre des engagements afin de montrer leur bonne volonté. Il s'agit alors de prendre les mesures nécessaires qui, non seulement éradiquent les comportements non désirables mais, en outre, fournissent des garanties pour que ces comportements ne puissent plus être réitérés. Comme dans le cas des procédures de clémence, la reconnaissance de la responsabilité se traduit par une réduction de sanction. L'arbitrage est alors assez différent du cas précédent puisqu'il s'agit pour l'acteur soumis à ce genre de procédure d'évaluer la probabilité du montant de la sanction avec ou sans procès. La légitimité économique de ce type de procédure est plus obscure. Il s'agit d'économiser pour le bien-être de tous les coûts et les incertitudes que génère une instruction menée à son terme avec les audiences diverses et décisions qui s'ensuivent : en quelque sorte, une application de l'adage selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. Il est alors de la responsabilité de l'acteur visé par la procédure d'évaluer ses chances ou non de faire valoir ses arguments.

98. – Il convient de noter que ces mécanismes de transaction peuvent éloigner fortement les pratiques des autorités de régulation économiques de leur objectif de « justice », entendu au premier chef comme une « recherche de la vérité ». En effet, le « temps de la transaction » est souvent bien plus court que « le temps de l'instruction » et de la tenue d'une procédure contradictoire qui respecte la présomption d'innocence. Les entreprises peuvent parfois préférer payer immédiatement une amende d'un montant connu pour l'intégrer dans leurs comptes plutôt que de laisser dans ces mêmes comptes apparaître et « traîner » une provision sous forme d'une estimation aléatoire de la sanction encourue pour les pratiques objets de la procédure. Une telle provision dont le montant peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial consolidé, puisque telle est le maximum prévu dans la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE), altère alors la visibilité sur la « valeur de l'entreprise ».

Inversement, certaines entreprises préféreront la voie « longue » et prendre le chemin d'un « bon » procès ultérieur afin de ne pas affecter, pour des raisons spécifiques, leurs profits à court terme tout en minimisant le montant de la provision qu'elles passeront dans leurs comptes.

On perçoit alors que la décision d'entrer ou non dans une procédure de transaction peut ainsi être très éloignée d'une reconnaissance réelle de culpabilité et se fonder principalement sur des considérations de stratégie ou d'optimisation financière n'ayant aucun rapport avec les faits et les pratiques incriminés, donc avec la recherche de la vérité. Cela est de toute évidence très problématique et peut fausser terriblement le bien-fondé de procédures dans lesquelles la responsabilité réelle ne serait parfois plus qu'un élément secondaire de la décision de reconnaître ou non les faits qui sont reprochés.

99. – Dans les procédures de transaction, les engagements constituent les gages de bonne volonté et de bonne conduite ultérieures que les acteurs vont proposer aux autorités de régulation. La nature et l'ampleur des engagements proposés par les acteurs sont aussi source de réduction des sanctions. Plus les engagements sont jugés « crédibles », plus ils peuvent être accompagnés d'une réduction des sanctions au titre

de la bonne volonté des acteurs concernés. Ici, aussi, la notion de « crédibilité » d'un engagement fait référence à des développements de théorie économique. Pour schématiser, un engagement est d'autant plus crédible qu'il est de nature « irréversible » et qu'il est « transparent ». *Irréversible* signifie ici qu'il en coûte plus de ne pas le respecter que de l'enfreindre. *Transparent* signifie qu'il doit pouvoir être « suivi » et audité par un tiers sans difficulté. Un engagement de nature « structurelle » répond alors mieux à ces deux impératifs d'irréversibilité et de transparence qu'un engagement de nature comportementale.

100. – Par exemple, supposons une entreprise disposant d'une facilité essentielle et intervenant sur le marché aval (connexe) des activités utilisant cette facilité essentielle. Dans cette situation classique, supposons que l'entreprise ait été convaincue d'une pratique d'abus de position dominante (refus d'approvisionner, ciseau tarifaire, discrimination, etc.) qu'elle ne conteste pas. Engagée dans une transaction, elle doit donc proposer des engagements. Un engagement structurel serait, dans ce cas d'espèce, de proposer la filialisation de l'activité en charge de la facilité essentielle et d'édicter des conditions générales de ventes pour l'offre au marché des biens ou services issues de cette filiale assorties de conditions tarifaires les plus objectives possibles (orientées vers les coûts). Un tel dispositif répond d'autant mieux aux critères du « bon » engagement qu'il rejoint sur le fond les dispositifs les plus sévères qui sont instaurés dans les procédures de régulation *ex ante*. On restaure par une décision structurelle une perturbation comportementale.

101. – Ce rapprochement des problématiques de l'*ex-post* (droit de la concurrence) et de l'*ex-ante* (régulation sectorielle) n'est guère surprenant. Avec les engagements, une logique de prévention se substitue en effet à une logique de sanction.

102. – Les engagements des entreprises, personnes morales, peuvent alors impliquer des engagements comportementaux qui pèsent, en réalité, sur les employés de ces entreprises. Les comportements indésirables des entreprises sont, dans nombre de cas, la conséquence d'actions menées par les salariés de ces entreprises. S'il convient de prévenir les comportements des entreprises, il convient donc de prévenir les comportements des salariés. La première forme d'engagement que peut prendre une entreprise est alors d'édicter des lignes d'éthique rappelant notamment les règles du « droit » spécifique induit par les régulations économiques s'appliquant à l'entreprise en question (droit général, droit sectoriel, engagements pris à l'occasion de procédures de transaction antérieures, etc.). Le respect de ce code peut alors être intégré au règlement intérieur que le salarié doit respecter sous peine de sanction (faute lourde). L'engagement peut aller plus loin en instaurant une organisation de procédures dites d'« alerte » par les salariés (*whistleblowing*). Il s'agit d'organiser, la remontée des informations vers la direction de faits délictueux menés par des salariés au sein de l'entreprise. Cette remontée d'information peut emprunter des procédures « techniques » (par exemple *tracking* des opérations menées par les *traders* à travers l'enregistrement des conversations téléphoniques conservées alors par l'entreprise) ou des procédures « humaines » (par exemple procédure de dénonciation « confiden-

tielle », voire anonymes, par des salariés suspectant leurs collègues de faits délictueux)³.

103. – À ce stade, le transfert de responsabilité des personnes morales vers les personnes physiques constitue aujourd'hui sans doute le stade ultime atteint par les régulations économiques afin de corriger ou de mettre en œuvre les perturbations endogènes et exogènes dans une économie de marché. Mais cela conduit à faire peser sur les personnes les contradictions intrinsèques au système. En effet, comme précisé en préambule, les entreprises dans le modèle de l'économie de marché doivent être mues par la stricte recherche de leur intérêt individuel, à savoir la maximisation de leur profit. C'est bien cette recherche du profit maximal qui provoque la dynamique de la concurrence, les incitations à investir, à innover, à se développer au bénéfice des consommateurs et de la société en général. Mais, contradiction du système, la maximisation du profit peut engendrer des abus forts rémunérateurs qui perturbent ce bel édifice, perturbation que doivent corriger les régulations économiques. Celles-ci ont donc eu pour objet initial de corriger, puis de prévenir les comportements indésirables de « catégories d'acteurs » (offreurs ou demandeurs). Aujourd'hui, avec les engagements impliquant des procédures où les « individus » semblent se substituer aux « catégories », la gestion de la contradiction du système retombe finalement sur les salariés.

104. – Typiquement, les commerciaux d'une entreprise perçoivent une bonne part de leur rémunération sous forme d'un « variable » en fonction du chiffre d'affaires qu'ils réalisent (obligation de résultats plutôt que de moyens). Lorsque ces commerciaux, pour améliorer ou garantir leurs résultats, prenaient quelques « largesses » avec les règles du bon fonctionnement des marchés, les conséquences de leurs actes étaient assumées finalement par leurs employeurs, personnes morales, lesquels avaient finalement instauré les mécanismes incitatifs qui « poussaient au crime » : maximiser le chiffre d'affaires pour maximiser le profit. Désormais, les individus sont susceptibles d'être « responsabilisés ». S'ils ne respectent pas les règles en dépit de procédures internes précises et approuvées par les autorités de régulation qui ont été mises en œuvre par les entreprises afin d'éradiquer les dérives indésirables, les entreprises sont-elles encore responsables des comportements de leurs salariés ? Condamnées pour un non-respect de leurs engagements induits par des comportements individuels, les entreprises pourront-elles se retourner contre les individus fautifs afin d'obtenir réparation du dommage et du préjudice subis ?

3. Pour une application très récente de ce type de problématique en droit français de la concurrence, cf. la décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

*

* *

105. – À l'issue de bref panorama, il convient de souligner deux points qui méritent réflexion et montrent les limites de la « référence » économique pour justifier de l'évolution récente des régulations économiques en matière de responsabilité.

106. – L'ensemble des dispositifs décrits vise à modifier les incitations à respecter ou ne pas respecter les règles. Pourtant, si l'on s'en tient aux décisions formelles, le montant des sanctions est censé être proportionné à la gravité des pratiques en cause et à l'ampleur du dommage causé. Il est alors intéressant d'observer que le montant financier des sanctions (amendes) croît fortement depuis quelques années. Cela souligne-t-il que les pratiques sont devenues plus graves ou que les dommages sont devenus plus importants ? Nous ne le pensons pas. Cette appréciation nous semble d'autant plus fondée que l'évaluation des dommages causés à l'économie en général ne fait pas plus, aujourd'hui qu'hier, l'objet d'analyses et de tentatives de quantification rigoureuse, lesquelles devraient pourtant prévaloir en l'espèce. Une autre logique semble donc prévaloir dans l'inflation pécuniaire des sanctions.

107. – En première approximation, plus les sanctions prononcées sont fortes plus un dispositif est dissuasif : le montant de la sanction est alors proportionné au prix de la dissuasion. Du strict point de vue économique, le prix de la dissuasion consiste en un calcul de la probabilité de se faire prendre ou non, associée au montant de la sanction encourue. Plus le risque d'être pris et sanctionné croît, plus la probabilité croît et, à pratique et dommage donnés, le prix de la dissuasion baisse, donc le montant de la sanction devrait baisser. En conséquence, si les dispositifs instaurés au cours des dernières années ont pour objet et pour effet d'accroître la probabilité d'être pris et sanctionné, l'augmentation constante du montant des sanctions constitue une sorte de paradoxe qu'il conviendrait d'expliquer.

108. – Les régulations économiques finiront-elles, au bout du compte, par peser principalement sur les personnes physiques ? Il convient de rappeler que les mécanismes d'incitation-sanction imaginés dans le corpus de la théorie économique fonctionnent avec des agents rationnels agissant et réagissant comme des « machines à maximiser » des gains. Ces modèles économiques, qui peuvent fonder « rationnellement » les nouvelles pratiques en œuvre dans les régulations économiques, n'intègrent donc pas dans la fonction « objectif » des agents les sentiments tels la jalousie, la haine, la peur, etc. Il faudra donc que les dispositifs de dénonciation et d'engagement intégrés dans les régulations économiques se protègent au mieux des errements qu'engendrent des relations humaines interpersonnelles conflictuelles afin d'éviter des dérives dans le fonctionnement des dispositifs qui altéreront totalement l'objectif initial recherché. La théorie économique ne peut être, à son stade de développement actuel, d'un grand secours dans l'élaboration de ces garde-fous : le droit retrouve ici tous ses droits.

Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeuse des Universités à Sciences Po (Paris),
directeur de la chaire Régulation*

109. – On peut discuter de ce qui fonde la responsabilité, des bienfaits de ses effets, à qui elle doit être imputée, à quoi on doit l'articuler, pouvoir, action, situation, etc. Depuis des siècles, juristes et moralistes s'y sont employés, le droit tourne autour, davantage la jurisprudence que la loi en ce que les juridictions explicitent davantage les causes et les effets des décisions que le législateur ne le fait dans l'adoption de ses normes souveraines. Mais il est acquis que la responsabilité désigne celui qui doit « répondre¹ ».

110. – À partir de cette vérité élémentaire, on peut, en premier, lieu développer la problématique très générale de la responsabilité pensée dans son adéquation avec les régulations économiques, puis distinguer selon qu'il s'agit de l'hypothèse de responsabilité de l'opérateur ou de celle du régulateur.

1. Sur cette dimension, v. l'article de référence de Geneviève Viney, « La responsabilité », in *Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, n° 35, p. 275-292.

I. L'ADÉQUATION ENTRE L'APTITUDE À RENDRE DES COMPTES ET LE BON FONCTIONNEMENT DES RÉGULATIONS ÉCONOMIQUES

111. – La responsabilité invite donc, dans un premier temps, à mettre en perspective les notions corrélatives d'« aptitude à répondre », donc d'« aptitude à être responsable », pour déterminer, dans un second temps, quel type d'aptitude est le plus adéquat dans les régulations économiques. Cela peut s'aborder par deux entrées : d'abord, à travers la conception juridique de la responsabilité pour choisir qui doit répondre pour que la régulation soit efficace (A); ensuite, à travers la conception économique et sociale de la régulation dans laquelle la responsabilité peut être un pilier de l'autorégulation (B).

A. LA DÉTERMINATION GÉNÉRALE DE L'APTITUDE À ÊTRE RESPONSABLE AU REGARD DE L'EFFICACITÉ DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE

112. – Cette tautologie entre la responsabilité et la désignation de celui qui répond peut tout d'abord conduire à tirer le mécanisme vers ses effets. Dans ce cas, la responsabilité jouxte la garantie, voire se déverse dans celle-ci. On peut aussi rattacher la responsabilité à sa source, par exemple la faute, auquel cas la responsabilité demeure proche de la morale et du critère de culpabilité. Dans la première perspective, on désignera comme responsable celui à qui cette imputation fera adopter le « bon » comportement (au sens où ce comportement a les effets attendus par le système, par exemple le recours du responsable potentiel à un contrat d'assurance). Cet effet incitatif joue aussi bien sur la personne visée que sur les tiers dont la situation est similaire. Dès lors, le jeu de la responsabilité est *de facto* collectif.

113. – Dans la seconde perspective, on désignera comme responsable celui à qui cette imputation est « due » en amont, parce qu'il a eu dans le passé un comportement reprochable. La responsabilité sera de nature individuelle et il faudra la forcer pour y ajouter un effet collectif, par exemple par une loi imposant la prise obligatoire d'une assurance.

114. – Ces deux conceptions, qui tirent dans deux sens opposés, même si le droit positif n'a jamais exclu l'une par l'autre, déterminent ce que l'on a donc nommé comme « l'aptitude » à être responsable. Pour insister sur le point dont nous verrons l'importance en matière de régulation économique, peut ainsi être « apte » à être responsable, d'une part, celui à qui cette responsabilité qui plane conduira à agir conformément aux intérêts collectifs du système, par exemple l'intérêt social, l'intérêt de la société, ou bien peut être « apte » à être responsable, d'autre part, celui qui a agi d'une façon reprochable.

115. – Par nature, ces deux approches comportent en leur logique leur régime juridique spécifique. Ainsi, la première implique le rattachement au bien-être collectif et n'a guère de rapport avec l'intentionnalité, voire avec l'action d'une personne.

C'est sur cette base que se sont développées les théories plus ou moins critiquables de la défense sociale². La seconde donne pertinence à l'acte acquis, donc naturellement passé, par rapport auquel on doit établir une causalité et pour lequel preuve est requise.

116. – Le choix entre les deux perspectives est variable, libre et plus ou moins net. Mais lorsqu'on fait interférer le souci d'une régulation économique, alors la balance va pencher plus nettement du premier côté. En effet, la régulation économique a pour souci d'établir et de maintenir de force et d'une façon constante des équilibres dans des secteurs économiques qui ne peuvent les produire ou les soutenir par leur propre mécanisme. Cet équilibre s'établit entre un principe de concurrence et un autre principe, par exemple le service public ou la gestion des risques.

117. – Si l'on conçoit ainsi un droit de la régulation économique³, celui-ci est autonome par rapport aux branches classiques du droit, notamment en ce que celles-ci se rattachent traditionnellement à la *summa divisio* du droit public et du droit privé⁴, parce que les règles et décisions qui le composent dépendent directement de l'organisation économique dans lequel il s'infiltré. La référence en est un système libéral, établissant par avance des mécanismes contrant des défaillances structurelles de marché.

118. – Dès lors, la régulation économique étant une organisation *ex ante* de secteurs économiques⁵ afin de satisfaire le bien-être collectif, lequel n'y est pas servi par les seuls comportements rationnels spontanés des opérateurs, le droit de la responsabilité va devoir s'imprégner de cette définition pour être adéquat à la régulation. Par ce mouvement, le droit de la responsabilité viendra renforcer le droit de la régulation : la responsabilité devient un mode de gouvernance des marchés⁶, par l'influence rétrospective ou anticipée qu'elle a sur les comportements des agents⁷.

119. – Cela donne tout d'abord pleine pertinence aux travaux d'analyse économique du droit de la responsabilité, domaine de prédilection du mouvement *Law and Economics*, précisément parce que la responsabilité y est conçue comme une emprise ordinaire et suffisante pour le fonctionnement des marchés, alliée aux mécanismes

2. F. Gramatica, *Principes de défense sociale*, Cujas.

3. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, chron., p. 126-129.

4. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation, objet d'une branche du droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 3-7.

5. M.-A. Frison-Roche, « L'*ex-ante* et l'*ex-post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po-Daloz, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », 2006, p. 33-48.

6. Cette conception, qui ôte de la main des États le gouvernement économique, est contestée. On se reportera notamment à la synthèse critique opérée par Pierre Legendre, « L'État parmi les formes de Gouvernement », *Revue des anciens élèves de l'ENA*, mai 2007, n° 371, p. 5-9.

7. Comme cela sera développé plus loin, ces agents peuvent être aussi bien des opérateurs que des régulateurs.

contractuels⁸. Ainsi, la responsabilité intervient non pas tant comme un ensemble de sanctions de comportements actés, procédé *ex post* donc, mais plutôt comme un ensemble d'informations dont disposent *ex ante* les agents et qui les incitent à adopter un comportement conçu et voulu par le régulateur dans la perspective du bien-être général.

120. – Le temps pertinent de la responsabilité n'est alors plus l'acte passé (faute avérée) mais l'acte futur (comportement attendu). La prescription juridique devient davantage une obligation d'agir, pour que l'agent porte l'intérêt général, qu'une simple interdiction (obligation de ne pas commettre de faute)⁹. La responsabilité se détache de la faute. Elle s'insère corrélativement dans un système cognitif.

121. – Dans cette adéquation générale entre responsabilité et régulation économique, la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale perd sa pertinence, puisque celle-ci puise essentiellement dans la distinction des fautes, ce qui suppose un rattachement préalable à l'acte passé, lequel n'est plus au premier plan dans les régulations économiques.

122. – Le critère de distinction entre les deux types de responsabilité devient une référence à l'efficacité des sanctions, ce qui explique par exemple que la peine de prison soit intégrée dans les mécanismes de régulation lorsqu'elle peut, seule, contrebalancer la grande chance des opérateurs de n'être pas découverts, du fait de l'asymétrie d'information, dans le même temps que la sanction peut devenir l'objet de transaction et de politique de clémence. À première vue, on peut y voir de l'incohérence, puisqu'on fait monter en même temps dans le système et la répression et la négociation sur la répression, mais en réalité l'articulation des deux permet plus d'efficacité. De la même façon, la responsabilité administrative, moyen efficace de répression et de contrôle, devient parfaitement pertinente, notamment du fait que l'activité de régulation jouxte celle de la police des secteurs¹⁰.

123. – Ainsi, la régulation économique conduit à une conception radicalement instrumentale de la responsabilité, conception instrumentale dont le droit traditionnel connaît de nombreuses autres manifestations, par exemple la responsabilité imputée au gardien de la chose ayant causé le dommage. Il convient alors d'imputer une responsabilité aux agents dont on attend un comportement adéquat pour le bon fonctionnement du secteur économique considéré, par exemple au regard des obligations d'information, de sécurité, de transparence, de mise en garde, etc. Le contenu, les critères et les sanctions attachées à cette responsabilité doivent pareillement être dessinés selon ce comportement attendu, donc le comportement futur.

8. Pour une étude d'ensemble, v. notamment C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342 et s.; C. Jamin (dir.), *Droit et économie du contrat*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2007.

9. Pour la description de ce mouvement, y compris en responsabilité pénale, v. J.-H. Robert, « L'obligation de faire pénalement sanctionner », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, Dalloz, 2000, t. 44, p. 153-161.

10. Dans ce sens, M. Lombard, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006.

124. – À ce stade de développement de ces réflexions, il convient d'insérer la contradiction qui apparaît entre la définition de la responsabilité, comme le fait de rendre de rendre des comptes, et le principe d'indépendance. Cela concerne aussi bien les opérateurs sur les secteurs que les régulateurs.

B. LA CONTRADICTION PREMIÈRE ENTRE RESPONSABILITÉ, LIBERTÉ D'ACTION ET INDÉPENDANCE DES ACTEURS DE LA RÉGULATION

125. – En effet, les agents économiques sont indépendants, puisque nous sommes dans un système libéral de marché, fonctionnant sur la liberté des acteurs, aussi bien offreurs que demandeurs. C'est de cette liberté-là que le droit de la concurrence est gardien¹¹. De la même façon, les régulateurs sont indépendants, selon un principe majeur du droit de la régulation, cristallisé dans l'appellation d'« autorité administrative indépendante » qu'on leur accole souvent¹². Il y aurait contradiction.

126. – Il faut donc articuler le mécanisme de responsabilité, le principe qu'il illustre à savoir le fait de rendre des comptes, et le principe à première vue opposé de l'indépendance. L'insertion est difficile car les termes paraissent contradictoires. En effet, si l'on étudie tout d'abord les opérateurs économiques en compétition sur les marchés des secteurs régulés, le principe d'indépendance leur est acquis à travers la liberté du commerce et de l'industrie. Celle-ci leur offre un pouvoir d'action. Ils rendront compte de l'usage qu'ils en font à travers la responsabilité. Rien de plus traditionnel en droit : la responsabilité est à la fois l'indice et la conséquence de la liberté d'agir. Mais lorsque la responsabilité est maniée à leur encontre par le régulateur, elle devient pleinement un outil de régulation et s'imprègne alors d'autres soucis, la gouvernance du secteur, qui affecte cette conception juridique classique.

127. – En outre, tel l'arroseur arrosé, le régulateur n'est pas exempt de responsabilité. Pourtant, celle-ci devrait reculer parce que le régulateur partage avec le juge la caractéristique d'être non seulement libre, donc maître de son action comme le sont les opérateurs, mais encore indépendant, c'est-à-dire protégé par l'immunité qui coupe tout lien entre son action et une responsabilité. Le statut couvre le pouvoir. La responsabilité du régulateur devient inconcevable, parce qu'elle entre en conflit non pas avec le principe de liberté d'action mais avec celui d'indépendance. Le fait de changer de langue, ce qui rend toujours plus supportable les choses, forme internationale de l'euphémisme, en évoquant l'*accountability* du régulateur suffit-il à résoudre la difficulté ?

11. M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Précis Dalloz, 2006.

12. V. B. Lasserre, « Qu'est ce qu'un régulateur ? », in *Droit, éthique, société. Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations*, PUF, 2002, p. 43-57. Pour les références ultérieures voir P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Sénat n° 404, et plus particulièrement le travail bibliographique p. 150-153.

II. RESPONSABILITÉ, INDÉPENDANCE ET REDDITION DES COMPTES DES OPÉRATEURS, PENSÉES À TRAVERS L'AMBITION DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE

128. – Par définition, l'économie libérale repose sur la puissance que confère aux personnes leur liberté, dont l'action économique est l'un des modes, et que l'État pré-organise et garantit. Ainsi, l'économie libérale n'est pas nécessairement spontanée, même si Friedrich Hayek a poussé jusqu'à cette conception son attachement à la liberté¹³. Dans cette perspective, la responsabilité est alors une clé de l'autorégulation (A). Mais d'une façon plus exogène, la responsabilité des opérateurs peut être un mode pour le régulateur de gouvernement des marchés (B).

A. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MODE D'AUTORÉGULATION

129. – Tout d'abord, l'autorégulation renvoie à l'idée qu'il suffit de quelques éléments, que sont les droits de propriété, le droit de contracter des engagements et le droit de saisir un juge, pour que l'économie soit juridiquement organisée. Dans cette conception juridicisée de l'économie, le droit n'est pas la traduction des rapports de force économique mais le préalable général de l'économie de marché¹⁴.

130. – Si l'on estime que la responsabilité est le fondement de la liberté économique, en ce qu'elle légitime son déploiement par la limite qu'elle lui impose (légitimité circulaire qui peut se traduire ainsi : « j'ai la puissance d'agir librement car je répons des effets de l'usage que je fais de cette puissance libre »), alors il n'est pas nécessairement d'aller plus avant dans l'organisation des marchés et des secteurs par le droit. En cela, l'indépendance des opérateurs, en ce qu'ils sont libres de s'affronter et de s'organiser, est un des clés de l'autorégulation¹⁵.

131. – C'est ce que soutient la thèse de l'autorégulation, dans son sens le plus radical, puisqu'il n'est alors pas besoin d'institutionnaliser la régulation, ni de prévoir des règles qui lui soient spécifiques. L'avantage de penser la régulation à travers une responsabilité ordinaire des opérateurs, responsabilité engendrée par leur puissance

13. *Droit, législation, et liberté*, PUF, 1980-1983 ; *Constitution de la liberté*, Litec, 1994.

14. Parmi les études très abondantes, opposant notamment la première conception, d'obéissance marxiste, et la seconde, d'obéissance libérale, v. F. Zénati, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », in *Archives de philosophie du droit, Droit et économie*, t. 37, Sirey, 1992, p. 121-129.

15. Dans la suite de cette étude, la question de l'indépendance, lorsqu'elle s'applique non plus aux opérateurs mais aux régulateurs, prend un autre sens puisqu'il s'agit de construire l'autonomie du régulateur par rapport à l'exécutif, mais l'idée est commune, à savoir l'intimité entre la liberté et la responsabilité. En ce qui concerne les opérateurs, la responsabilité est acquise, engendrée par le droit commun, et la liberté d'action peut être mise en doute par le biais de l'économie dirigée, alors que la question est posée d'une façon inverse en ce qui concerne le régulateur, puisque son indépendance est acquise, alors que la question de sa responsabilité demeure ouverte.

d'action (soit dans l'ordre contractuel/responsabilité contractuelle ; soit dans l'ordre général de l'action/responsabilité délictuelle) tient tout d'abord dans le fait qu'elle lie intimement régulation et liberté, alors qu'on a souvent tendance à opposer la régulation, comme organisation *ex ante* et contraignante des comportements, et la liberté. La référence souvent faite à la situation actuelle de « surrégulation ¹⁶ » se réfère implicitement à cette sorte d'âge d'or de la régulation, à base de contrat et de responsabilité.

132. – L'autorégulation, servie par la seule articulation de la propriété privée, du contrat, de la responsabilité et d'un juge, présente deux avantages pratiques, indépendamment de son intimité avec le libéralisme économique, auquel on peut adhérer plus ou moins. En premier lieu, l'autorégulation est une perspective que la mondialisation invite à considérer, puisque les États n'ont pas encore effectué un maillage normatif mondial. Or, dans la mesure où l'autorégulation ne requiert pas de pouvoir normatif extérieur, notamment pas celle d'un ou plusieurs États, autorégulation juridique et mondialisation économique riment bien ensemble.

133. – À ce titre, on observera que les trois secteurs régulés à la fois les plus globalisés et ceux pour lesquels on évoque le plus souvent la nécessité de régulation, c'est-à-dire le secteur financier, celui des jeux et le mécanisme de l'Internet, sont ceux pour lesquels on évoque aussi fréquemment les mérites de l'autorégulation, construits sur les contrats et les responsabilités des opérateurs ¹⁷.

134. – Néanmoins, la simplicité et la souplesse du système autorégulé ne sont qu'apparentes. En effet, quelles exigences que de disposer à la fois d'un droit des contrats, de mécanismes de responsabilité et d'un juge pour faire fonctionner l'ensemble ! Peu de pays satisfont de tels préalables et la question de l'effectivité, de l'entrée dans les faits des responsabilités, de l'*enforcement*, trouve peu de solutions dans de très nombreux pays, qui sont donc en réalité des trous d'autorégulation.

135. – Dès lors, l'autorégulation a tendance à sortir tout simplement du droit, parce que le droit élémentaire requis n'est pas effectif. Il faut alors s'en tenir tout d'abord à la haute conscience des opérateurs. C'est une responsabilité de type morale, les dirigeants d'entreprise se contraignant eux-mêmes, se tenant bien par une sorte de stoïcisme économique, pour les effets vertueux duquel la machine du droit n'est plus même sollicitée. Ce que l'on désigne parfois comme la « haute banque ¹⁸ », à savoir des entreprises qui, détentrices de l'information et de l'argent, donc de la puissance,

16. Pour des variations sur ce thème, v. J.-B. Zufferey, (*Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse*, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

17. V. par exemple E. Brousseau, « Régulation de l'Internet : l'autorégulation nécessite-t-il un cadre institutionnel ? », in *Économie de l'Internet*, numéro spécial de la *Revue économique*, septembre 2001, p. 349-377 ; B. du Marais, « Autorégulation, régulation et corégulation des réseaux », in *Le droit international de l'Internet*, Bruylant, 2002, p. 293-308 ; L. Cohen-Tanugi, *Le nouvel ordre numérique*, Odile Jacob, 1999. Voir aussi dans le domaine de la publicité, Bureau de vérification de la publicité, *L'autorégulation*, 2006.

18. Qu'illustrerait notamment le fondateur Sigmund Warburg de la banque Warburg.

ne l'utilisent néanmoins pas face à des clients en situation d'asymétrie et de faiblesse, seraient les titulaires de cette autorégulation moraliste et moralisante.

136. – Mais à peine sorti du droit, à peine évoquée la responsabilité morale des opérateurs comme mode d'autorégulation, on revient dans le droit. En effet, ces obligations de bien se tenir se cristallisent sous la forme de la déontologie¹⁹. Celle-ci est très présente dans la régulation bancaire et financière. L'intérêt au regard de la responsabilité tient à la plus ou moins grande extériorisation de la contrainte. En effet, dans l'ordre moral, la responsabilité est elle-même interne, et donne lieu à cette sanction particulière qu'est le remord, lequel peut être plus ou moins recouvert par le pardon. Le droit ordinaire ne relève pas cet ordre²⁰.

137. – Pour qu'il y ait une effectivité de type juridique attachée à ces obligations morales, pour que celles-ci émergent dans le droit²¹, il faut y ajouter quelque chose. La perspective est alors double. En premier lieu, le droit peut organiser une obligation de transparence des comportements, obligation juridique procédurale donc, laissant à la réprobation d'un secteur auto-observant²² le soin de faire effet sur la personne dont le comportement n'est pas conforme à ce qu'il devrait être. Il y a là mélange entre la contrainte sociale et la source juridique, articulation qui ne peut fonctionner que s'il y a une structuration sociale suffisante dans le secteur considéré²³.

138. – La seconde perspective, davantage juridicisée, consiste à institutionnaliser l'autorégulation par un organisme. Nous sommes encore dans le domaine de l'autorégulation car celui-ci « émerge » du secteur et prend généralement la forme d'une association. C'est ce que Fabrizio Caffagi désigne comme le « régulateur privé²⁴ ».

139. – Dans ce type d'autorégulation, ce régulateur est paradoxal en tant qu'il exprime l'autorégulation mais adéquat parce qu'il est le miroir de l'ambiguïté de la déontologie. L'organe étant donc de même nature, ambiguë, que la norme, est le plus souvent un régulateur professionnel. En effet, les professionnels, qui sont les intermédiaires du

19. V. par exemple D. Gutmann, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, 2000, t. 44, p. 115-128.

20. C'est pourquoi il est dommageable d'avoir qualifié de « programme de clémence » la méthode d'extraction des preuves, qui permet aux autorités de concurrence de récompenser la fourniture d'information, l'emprunt au vocabulaire moral ou de souveraineté politique n'étant pas de mise dans un mécanisme automatique d'efficacité.

21. Selon la conception très classique du rapport entre le droit et la morale. V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ ; P. Jestaz, « L'avenir de droit naturel ou le droit de seconde nature », *RTD civ.* 1983, n° 233.

22. Cela suppose un système dans lequel les diverses parties prenantes ont spontanément des informations les unes sur les autres et modifient leur propre comportement en conséquence et par anticipation. Cette théorie sociologique, développée notamment par Niklas Luhmann (v. P. Guibentif et A.-J. Arnaud, « Niklas Luhmann observateur du droit », in *Droit et société*, LGDJ, 1993, spécialement p. 147-177), a de nombreux points de contact avec la théorie économique des jeux.

23. C'est notamment le cas dans le « monde » de la banque et de la finance (v. M.-A. Frison-Roche, « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in *Sociologie du droit économique, L'Année sociologique*, 1999/2, vol. 49, PUF, p. 457-494).

24. F. Caffagi, « La responsabilité des régulateurs privés », in 13^e Forum de la régulation, *Les responsabilités en matière de régulation économique*, mai 2005.

secteur, voire les organisateurs de celui-ci, sont réunis dans des organisations, de forme très ancienne, association professionnelle, ordre professionnel.

140. – Ainsi, professions et régulation se rencontrent dans une perspective d'autorégulation, puisque la régulation se fait à la fois à l'extérieur des opérateurs pris individuellement mais néanmoins d'une façon internalisée à travers non seulement les opérateurs assemblés (par un même métier, une même profession) mais encore les organisations professionnelles.

141. – Dans ce type d'autorégulation organisée et semi-externalisée, deux phénomènes apparaissent : les normes professionnelles et l'activité disciplinaire. Les premières sont des normes d'observation ou de comportement. Celles-là sont de type procédural, consistant à organiser détention de l'information, transfert de l'information, intériorisation et réaction à l'information.

142. – Cela a vocation à produire, si l'on ne sort pas de ce système-là, des contraintes non pas sur le comportement même mais sur la communication à l'extérieur. Dès lors, contrairement à la tradition, notamment bancaire, liant autorégulation et secret, ou à le moins secret partagé entre pairs, l'autorégulation se noue à la publicité. Celle-ci devient à la fois mode d'organisation et forme de légitimité.

143. – Quant aux normes de comportements, on observe un mélange de référence aux règles de l'art, aux règles techniques, aux règles morales, parfois aux règles juridiques. L'ensemble est rassemblé dans des lignes directrices, codes et autres *restatments*, fatras qui recopie souvent des normes soit déjà supérieurement installées dans le droit (telle l'obligation de respecter la loi), soit contradictoires entre elles. Cette sorte de codification peut faire horreur pour qui voit dans celle-ci une œuvre de l'esprit qui produit un système, parce qu'elle résulte d'une sorte d'humus engendré par un empilement dans le temps d'expériences, de cas concrets, d'emprunts à d'autres pays. Elle crée cependant l'atmosphère dans laquelle la responsabilité des opérateurs sera engagée.

144. – Dans le système d'autorégulation, parce qu'il s'agit d'une régulation impliquant une responsabilité ayant pour fonction d'engendrer à l'avenir un comportement adéquat et de la part du contrevenant et de la part des tiers qui observent l'articulation entre défaillance et sanction, la responsabilité est de type disciplinaire.

145. – Cela explique la permanence et la pertinence des structures professionnelles, alors même que celles-ci ont pris racine dans le Moyen Âge²⁵. Cette efficacité de la responsabilité disciplinaire non seulement n'est pas inquiétée par la mondialisation mais elle est accrue par elle. Il faut en effet additionner les faits suivants : les professions sont mondialement organisées, elles fonctionnent en réseaux, ceux qui sanctionnent et ceux qui sont sanctionnés sont très proches, l'opprobre immédiatement diffusée dans la profession est efficace.

146. – Il apparaît ainsi que la responsabilité disciplinaire est l'organisation institutionnalisée dans l'autorégulation, qui répond le mieux à des régulations qui ne peuvent se penser que mondialement.

25. J. Hilaire, *Introduction historique du droit commercial*, PUF, 1986.

B. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MODE DE GOUVERNEMENT ÉCONOMIQUE PAR LE RÉGULATEUR

147. – Mais l'on peut concevoir aussi une responsabilité des opérateurs plus en distance d'eux-mêmes. En effet, même institutionnalisée et associée à la publicité, l'autorégulation peut faire craindre la capture, non pas tant par la corruption mais par des formes moins conscientes, donc plus dangereuses, comme l'indulgence à l'égard de celui qui vous ressemble ou le sentiment, plus collectif, de la crainte d'un scandale qui entraîne toute la profession dans le gouffre.

148. – Dans un tel cas, on en revient à la responsabilité au sens plus strictement juridique du terme, même si l'on a vu qu'il fallait la tirer vers l'incitation à des comportements futurs adéquats. La conséquence de son adéquation substantielle avec la régulation tient dans le renvoi organisationnel de cette arme entre les mains des régulateurs, et non pas seulement des juges de droit commun. La responsabilité des opérateurs retenue par le régulateur concorde avec la régulation.

149. – Tous les régulateurs disposent d'un pouvoir de sanction et le plus souvent d'incitation pour parvenir à leur fin. Il devient alors contradictoire de la part d'un régulateur, s'il se présente comme un arbitre entre les opérateurs, d'exercer fortement son pouvoir de sanction et de n'être pas doté d'un pouvoir de règlement des différends. Il ne s'agit pas ici de dénier que la sanction, sollicitée par un opérateur contre un autre, ou prononcée sans cette action mais ayant un effet bénéfique sur un autre (comme en matière de droit de la concurrence), ne contribue pas au maintien des rapports loyaux entre compétiteurs sur un secteur régulé. Mais le pouvoir de sanction a vocation à être manié pour maintenir des équilibres que le seul fonctionnement du marché, même avec des responsabilités civiles ou pénales qui peuvent être retenues par les juridictions, ne peut produire.

150. – Ainsi, la responsabilité des opérateurs, parce qu'elle est maniée par les régulateurs, est un outil de régulation et doit être maniée en tant que telle. Cela explique que le plus souvent, le régulateur a davantage de pouvoir que le juge pour engager la responsabilité des opérateurs, notamment sans se préoccuper de l'intentionnalité mais plutôt du simple manquement à la norme de comportement. Ainsi, la prise en considération de la récidive, comme fait justifiant une aggravation de la sanction, alors même que les textes ne visaient pas l'hypothèse, se justifie parce que ce constat montre en lui-même l'échec de l'incitation de la première sanction sur le comportement ultérieur de l'opérateur. Il faut dès lors que la seconde sanction, non pas tant s'alourdisse en soi, mais, démonstration faite de l'inadéquation du premier montant, trouve un montant accru plus efficace, donc plus adéquat, ainsi mieux fondé. L'objectivation de la sanction, que l'on peut réproucher au regard des principes classiques de la répression, va de soi dans la régulation.

151. – Cela explique que le montant des sanctions ne soit pas tourné vers le passé (amplitude de la faute) mais vers le futur (dissuasion du comportement à l'avenir) ou, à mi-chemin, vers la reconstitution de ce qu'aurait été la prospérité du secteur si le manquement n'avait pas eu lieu. Ces reconstitutions, confiées à des spécialistes de

théorie économique, constituent, avec l'effet à obtenir sur les comportements à venir, la base du montant et de la forme des sanctions. Dans les faits, cela engendre une augmentation très nette le montant des amendes et une mise en place de modes d'intervention rapide et publique par le régulateur.

152. – La répression en matière économique est ainsi substantiellement plus forte que dans les autres branches du droit qui attachent des sanctions à des comportements, voire à des positions²⁶. On peut s'en étonner car des comportements économiques sont ainsi davantage pourchassés et sanctionnés que des atteintes à la personne. Cela tient au lien très étroit entre responsabilité des opérateurs et construction des secteurs par les régulateurs. Ne pas l'admettre, ce qui est tout à fait concevable car des libertés publiques sont en jeu, revient à ne pas admettre le système de régulateur, lequel est effectivement critiqué dans son essence même au nom des principes démocratiques, notamment de la séparation des pouvoirs. Cela peut aller jusqu'à douter du mécanisme de la régulation elle-même, au nom d'une défense contre cette nouvelle forme d'interventionnisme public.

153. – Certes, le système a produit ses propres limites pour préserver les opérateurs, notamment le principe de proportionnalité dans les sanctions ou, par nature, le recours ouvert contre la décision devant une juridiction. En outre, la procédure de sanction elle-même, menée par le régulateur, est fortement juridictionnalisée, par application directe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, précisément, cette évolution, consistant à transformer grâce à la contrainte procédurale le régulateur en juge, peut être approuvée parce qu'il s'agit d'un pouvoir de sanction, même si elle a été aussi fortement critiquée car le régulateur n'est pas un juge mais ressemble davantage à un ingénieur²⁷ (qu'il est parfois dans les faits si l'on observe les formations et les fonctions précédentes des régulateurs) et parce que la sanction doit se penser par rapport à la régulation et pas par rapport à la juridiction²⁸.

154. – En cette matière, il faut sans doute garder la mesure, éviter les conflits violents de doctrine où chacun campe sur son terrain légitime, qui la régulation, qui la juridiction, et doser pragmatiquement, comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme, en préservant le cœur requis mais restreint (comme peut l'être l'ordre public international) du respect des garanties de procédure devant le régulateur dès l'instant qu'il est corrélé à un plein déploiement de ces garanties devant un juge du recours, qui doit être toujours accessible²⁹.

26. V., pour davantage d'explicitation, M.-A. Frison-Roche, C. Nocquet, J.-C. Marin, *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001.

27. J.-C. Jobart, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ*, 2004, n° 1, p. 33-73.

28. P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger, réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1060 et s.

29. Cette conception est également celle des systèmes de *common law* (v. J. Black, P. Muschlinski, P. Walker, *Commercial regulation and judicial Review*, Art Publishing, 1998).

155. – Ce que l'on peut donc observer en matière de responsabilité, ce sont des enjeux, voire des batailles procédurales³⁰, notamment parce que suivant qu'il s'agit de responsabilité civile, pénale ou administrative, le juge du recours et donc l'ordre juridictionnel concerné n'est pas le même³¹. La division n'est pourtant pas substantielle. Il s'agit de répression incitative, la pertinence de la distinction substantielle entre le civil, le pénal et l'administratif s'effaçant.

156. – Il ne faut pas nécessairement y voir une lacune, ou un archaïsme. En effet, la responsabilité maniée par le régulateur à l'égard des opérateurs ne se reportant guère aux comportements mais consistant en des incitations, des messages et des indications pour l'avenir, de la même façon que la procédure de sanction est appréhendée par un droit « processuel » qui dépasse les trois procédures et se cristallise autour de quelques principes fondamentaux, la responsabilité est appréhendée par un droit « sanctionnateur » qui dépasse les trois responsabilités.

157. – Cela explique notamment que les autres opérateurs que celui auquel le régulateur³² va demander des comptes sur son comportement passé (par la sanction) et futur (par l'engagement, à travers notamment des transactions sur les sanctions) sont de plus en plus incités à intervenir dans les procédures³³. Il ne s'agit pas tant d'un mouvement de « civilisation » de la régulation par cette présence plus forte des opérateurs contre les opérateurs, mais plutôt, à lire la doctrine de la Commission européenne et des régulateurs, un moyen de renforcer l'effectivité de la régulation, par l'activation d'agents gouvernés par leur intérêt particulier, concourant médiatement à l'efficacité du système.

158. – Le régulateur gouverne donc le secteur qu'il doit construire et dont il doit maintenir les équilibres grâce notamment au processus de responsabilité des opérateurs, qu'il engage directement. Cette puissance est si grande, notamment guère arrêtée par la division des pouvoirs, notamment pas en France du fait que nous ne sommes pas dans un régime politique de *check and balance*, qu'elle doit être limitée. Elle le sera, par un effet de miroir, par la responsabilité du régulateur lui-même.

30. V. par exemple S. Thomasset-Pierre, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties procédurales fondamentales*, préf. F. Ferrand, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2003, n° 393.

31. M. Bazex, « L'implosion du dualisme de juridiction », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 35-42.

32. E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFD adm.* 2004, n° 4, p. 751-771.

33. V. M.-A. Frison-Roche, « Efficient and effective Enforcement in Antitrust Law », in ESCORA, à paraître.

III. RESPONSABILITÉ, INDÉPENDANCE ET REDDITION DES COMPTES DES RÉGULATEURS, PENSÉES À TRAVERS L'AMBITION DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE

159. – Le régulateur doit être indépendant pour assurer sa mission, dès l'instant que l'État est partie prenante. Cela est incontestable s'il a des intérêts financiers dans des entreprises publiques en compétition dans le secteur³⁴. L'idée peut être soutenue, alors même que le secteur ne voit s'opposer que des compétiteurs privés, si l'indépendance de la régulation par rapport au gouvernement permet de soutenir la confiance des parties prenantes, par exemple celle des investisseurs, en matière de régulation financière.

Cette indépendance rend difficile la responsabilité. Mais un régulateur irresponsable n'est pas politiquement supportable. Tous les systèmes juridiques, économiques et politiques, ont été confrontés à cette première aporie (A), afin d'organiser une sorte dérivée de responsabilité à travers la reddition des comptes (B).

A. L'APORIE PREMIÈRE ENTRE INDÉPENDANCE DU RÉGULATEUR ET RESPONSABILITÉ

160. – Il est aisé à première vue de distinguer l'indépendance et la responsabilité, ce qui rend alors possible de les marier. En effet, l'indépendance suppose simplement que l'organe où la personne en cause ne puisse pas recevoir d'instruction d'un autre organe ou d'une autre personne. Ainsi, l'indépendance est liée à l'autonomie, comme l'ont montré les réflexions et la mise en place des banques centrales indépendantes.

161. – Confronté à cela, la responsabilité peut s'articuler sans difficulté puisque la personne peut être obligée à répondre de l'exercice qu'elle fait de ses pouvoirs³⁵, et dans le même temps être à l'abri des instructions, notamment gouvernementales. Si l'on va plus loin et qu'on estime que le régulateur est autonome et libre d'agir, alors la responsabilité paraît s'associer plus aisément encore avec cet exercice.

162. – Mais cette présentation harmonieuse ne prend pas en cause le temps, à savoir la projection que les acteurs font de l'exercice de leur pouvoir, liant pour leur part naturellement le passé et le présent. En effet, le principe de rationalité et d'anticipation n'est pas le propre des opérateurs, le régulateur y puise aussi des raisons de faire des choix et de prendre des décisions.

163. – Or, un régulateur qui anticipe peut avoir tendance à brider l'exercice de son pouvoir, ou à l'orienter, en fonction de la responsabilité qui peut y être ultérieurement associée. Ce comportement cognitif va faire passer dans la rationalité la responsabi-

34. A. Cartier-Bresson, *L'État actionnaire*, thèse Paris II, 2005.

35. Sur cette définition première, v. *supra* n° 111 et s.

lité avant la prise de décision, même si, dans l'ordre temporel, celle-ci succède à la première.

164. – La solution est alors de décharger le régulateur de sa responsabilité pour lui laisser son seul pouvoir, qu'il exercera alors sans pression, car l'anticipation transforme en réalité la responsabilité en contrôle. La problématique est la même pour les régulateurs et pour les juges. La solution est également la même : elle sera, dans pratiquement tous les pays, l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de ses régulateurs.

165. – La cohérence retrouvée ouvre alors une difficulté dans un autre registre, à travers un hiatus politique. En effet, l'État doit supporter sur ses finances des indemnités liées à un exercice de pouvoir sur lequel il n'a aucune prise. Alors que le droit ne cesse de vouloir associer pouvoir de décider et aptitude à répondre, par exemple à travers le principe du « pollueur-payeur » ou celui contenu dans le principe de précaution, on observe ici une dissociation entre position donnant pouvoir d'agir et responsabilité.

166. – Dès lors, l'irresponsabilité, disons l'immunité, du régulateur ne crée pas tant de problèmes juridiques que de problèmes politiques, rendant selon certains le pouvoir du régulateur insupportable. Le choix paraît alors être le suivant : soit on réinsère le régulateur dans le système politique ordinaire, soit on le rend davantage directement responsable pour que son indépendance soit supportée.

167. – La tendance que l'on observe en France relève plutôt de la première branche de l'alternative, des travaux conseillant la réintégration de la régulation dans la hiérarchie de l'exécutif. Si on préfère soutenir la pertinence de la seconde, à savoir l'indépendance d'un régulateur qui exerce pourtant sur le secteur un pouvoir de régulation, l'on peut tout d'abord qualifier le type de pouvoir qu'il exerce, pour opérer alors un lien plus ou moins nécessaire avec sa responsabilité.

168. – En effet, si l'on dit que le régulateur se contente d'exercer un pouvoir technique, à travers des normes, ou une application neutre des textes à travers les sanctions ou l'arbitrage et le règlement des différends, alors sa responsabilité est moins nécessaire, puisque l'office du régulateur est neutre. Mais les régulateurs élaborent des politiques de construction et de développement des secteurs, et les normes techniques façonnent ceux-ci, influant sur les stratégies à long terme des opérateurs. Cela n'est pas à critiquer en soi mais démontre l'existence d'un pouvoir de type politique. Il faut donc y associer une responsabilité de type politique.

169. – Cela est désigné par le terme anglais d'*accountability*. Il s'agit d'une « reddition des comptes » que le régulateur doit faire³⁶. Rendre des comptes, le droit connaît cela à propos par exemple des tuteurs qui ont géré le patrimoine d'autrui, caractéristique la personne qui exerce un pouvoir au bénéfice d'autrui. C'est pourquoi la problématique de la « responsabilité » des mandataires sociaux dans les sociétés est la même

36. C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford University Press, 2002.

que celle de la « responsabilité » des régulateurs³⁷ : les deux n'exercent un pouvoir que dans l'intérêt d'autrui. Ce constat élémentaire influe sur le type de responsabilité qui s'attache au régulateur.

B. LA SOLUTION D'UNE REDDITION DES COMPTES ORGANISÉE

170. – En effet, la responsabilité du régulateur va à la fois être plus faible et plus forte que la responsabilité ordinaire que connaît le droit. Dans une première perspective, cette reddition des comptes à l'encontre du régulateur ne se déroule pas devant les juridictions et ne prend pas la forme de sanction juridique. Même si un acte du régulateur se trouve être annulé par le juge du recours, il ne s'agit pas d'une responsabilité directe, mais plutôt d'une sorte de désapprobation médiate de l'auteur de l'acte.

171. – La reddition des comptes se fait donc sur un mode plus incertain, ce que l'on se plaît à désigner comme la *soft law*, à travers des rapports, des auditions, des conférences et des réponses à des questions posées. Le phénomène a vocation à s'accroître tout d'abord parce que cette procéduralisation de la reddition des comptes correspond à la même procéduralisation des instances devant le régulateur. Plus encore, la reddition des comptes n'est plus à la charge de ceux qui demandent des comptes, par exemple les juges, les parlementaires, les ministres, les consommateurs, l'opinion publique, mais elle est à la charge du régulateur lui-même.

172. – C'est celui qui est apte à répondre qui doit mettre les autres en mesure de le désapprouver. Voilà un mouvement décisif dans la conception de la responsabilité : le premier devoir de celui qui peut être désapprouvé est d'apporter à tous les moyens d'engager sa propre responsabilité. La règle de transparence, qui pèse sur les régulateurs et sur les opérateurs cruciaux³⁸, est le premier moyen de cela.

173. – Une autre considération alourdit la responsabilité du régulateur : les critères à l'aune desquels les comptes seront rendus. Dans une conception très juridique, voire comptable, le régulateur a satisfait à son obligation lorsque son action est conforme aux textes, aux ratios, etc. Mais dans la mesure où le droit de la régulation est téléologique³⁹, le régulateur, qui est au centre de celui-ci, doit voir son action appréciée de la même façon, c'est-à-dire à travers les objectifs visés et atteints.

37. Pour un approfondissement, d'ailleurs en termes sceptiques, de cette question, v. D. Schmidt, « Le droit des sociétés a-t-il été intégré par la loi NRE dans la logique de la régulation ? », in *Droit de la régulation : questions d'actualité, Petites Affiches*, n° spéc., 2003, p. 26-28.

38. Ces « opérateurs cruciaux » sont des opérateurs qui ont des fonctions de régulation de second rang, par exemple parce qu'ils gèrent des réseaux d'infrastructure essentielle. Ils ont à la fois plus de droit et plus d'obligation, notamment de transparence (sur un approfondissement de cela, v. M.-A. Frison-Roche, « Proposition pour une notion nouvelle : l'opérateur crucial », *D.* 2006, chron., p. 1895-1900).

39. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 610-616.

174. – Ainsi, le régulateur devient responsable non plus de la conformité des moyens employés par lui, mais des résultats atteints par lui⁴⁰. Il faut donc qu'il établisse que les effets de ces décisions coïncident avec les objectifs en vue de la satisfaction desquels le législatif lui a confié ses considérables pouvoirs.

175. – On mesure à travers cela que la reddition des comptes, mieux que la responsabilité strictement juridique, redonne au régulateur une place précise dans le système politique : il n'est pas tenu par l'exécutif ou par les juges puisqu'il doit demeurer indépendant dans l'exercice de ses pouvoirs mais il est tenu par les résultats de son action, pour l'obtention desquels une telle préséance lui a été donnée. La reddition des comptes est donc ce qui rend supportable politiquement et efficace économiquement l'indépendance du régulateur.

40. M.-A. Frison-Roche et J.-J. Laffont, *Contrôle et évaluation des autorités de régulation*, Rapport pour la Cour des comptes, 2001.

Banque et banquiers responsables

Reinhard Dammann

*Avocat au barreau de Paris (White & Case),
chargé de cours à Sciences Po Paris*

176. – On a souvent reproché au droit français son extrême sévérité à l'égard du banquier. Navigant entre Charybde et Scylla¹, la banque peut voir sa responsabilité engagée pour soutien ou maintien abusif de crédit, pour rupture fautive de crédit, ou encore pour violation du devoir de conseil.

177. – Plus récemment, la jurisprudence a développé de nouveaux concepts, comme ceux de proportionnalité², d'administrateur de fait par personne interposée³ ou d'obligation de mise en garde⁴. Elle procède également à des distinctions nouvelles,

1. F.-D. Poitral, « Soutien abusif ou rupture brutale du crédit aux entreprises : les banquiers entre Charybde et Scylla », *Banque et droit*, mai-juin 1994, p. 6.

2. V. l'arrêt *Macron* : Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *D.* 1988, p. 208, note J. Casey ; *JCP* éd. E, 1997, 1007, note D. Legeais et *JCP* éd. E, 1998, 173, obs. P. Simler ; *RTD civ.* 1988, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1988, p. 157, obs. P. Crocq (*infra* n° 184). V. aussi l'arrêt *Natiocréditbail* : Cass. com., 3 mai 2005 et l'arrêt *Souesme* : Cass. com., 20 juin 2006, *infra* n° 182.

3. V. CA Versailles, 29 avril 2004, *infra* n° 211.

4. Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 arrêts), *JCP* éd. E, 2005, 1359, note D. Legeais ; *JCP* éd. G, 2005, II, 10140, note A. Gourio ; *D.* 2005, AJ p. 2276, obs. X. Delpech ; *D.* 2006, pan. p. 167, obs. D. Martin et H. Synvet ; *RTD com.* 2005, p. 820 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} novembre 2005, *RTD com.* 2006, p. 172, obs. D. Legeais ; Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, *JCP* éd. E, 2006, 1522, note D. Legeais ; *D.* 2006, jur. p. 1618, note J. François ; Cass. com., 3 mai 2006 (3 arrêts), *JCP* éd. G, 2006, 1890, note D. Legeais ; *D.* 2006, AJ p. 1445, obs. X. Delpech ; *D.* 2006, jur. p. 1618, note J. François et Cass. com., 20 juin 2006, *JCP* éd. G, 2006, II, 10122, note A. Gourio ; *JCP* éd. E, 2006, 2271, note D. Legeais ; Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, *D.* 2006, AJ p. 1887, obs. X. Delpech. V. la chronique sous la direction de J. Stoufflet et N. Mathey, *JCP* éd. E, 2006, 2697, n° 37. V. *infra* n° 182.

en fonction de la finalité de la norme⁵, du degré de compétence professionnelle du client de la banque⁶ ou du caractère spéculatif du produit offert⁷.

178. – À deux reprises, le législateur est intervenu pour cantonner la responsabilité du banquier, d'abord en août 2003⁸, puis, le 26 juillet 2005, à l'occasion de la réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde a en effet introduit dans le Code de commerce un principe de non-responsabilité du créancier du fait des concours consentis, assorti de trois cas d'exception : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées⁹.

Évolution ou rupture ? Selon le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, l'article L. 650-1 du Code de commerce ne fait que reprendre les critères stricts développés par la jurisprudence¹⁰. En réalité, rien n'est moins sûr. L'article L. 650-1 bouleverse l'édifice jurisprudentiel et suscite de nombreuses interrogations¹¹ au point que certains ont pu se demander s'il ne s'agissait pas au contraire d'un « cadeau empoisonné » pour les banques¹².

179. – Quelles sont les répercussions de l'ensemble de ces changements pour le banquier (II) ? Avant de répondre à cette interrogation, il convient d'analyser le nouveau paysage de la responsabilité bancaire en droit français (I).

5. V. Cass. com., 28 avril 2004, *Bull. civ.* IV, n° 72 ; *Banque et droit*, juillet-août 2004, p. 56, obs. T. Bonneau ; *D.* 2004, AJ p. 1380, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP éd. E.* 2004, 830, note J. Stoufflet ; *JCP éd. G.* 2004, II, 10105, note C. Cutajar ; *RTD com.* 2004, p. 577, obs. M. Cabrillac ; *D.* 2006, pan. p. 119, obs. D. Martin et H. Synvet ; v. aussi, F. Boucard, « La violation d'une norme professionnelle constitue-t-elle une faute civile ? », *RD bancaire et financier* p. 273, v. *infra* n° 180.

6. Distinction entre les clients profanes et avertis (note n° 4), *infra* n° 182.

7. *Infra* n° 187.

8. *Infra* n° 188.

9. *Infra* n° 189.

10. V. Assemblée nationale, compte rendu intégral des débats du jeudi 3 mars 2005, *JOAN* 4 mars 2005, p. 1634.

11. V. R. Routier, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », *Gaz. Pal.* 9-10 septembre 2005, p. 33 ; R. Dammann, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit* septembre-octobre 2005, p. 16 ; D. Legeais, « Les concours consentis à une entreprise en difficultés (C. com., art. L. 650-1) », *JCP éd. E.* 2005, 1510 ; D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69 ; A. Lienhard dans *Code des procédures collectives*, 7^e éd., Dalloz, 2007, commentaire de l'article C. com. L. 650-1 ; P. Hoang, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, chron. p. 1458 ; J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, p. 1743 ; R. Routier, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un article "détonnant" pour le débiteur et "détonant" pour le contribuable », *D.* 2006, p. 2916.

12. D. Legeais, *op. cit.*, *JCP éd. E.* 2005, 1510, spéc. n° 31 et D. Robine, *op. cit.*, *D.* 2006, p. 69.

I. LE NOUVEAU PAYSAGE DE LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE

A. L'ÉVOLUTION DU DROIT COMMUN

1. La prise en compte de la finalité de la norme

180. – Dans un arrêt important du 28 avril 2004, la Cour de cassation a jugé que la violation des dispositions de l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux ne constituait pas, *ipso facto*, une faute civile pouvant être invoquée par la victime des agissements frauduleux pour réclamer des dommages et intérêts à l'établissement financier¹³. Ainsi la Cour prend en considération la finalité de la norme en distinguant selon l'intérêt à protéger¹⁴. Cet arrêt doit être rapproché de celui rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 4 mars 2005¹⁵. Dans un *obiter dictum*, la Cour a jugé que la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus¹⁶.

2. La prise en compte du degré de professionnalisme du client

181. – Dans quelles conditions l'emprunteur (ou la caution) peut-il se plaindre d'un crédit excessif, disproportionné ou inadapté ? La doctrine et la jurisprudence ont longtemps été divisées sur ce sujet¹⁷.

13. V. *supra* n° 177.

14. G. Canivet, « Les effets économiques de la jurisprudence bancaire », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les banques entre droit et économie*, LGDJ, 2006. On peut cependant s'interroger sur la cohérence de cette jurisprudence au regard d'un récent arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2006 (D. 2006, p. 2825, note critique G. Viney). La Haute Juridiction a en effet jugé que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Ne devrait-on pas en déduire que, *a fortiori*, la violation d'une norme de comportement générale telle que le monopole bancaire constituerait, *ipso facto*, une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ?

15. D. 2005, AJ p. 836, obs. X. Delpech ; D. 2006, pan. p. 119, obs. D. Martin et H. Synvet ; JCP éd. G, 2005, II, 10062, concl. R. de Gouttes ; RTD com. 2005, p. 400, obs. D. Legeais ; obs. crit. T. Bonneau, *Droit bancaire*, 6^e éd., Montchrestien, 2005, spéc. n° 216.

16. Cet arrêt a une portée plus générale, v. D. Martin et H. Synvet précités. Il met fin à la divergence entre la première chambre civile et la chambre commerciale qui avait jugé recevable une action en nullité, v. par exemple Cass. com., 19 novembre 1991, *Bull. civ.* IV, n° 347, p. 241 ; Cass. com., 27 février 2001, D. 2001, AJ p. 2001, obs. A. Lienhard ; D. 2002, pan. p. 636, obs. H. Synvet. Par un arrêt du 7 juin 2005 (n° 04-13.303), RTD com. 2005, p. 574, obs. D. Legeais, la chambre commerciale s'est ralliée à la solution posée par l'assemblée plénière. En toute logique, la chambre criminelle devrait abandonner sa jurisprudence, autorisant la victime à se constituer partie civile (v. Cass. crim., 3 juin 2004, D. 2004, jur. p. 2782, note B. Dondero ; *Banque et droit* 2004, p. 81, obs. T. Bonneau).

17. V. D. Legeais, *J.-Cl. Com.*, Responsabilité du banquier, fasc. 346, spéc. n° 4 et s.

La première chambre civile de la Cour de cassation paraissait relativement favorable à l'emprunteur, admettant l'existence d'une obligation de conseil¹⁸. Le banquier avait ainsi l'obligation d'orienter positivement le client sur sa décision. Par la suite, la même chambre a affirmé, dans son arrêt *Madec*, l'existence d'une obligation de mise en garde du client contre le caractère excessif d'un crédit¹⁹. Le banquier engageait aussi sa responsabilité à l'égard de la caution au titre du préjudice subi du fait de concours excessifs consentis au débiteur principal²⁰.

En revanche, la chambre commerciale n'admettait la responsabilité des banques que dans des circonstances exceptionnelles. Cette jurisprudence, inaugurée avec l'arrêt *Meneteau* du 11 mai 1999²¹, était fondée sur la théorie de l'asymétrie de l'information. Tant les emprunteurs que les cautions devaient apporter la preuve que la banque avait disposé d'informations, dont eux-mêmes n'avaient pas eu connaissance, relatives à la fragilité de la situation financière de l'emprunteur, à sa capacité de remboursement ou aux risques de l'opération financée.

182. – Depuis la série d'arrêts rendus le 12 juillet 2005, les deux formations de la Cour de cassation ont adopté une position médiane²². À l'occasion de la mise en place d'un crédit, le banquier n'est pas tenu d'une obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur²³. Cette jurisprudence trouve sa justification dans son obligation de non-immixtion dans les affaires de son client²⁴. En revanche, sous le visa de l'article 1147 du Code civil, ces arrêts consacrent l'existence d'un devoir de mise en garde du banquier en faveur de ses clients (emprunteurs et cautions) contre le caractère inapproprié, disproportionné ou excessif d'un crédit. La nouveauté de ces arrêts réside dans la distinction entre personnes profanes et averties. L'obligation de mise en garde existe à l'égard de l'emprunteur et de la caution profanes, indépendamment d'une éventuelle asymétrie d'informations, tandis qu'un tel devoir est en principe inexistant à l'égard du client averti, sauf si ce dernier prouve que la banque était en possession d'informations qu'il ignorait.

18. Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, *JCP éd. E*, 1996, 772, note D. Legeais.

19. Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, *D.* 2004, p. 1897, *JCP éd. E*, 2004, 1442, note D. Legeais.

20. En cas de manquement de la banque à son devoir de loyauté, d'information, de vigilance, de mise en garde à l'égard de la caution ou de conseil, v. D. Legeais, *J.-Cl. Com.*, *op. cit.*, spéc. n° 33. V. aussi Cass. com., 3 mai 2006, *JCP éd. E*, 2006, 2061, note D. Legeais. Cette action se distingue de celle pour disproportion manifeste du cautionnement par rapport à la situation patrimoniale de la caution, v. *C. consom.*, art. L. 341-4.

21. *JCP éd. E*, 1999, 1730, note D. Legeais. V. Cass. com., 24 septembre 2003 (n° 02-11.362), *Bull. civ. IV*, n° 137, *Banque et droit* janvier-février 2004, p. 57, obs. T. Bonneau, *D.* 2003, *RTD com.* 2004, p. 142, obs. Legeais (acceptation de circonstances exceptionnelles); Cass. com., 22 mars 2005, *Banque et droit* juillet-août 2005, p. 71 (rejet d'une action en responsabilité pour crédit disproportionné consenti lors de la création d'une société).

22. V. *supra* n° 177.

23. V. Cass. com., 3 mai 2005 (n° 04-15.517) et Cass. com., 20 juin 2006, précités. Cette jurisprudence confirme la position prise par la chambre commerciale depuis son arrêt *Lup* du 11 mai 1999, *JCP éd. E*, 1999, 1730, précité.

24. V. D. Legeais, *J.-Cl. Com.*, *op. cit.*, spéc. n° 5 et s.

183. – Des interrogations subsistent cependant. La notion de mise en garde n'est pas définie avec précision. Elle se déduit, d'une manière empirique, des circonstances de chacune des espèces tranchées ; d'où l'utilité pour la Cour de cassation de regrouper différentes affaires pour illustrer sa nouvelle jurisprudence. La technique utilisée par la Cour semble proche de celle du précédent, chère aux juges d'outre-Manche.

184. – Le devoir de mise en garde se trouve à mi-chemin entre le devoir d'information et le devoir de conseil²⁵. Selon la conception de la chambre commerciale, il semble comprendre un devoir de vigilance et d'information ainsi que l'obligation de vérifier, *in concreto*, le caractère proportionné du crédit par rapport aux capacités de remboursement de l'emprunteur²⁶. Incidemment, on retrouve ici le concept de proportionnalité développé par la Cour depuis l'arrêt *Macron* du 17 juin 1997²⁷.

La première chambre civile semble toutefois retenir une conception plus large. Outre l'obligation spécifique d'alerter l'emprunteur sur les risques de non-remboursement²⁸, dans l'arrêt *Grimaldi* du 12 juillet 2005, elle a reproché au gestionnaire des comptes de ne pas avoir « éclairé sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt ». Une partie de la doctrine est très critique à l'égard de cet arrêt qui mélange le rôle du banquier dispensateur de crédit avec celui du conseil et d'assistance en matière de gestion de patrimoine. Cette jurisprudence semble incompatible avec le devoir de non-immixtion du banquier²⁹. À suivre la Cour, le banquier pourrait devenir, en fait, le juge de l'opportunité des crédits consentis.

185. – Il reste également à préciser les critères permettant de déterminer si un client est profane ou averti. À la lecture des arrêts, on peut penser que le principal critère est celui du degré de compétence en matière bancaire, apprécié *in concreto*. Un homme d'affaires expérimenté³⁰ est un client averti, de même que, en règle générale, un dirigeant qui s'est porté caution des dettes de son entreprise³¹ ou un cadre supérieur³². Le dirigeant-caution de même que l'acquéreur d'un fonds de commerce peuvent cependant être des profanes s'ils sont des néophytes³³. La chambre commerciale ne se limite pas à une appréciation de la qualité intrinsèque du client *stricto sensu*. Elle intègre aussi les circonstances concrètes de la mise en place du prêt. Ainsi,

25. D. Legeais, *JCP* éd. E, 2005, 1359.

26. V. l'arrêt *Natiocréditbail* du 3 mai 2006 précité pour un engagement de la caution disproportionné par rapport à la modicité de son patrimoine. V. aussi l'arrêt *Souesme* du 20 juin 2006 précité. En ce sens A. Gourio, *JCP* éd. G, 2006, II, 10122 et D. Legeais, *JCP* éd. E, 2006, 1890.

27. V. *supra* n° 177.

28. Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, *D.* 2006, jur. p. 1618.

29. V. D. Martin et H. Synvet, *D.* 2006, pan. p. 167 et A. Gourio, *JCP* éd. G, 2006, II, 10122. D. Legeais (*JCP* éd. E, 2005, 1359) observe que, *de facto*, la Cour interdit à une banque de réaliser des opérations de crédit trop avantageuses pour elle.

30. V. l'arrêt *Lup* du 11 mai 1999 précité.

31. Arrêt *Guigan* du 12 juillet 2005 précité.

32. Arrêt *Seydoux* du 12 juillet 2005 précité.

33. V. l'arrêt du 20 juin 2006 précité.

elle a exonéré la banque de son obligation de mise en garde lorsque l'emprunteuse était assistée de son conjoint, cadre supérieur dans un établissement de crédit et coemprunteur³⁴. La question se pose dès lors de savoir si l'intervention d'un tiers qui pouvait mettre en garde, à la place de la banque, la personne profane, fait perdre à cette dernière le statut protecteur dont elle bénéficie. Cet élément est indifférent pour la chambre commerciale, qui a considéré que l'intervention d'un courtier n'exonère pas la banque de sa responsabilité vis-à-vis du client³⁵. La modestie du patrimoine et des ressources de l'emprunteur, ou encore son âge semblent également jouer un rôle dans la qualification d'un client profane³⁶. Enfin, dans deux arrêts récents du 29 juin 2007, la Cour de cassation a apporté une précision importante³⁷ : le simple fait qu'un client soit un « professionnel » ne suffit pas à établir qu'il soit un « emprunteur averti ». En pratique, il appartient donc à la banque d'apporter la preuve de la qualité d'emprunteur averti de son client, sans pour cela bénéficier d'aucune présomption.

Quelle est la sanction d'une violation de l'obligation de mise en garde ? Dans l'arrêt *Jaulski* du 12 juillet 2005³⁸, la Cour de cassation a jugé que cette question relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. En l'occurrence, les emprunteurs ont été déchargés des intérêts. La faute commise par l'emprunteur est également prise en considération³⁹. Dans la plupart des cas, le montant de la condamnation s'élève à la somme restant due par l'emprunteur en principal et intérêts. Ainsi, la jurisprudence lutte contre le surendettement des particuliers en effaçant, par compensation, la partie des engagements financiers auquel le débiteur ne pouvait faire face en tout état de cause.

3. La prise en compte du caractère spéculatif du produit offert à la clientèle

186. – Traditionnellement, la jurisprudence considère que le banquier n'a pas d'obligation de mise en garde à l'égard de ses clients lorsqu'il commercialise des produits financiers non spéculatifs⁴⁰. Dans ce cas, le banquier a un simple devoir d'information et cela même si son client est profane. En revanche, s'il s'agit de produits spéculatifs,

34. Arrêt *Natiocréditbail* du 3 mai 2006 précité.

35. V. Cass. com., 20 juin 2006, *JCP* éd. E, 2006, 2271, note D. Legeais.

36. V. l'arrêt *Jaulski* du 12 juillet 2005 précité. L'arrêt *Natiocréditbail* du 3 mai 2006 précité prend en compte le fait que la caution est une jeune étudiante et que son engagement est disproportionné par rapport à son patrimoine.

37. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *D.* 2007, AJ p. 1950, obs. V. Avena-Robardet; *D.* 2007, p. 2081, note Piedelièvre.

38. V. *supra*, note 4

39. Par exemple le défaut de communication à la banque d'une information importante ou un comportement particulièrement insouciant.

40. V. par exemple Cass. com., 14 décembre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 221.

latifs, le banquier a un devoir de mise en garde⁴¹. Cette jurisprudence a été confirmée dans cinq arrêts de cassation rendus par la chambre commerciale dans l'affaire *Bénéfic* le 19 septembre 2006⁴².

4. La prise en compte de l'évolution du métier de banquier vers la « bancassurance »

187. – Dans le cadre de son activité classique de distribution de crédit, le banquier est de plus en plus fréquemment amené à proposer à sa clientèle des produits complémentaires, principalement d'assurance. C'est le cas de l'assurance groupe, à l'occasion d'un prêt immobilier par exemple. Quelles sont alors les obligations du banquier ? Dans un arrêt récent, la chambre plénière de la Cour de cassation a jugé que le banquier a le devoir « d'éclairer [l'emprunteur] sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation⁴³ ».

Selon la doctrine, cette obligation d'« éclairer » serait à distinguer des obligations d'information, de conseil ou encore de mise en garde, telles que définies ci-dessus. En définitive, la distinction subtile à laquelle il faut se livrer pour cerner les devoirs du banquier en fonction de son activité, des produits commercialisés et des qualités intrinsèques de son client rend le droit positif difficilement lisible.

5. La responsabilité du banquier du fait de la rupture abusive de crédit

188. – Le régime de la responsabilité du banquier pour rupture abusive de crédit d'exploitation consenti aux entreprises a fait l'objet d'une réforme par la loi sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003 et son décret d'application du 30 décembre 2005⁴⁴. Conformément aux dispositions des articles L. 313-12 et D. 313-14-1 du Code monétaire et financier, l'établissement de crédit qui souhaite mettre un terme à un concours à durée indéterminée ou réduire celui-ci doit respecter un délai de préavis uniforme minimal de soixante jours. Le banquier ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait de son engagement durant ce délai de préavis. La banque est par ailleurs exemptée du respect

41. Cass. com., 5 novembre 1991, *JCP* éd. E, 1992, I, n° 40, obs. Gavalda et Stoufflet.

42. *D.* 2006, AJ p. 2395, note X. Delpesch ; *JCP* éd. E, 2006, 2697, n° 40, obs. J. Stoufflet et N. Mathey ; *JCP* éd. G, 2006, II, 10201, note A. Gourio. Ces arrêts posent aussi la problématique de l'étendue de l'obligation d'information. Il semble que la Cour de cassation s'attache avant tout aux informations écrites données aux clients (documents publicitaires et note d'information visée par l'AMF).

43. Cass. ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267, *Gaz. Pal.* 8 mars 2007, p. 20 ; *JCP* éd. E, 2007, n° 1375, note D. Legeais.

44. V. S. Piedelièvre, *D.* 2006, point de vue p. 434. V. pour la jurisprudence D. Legeais, *J.-Cl. Com., op. cit.*, spéc. n° 85 et s. et R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 2005, spéc. n° 112.10 et s.

du délai de préavis en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou si la situation de ce dernier s'avère irrémédiablement compromise⁴⁵. Cette exception s'applique aussi dans l'hypothèse d'un crédit à durée déterminée⁴⁶. La banque n'a pas à motiver sa décision dans la lettre de notification⁴⁷.

B. LA NOUVELLE FINALITÉ DE LA RESPONSABILITÉ DU BANQUIER DU FAIT DES CONCOURS CONSENTIS : LA PROTECTION DU DÉBITEUR CONTRE LE GASPILLAGE DE CRÉDIT

189. – La jurisprudence avait bien circonscrit le régime de la responsabilité du créancier pour soutien abusif. Pour établir sa responsabilité, le demandeur devait apporter la preuve que le banquier avait soit pratiqué une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges, soit apporté un soutien artificiel à une entreprise dont il connaissait ou aurait dû connaître, s'il s'était informé, la situation irrémédiablement compromise⁴⁸. Dans certaines conditions, la jurisprudence avait assimilé le maintien abusif des concours à un soutien financier abusif⁴⁹.

190. – Le débiteur pouvait engager une action de nature contractuelle en réparation de son propre préjudice⁵⁰. En règle générale, cependant, cette action était intentée en cas d'ouverture d'une procédure collective de l'emprunteur par le mandataire judiciaire afin d'obtenir réparation du préjudice collectif subi par les créanciers⁵¹. Une telle action était alors de nature délictuelle. Le titulaire de l'action devait prouver, outre la faute, l'existence d'un préjudice né de la création de l'apparence de solvabilité du débiteur par suite de l'octroi ou du maintien des concours. Ce préjudice correspondait généralement à l'accroissement du passif résultant de la continuation de l'exploitation pendant la phase de soutien abusif. Enfin, il fallait établir un lien de causalité entre le concours fautif et le préjudice subi. La réforme de 2005 bouleverse ce système.

45. V. C. mon. fin., art. L. 313-12, al. 2. Cette situation doit être appréciée au moment de la rupture du crédit.

46. V. D. Legeais, *J.-Cl. Com.*, *op. cit.*, spéc. n° 101.

47. V. Cass. com., 22 février 2005, *JCP éd. E*, n° 1850; *RD bancaire et financier* septembre-octobre 2005, p. 13.

48. Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, *BICC* n° 622, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 67 p. 70; *D.* 2005, *AJ* p. 1020, obs. A. Lienhard.

49. V. Cass. com., 10 décembre 2003, *JCP éd. E*, 2004, 252, note D. Legeais; *D.* 2004, *AJ* p. 136, obs. X. Delpech.

50. Elle était engagée par le dirigeant s'il n'était pas dessaisi, sinon par l'administrateur.

51. V. C. com., art. L. 622-20.

1. Le fondement et la nouvelle *ratio legis* de l'article L. 650-1 du Code de commerce

191. – L'article L. 650-1 pose un principe général de non-responsabilité du banquier en tant que dispensateur de crédit et prévoit, limitativement, trois exceptions :

« Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. »

Le texte ne précise pas le fondement de l'action. La qualification dépend de son titulaire. Elle est contractuelle si elle est intentée par le débiteur (insolvable ou en difficulté financière) et délictuelle si le mandataire judiciaire agit dans l'intérêt collectif des créanciers⁵².

192. – L'articulation entre le principe de non-responsabilité et les trois exceptions soulève des difficultés d'interprétation. On peut hésiter entre deux conceptions⁵³.

Selon une première lecture, les trois exceptions seraient de simples cas d'ouverture, causes de déchéance de la protection accordée par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Une fois l'obstacle franchi, le demandeur devrait établir la responsabilité du créancier en application des règles du droit commun.

Dans une seconde conception⁵⁴, le législateur a énoncé trois cas de fautes d'une particulière gravité qui justifient que l'on écarte le principe de non-responsabilité. Dans cette optique, l'article L. 650-1 définit explicitement les éléments constitutifs des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du créancier⁵⁵. Les termes « préjudices subis du fait des concours consentis » signifient que le titulaire de l'action doit prouver un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Cette lecture semble plus cohérente. Elle suppose, pour respecter la volonté du législateur de cantonner la responsabilité des banques, une interprétation stricte des trois cas d'exception.

a. La fraude

193. – La notion de fraude se réfère à la participation du banquier à des infractions pénales, par exemple à travers l'escompte de fausses factures ou de traites de complaisance. Une interprétation plus large de cette notion n'est pas exclue. On pourrait en effet envisager l'hypothèse où une banque soutient artificiellement un débiteur dont la situation est irrémédiablement compromise afin de « passer le cap » de la période

52. V. R. Dammann, *Banque et droit*, *op. cit.*, spéc. p. 20; Moury, *op. cit.*, spéc. n° 27.

53. D. Robine, *op. cit.*, spéc. n° 34 et s.

54. R. Dammann, *op. cit.*, spéc. p. 20. Également D. Robine, *op. cit.*, spéc. n° 38 et Moury, *op. cit.*, spéc. n° 4 et s.

55. C'est également la position du gouvernement français comme le rappelle D. Robine (*op. cit.*).

suspecte, sans toutefois s'immiscer dans sa gestion ni prendre des garanties disproportionnées (complémentaires).

b. L'immixtion dans la gestion

194. – L'exception de l'immixtion caractérisée semble viser la gestion de fait du banquier qui commet, en toute indépendance, des actes positifs de gestion en imposant la mise en place de concours ruineux ou qui prolongent artificiellement une situation irrémédiablement compromise⁵⁶. Cette action est différente de celle engagée contre un banquier, dirigeant de fait, pour insuffisance d'actifs conformément à l'article L. 651-2 du Code de commerce⁵⁷.

c. Les garanties disproportionnées

195. – La dernière exception vise la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis. Dans une conception classique, l'action en soutien abusif est de nature délictuelle. Sur ce fondement, il pourrait être soutenu que les autres créanciers subissent un préjudice en raison de l'accaparement des ressources du débiteur par le créancier bénéficiaire des garanties. Dans cette conception, la perte du bénéfice de non-responsabilité de l'article L. 650-1 serait une sanction liée à la gravité du comportement du banquier. La finalité de cette disposition est différente. Au lieu de protéger les tiers qui ont consenti des crédits sur la base d'une apparence de solvabilité, l'article L. 650-1 vise à protéger le débiteur contre le gaspillage de crédit⁵⁸. En effet, en cas de prise de garanties disproportionnées, le débiteur est asphyxié. Faute de garanties disponibles, il peut ne plus trouver de crédit et être dès lors contraint de solliciter l'ouverture d'une procédure préventive (mandat *ad hoc*, conciliation ou sauvegarde), de redressement ou de liquidation judiciaires. Il est donc important que le débiteur prouve un lien de causalité entre la constitution de garanties disproportionnées et l'origine ou l'aggravation de ses difficultés financières. Dans ce cas, l'action est de nature contractuelle⁵⁹.

2. Le champ d'application de l'article L. 650-1

196. – À l'origine, le champ d'application de la réforme était limité aux concours apportés dans le cadre de la conciliation homologuée. À la suite d'un amendement, l'article L. 650-1 a été inséré en tête du chapitre V du livre VI du Code de commerce. Compte tenu de cette localisation, ce texte ne peut s'appliquer qu'en cas d'ouverture

56. Une interprétation plus large de cette notion par référence au devoir de non-immixtion du banquier viderait le principe de non-responsabilité d'une grande partie de sa substance.

57. V. *infra* n° 210.

58. V. R. Dammann, *op. cit.*, p. 20. *Contra*, P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in *Mélanges Simler*, 2006, p. 291.

59. V. l'arrêt *Natiocréditbaïl* du 3 mai 2005 précité qui vise d'ailleurs l'article 1147 du Code civil en cas de mise en place d'un concours disproportionné.

d'une procédure préventive ou d'insolvabilité⁶⁰. Cette interprétation découle aussi du caractère exceptionnel de l'article L. 650-1 qui doit être interprété restrictivement. Elle est également conforme aux objectifs du législateur : favoriser le crédit aux entreprises en difficulté et protéger le débiteur contre le gaspillage de crédit.

197. – Une interrogation porte sur les types de procédures qui entrent dans le champ d'application de l'article L. 650-1. Une action délictuelle en responsabilité pour soutien abusif suppose en pratique une insuffisance d'actifs. On pourrait dès lors soutenir que l'article L. 650-1 ne peut s'appliquer ni en cas de conciliation (constatée ou homologuée) ni en cas de procédure de sauvegarde. Une telle interprétation doit être écartée. L'action en responsabilité fait partie du patrimoine du débiteur et contribue à son redressement. La loi de sauvegarde a par ailleurs spécifiquement restreint les conditions d'ouverture de certaines actions en responsabilité à certains types de procédures (par exemple l'article L. 651-2) alors que l'article L. 650-1 ne prévoit aucune restriction comparable. Enfin, l'article L. 650-1 vise à protéger le débiteur contre le gaspillage de crédit. Dans cette optique, le débiteur qui a sollicité l'ouverture d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation pourrait tenter une action en responsabilité contractuelle s'il prouve que le caractère disproportionné des garanties est à l'origine de ses difficultés financières ou les a aggravées.

198. – Reste la question délicate de l'application de la réforme dans le temps. L'article L. 650-1 ne s'applique pas si le débiteur ne rencontre aucune difficulté particulière au moment de la mise en place des concours, sauf si les concours en question provoquent *ipso facto* de graves difficultés financières, voire, à terme, l'insolvabilité du débiteur. Autrement, le droit commun de la responsabilité bancaire se trouverait en grande partie vidé de sa substance⁶¹. En l'absence de dispositions transitoires, ce texte s'applique aux procédures ouvertes à partir du 1^{er} janvier 2006⁶². Que se passe-t-il si le concours incriminé a été mis en place avant cette date, voire avant la publication de la loi le 26 juillet 2005 ? La réforme pourrait avoir un effet rétroactif indirect. En pratique, ce problème se pose surtout s'agissant du sort des garanties. Sur ce point, l'article L. 650-1 est plus « répressif » que l'ancienne action pour soutien abusif. Une solution (partielle) pourrait consister à obliger le créancier à donner mainlevée de certaines garanties afin de mettre un terme à la situation de disproportion. Ainsi pourrait-on respecter la nouvelle finalité de la loi, tout en permettant à un créancier « devenu » fautif après son entrée en vigueur de conserver la partie non critiquable de ses garanties.

60. *Contra* semble-t-il R. Routier, *op. cit.*, *Gaz. Pal.* p. 33, spéc. n° 10, et implicitement P. Crocq, *op. cit.*

61. Avant la réforme, l'action pour soutien abusif supposait, en pratique, l'ouverture d'une procédure collective. Par construction, les créanciers ne subissaient de dommage qu'en cas d'insuffisance de fonds pour assurer leur paiement.

62. V. CA Versailles, 15 décembre 2005, *D.* 2006, AJ p. 1601, obs. crit. de A. Lienhard sur la motivation de l'arrêt.

199. – La notion de « concours » semble viser les opérations de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, soit les opérations de crédit par décaissement de fonds, les promesses de crédits et les crédits par signature (cautionnements, garanties autonomes, lettres de confort). La mobilisation de créances et les locations assorties d'une option d'achat (notamment le crédit-bail) semblent également être visées par ce texte⁶³.

200. – La question se pose de savoir si un créancier qui consent, d'une manière abusive, des délais de paiements, apporte un « concours » et bénéficie ainsi du principe de non-responsabilité de l'article L. 650-1. Une partie de la doctrine est favorable à une telle interprétation⁶⁴. Avant la réforme, la jurisprudence avait jugé que l'octroi abusif de délais de paiement pouvait être un fait générateur de la responsabilité pour soutien abusif⁶⁵. Compte tenu de cette jurisprudence, il semble logique de faire bénéficier le créancier qui consent des délais de paiement de la même protection que celui qui octroie un nouveau concours. Une différenciation entre leurs situations respectives n'apparaîtrait pas justifiée.

201. – Reste l'épineuse question de l'application de l'article L. 650-1 à une action en responsabilité de la caution à l'encontre du banquier pour crédit excessif ou disproportionné. *A priori*, l'article L. 650-1 devrait s'appliquer. Il pourrait apparaître difficile de justifier un traitement dérogatoire de la caution par rapport à l'emprunteur ou des tiers ayant consenti un crédit sur la base d'une solvabilité apparente. D'ailleurs, si la caution prouve que le cautionnement qu'elle a consenti fait partie d'un ensemble de garanties jugées disproportionnées, elle bénéficiera de la nullité prononcée en application de l'article L. 650-1, alinéa 2. La caution pourrait également invoquer le bénéfice de l'article 2314 du Code civil⁶⁶. Vue sous cet angle, la réforme complète la protection de la caution conférée par l'article L. 341-4 du Code de la consommation en cas de cautionnement disproportionné par rapport à sa situation patrimoniale⁶⁷. En revanche, l'article L. 650-1 ne s'applique pas à l'action d'une caution qui reprocherait au banquier la violation de son obligation d'information, cette action étant distincte des fautes commises par le banquier à l'occasion de la mise en place des concours incriminés⁶⁸.

63. En ce sens A. Lienhard, *op. cit.*

64. En ce sens D. Legeais, *op. cit.*, n° 6 ; D. Robine *op. cit.*, spéc. n° 9, note 12.

65. V. Cass. com., 10 décembre 2003, précité.

66. Anciennement C. civ., art. 2037. La constitution de garanties disproportionnées constitue une faute qui fait perdre à la caution le bénéfice de la subrogation.

67. R. Dammann, *op. cit.*, spéc. p. 20. Également D. Robine, *op. cit.*, spéc. n° 18.

68. D. Robine, *op. cit.*, spéc. n° 18 ; A. Lienhard, *op. cit.*

3. L'incertitude sur les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité du banquier pour garanties disproportionnées

202. – Le législateur n'a pas défini le terme de disproportion. Le texte ne prévoyant aucun seuil, une simple disproportion objective suffit. Dans l'arrêt *Macron* précité, la Cour de cassation utilise l'expression « manifestement disproportionnée » pour caractériser la faute du banquier. Cette condition est également prévue par l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Un arrêt non publié au *Bulletin* de la Cour de cassation semble avoir admis une disproportion en matière de prise de sûretés réelles lorsque la valeur expertisée du bien affecté en garantie atteignait près de 200 % du montant du prêt⁶⁹. Une zone d'incertitude existe également en ce qui concerne la méthode d'évaluation qui devra être retenue par le juge. La valeur des sûretés varie dans le temps. Certaines sûretés peuvent porter sur un ensemble de biens susceptible de s'apprécier ou de se déprécier, comme le fonds de commerce, un stock de marchandises ou des instruments financiers. Même si la sûreté porte sur des biens individualisés, leur valeur est fluctuante. Pour apprécier le caractère raisonnable du taux de couverture, il faut se placer au moment de la constitution des sûretés. On devrait se référer soit au montant maximum autorisé dans la convention de crédit, majoré des intérêts prévus (y compris de retard) et des frais de recouvrement, soit un montant correspondant aux risques réels du banquier. Il semble également raisonnable de se référer non pas à la valeur de réalisation immédiate des sûretés mais plutôt à leur valeur future en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité du débiteur.

203. – Le terme de garantie est particulièrement large et comprend non seulement les sûretés (réelles) classiques, dont la cession Dailly et la clause de réserve de propriété, mais aussi l'ensemble des garanties personnelles. La délégation remplit la fonction d'une garantie et devrait dès lors être comprise⁷⁰. Le doute est permis s'agissant du crédit-bail⁷¹. La question se pose également s'agissant des engagements de ne pas affecter certains actifs en garantie, connus sous l'expression anglaise de *negative pledge*, qui sont fréquents dans la pratique bancaire. Eu égard à la finalité du texte de lutte contre le gaspillage de crédit, un auteur a assimilé ces clauses à une garantie au sens de l'article L. 650-1⁷².

204. – La véritable difficulté est ailleurs. Elle réside dans la nature des garanties prises et leur cumul. Le droit comparé est très instructif à cet égard. En Allemagne, le recours à la fiducie-sûreté est très répandu. Elle n'est pas limitée aux créances (présentes et futures) mais peut aussi porter sur un ensemble de biens corporels ou incorporels présents et futurs. La jurisprudence est intervenue pour protéger le débi-

69. Cass. com., 10 mai 1994, pourvoi n° 92-15.881. Il convient d'être prudent. Il s'agit d'un arrêt de rejet qui a alloué à la victime des dommages et intérêts relativement modérés.

70. V. D. Legeais, *op. cit.*, spéc. n° 16; Maury, *op. cit.*, spéc. n° 19.

71. Pour son inclusion D. Legeais, *op. cit.*, spéc. n° 16 et s.; contre son inclusion Maury, *op. cit.*, spéc. n° 19.

72. V. Maury, *op. cit.*, spéc. n° 20.

teur, tout en assurant une sécurité juridique pour les banques, en distinguant entre le moment de la constitution des sûretés réelles et la variation du taux de couverture au cours du crédit. En synthèse⁷³, une sûreté peut être annulée si, dès le départ, la valeur des sûretés dépassait au moins le double du montant du crédit. Si la sûreté excessive est le résultat d'une augmentation de la valeur globale des biens transférés à titre de sûreté en cours du crédit, le *Bundesgerichtshof* (Cour de cassation allemande) a jugé que l'emprunteur a le droit de demander une mainlevée partielle si la valeur future de réalisation du bien, objet de la garantie, en cas de procédure d'insolvabilité du débiteur est supérieure à 110 % du montant de l'encours ou si la valeur actuelle estimée dépasse le seuil de 150 % du montant du crédit⁷⁴.

205. – La problématique d'une éventuelle disproportion de garanties se pose donc avec acuité lorsque le banquier a recours à la propriété-sûreté. C'est notamment le cas de la cession de créances par bordereau Dailly, du gage portant sur des choses fongibles en application de l'article 2431 du Code civil (qui a créé un nouveau cas de propriété-sûreté en droit français)⁷⁵ et, depuis la loi n° 2007 du 19 février 2007, de la fiducie-sûreté en application des articles 2011 et suivants du Code civil⁷⁶. Un auteur a soutenu que le problème de la disproportion de garanties en matière de fiducie-sûreté ne pouvait pas se poser. Il estime que dans l'hypothèse où la valeur des biens transférés à titre de garantie excéderait largement le montant de la créance garantie, le débiteur disposerait néanmoins d'une créance de restitution sur la banque pour le surplus. Il pourrait donc affecter cette créance en garantie de ses engagements à l'égard d'autres créanciers⁷⁷. Juridiquement, cette remarque est exacte. Dans la pratique bancaire, toutefois, une telle créance n'est guère mobilisable⁷⁸.

206. – Un problème analogue se pose pour le gage avec dépossession ou pour le nantissement de créance. En théorie, le caractère accessoire du nantissement devrait protéger le débiteur. Le débiteur reste propriétaire de l'actif. La valeur résiduelle de l'actif, déduction faite du montant du crédit garanti, pourrait donc immédiatement être affectée en garantie. Ainsi, une disproportion de garanties serait inconcevable. En pratique, cela est moins sûr. Si la valeur du bien affecté en gage-nantissement excède le montant du financement, il est théoriquement possible de constituer une sûreté de second rang pour éviter un problème de surgarantie critiquable. Malheureusement, l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas généralisé la publication des sûretés dans un registre public. Dans ces conditions, la constitution d'un nantissement de

73. V. pour une étude plus complète R. Dammann, *op. cit.*, spéc. p. 22.

74. *NJW* 1998, p. 671 et s.

75. V. R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1299.

76. Sur cette problématique, v. R. Dammann, G. Podeur, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007, p. 1359.

77. V. P. Crocq, *op. cit.*

78. Cette observation explique d'ailleurs l'existence d'une jurisprudence abondante outre-Rhin sur la prise de garanties excessives, en particulier sous la forme de propriété-sûreté.

créances de second rang semble impossible. Le gage de second rang avec dépossession nécessite un entiercement. Cette mesure peut s'avérer compliquée à mettre en œuvre et ne peut se faire qu'avec la coopération du créancier gagiste de premier rang⁷⁹. La problématique devient encore plus aiguë en cas de cumul de sûretés⁸⁰.

207. – La question est dès lors de savoir si, à l'instar du droit allemand, le droit français impose désormais au banquier une obligation contractuelle de donner mainlevée partielle pour certaines garanties⁸¹ afin de remédier à une disproportion intervenue au cours du crédit par suite d'un remboursement partiel ou d'une augmentation de la valeur des sûretés consenties. Une telle obligation semble s'inscrire dans la logique du texte⁸². On pourrait également invoquer en ce sens l'obligation de bonne foi et de loyauté lors de l'exécution du contrat⁸³.

4. La sanction

208. – Si la responsabilité du banquier est retenue, les garanties prises en contrepartie des concours consentis sont nulles. Il s'agit d'une nullité relative établie dans l'intérêt du débiteur⁸⁴. Ce texte ne prévoit aucune faculté pour le juge de la moduler. La rédaction du texte implique que la nullité soit prononcée même si le juge retient la responsabilité du créancier sur la base d'une fraude ou d'une immixtion caractérisée. De plus, le banquier s'expose à une condamnation en dommages et intérêts.

209. – Le régime de la nullité-sanction de l'article 650-1, alinéa 2, est plus large que celui pour constitution de sûretés au cours de la période suspecte en application des articles L. 632-1 et suivants du Code de commerce. Ainsi, l'article L. 650-1 permet

79. V. R. Dammann, *op. cit.*, D. 2006, p. 1298 et s.

80. L'exemple suivant illustre la problématique. Un débiteur emprunte la somme de 200 auprès de la banque A. Il dispose d'actifs d'une valeur faciale de 500 qu'il affecte en garantie à travers une cession Dailly portant sur des créances d'un montant faciale de 150, une hypothèque sur un immeuble à hauteur de 150, un nantissement de son compte d'instruments financiers pour 120 et un nantissement de stock à hauteur de 80. À la suite du refus de la banque A d'augmenter ses concours, le débiteur sollicite un crédit de 100 auprès de la banque B. On pourrait penser que le débiteur puisse offrir au banquier B des sûretés de second rang suffisantes. En théorie, il dispose d'une marge de 300. En pratique cependant, la situation est plus complexe. Il ne peut offrir un second rang sur les créances cédées. Pour les autres actifs la constitution d'une sûreté de second rang est certes concevable, mais avec une décote (importante). De plus, pour être garantie, la banque B ne peut se contenter d'une seule sûreté de second rang. Sinon, elle pourrait se retrouver sans garantie, si le banquier A décidait de réaliser d'abord la même sûreté. En conclusion, prise isolément, chacune des garanties consenties en faveur de la banque A n'est pas proportionnée par rapport au crédit, mais prises dans leur globalité, elles paraissent disproportionnées. Elles peuvent même empêcher le débiteur d'obtenir un financement complémentaire.

81. La question se pose surtout pour la fiducie-sûreté (ex. Dailly) et les garanties portant sur un ensemble de biens fongibles (ex. nantissement de compte d'instruments financiers).

82. R. Dammann, *op. cit.*, spéc. p. 20.

83. V. pour une application récente de ces principes en matière de cautionnement, Cass. ch. mixte, 17 novembre 2006, D. 2006, AJ p. 2907, obs. V. Avena-Robardet.

84. V. aussi D. Robine, *op. cit.*, spéc. n° 40. *Contra* D. Legeais, *op. cit.*, spéc. n° 24 et Maury, *op. cit.*, spéc. n° 32 qui pense que l'article L. 650-1 du Code de commerce relève d'un ordre public économique de direction.

d'annuler des cessions de créances par bordereau Dailly dont le volume serait proportionné par rapport au montant du crédit. La période suspecte a une durée maximale de dix-huit mois, alors que la nullité des sûretés disproportionnées est indépendante du constat d'une situation de cessation des paiements du débiteur. En l'absence d'une disposition spécifique, l'action en responsabilité de l'article L. 650-1 se prescrit dans un délai de dix ans⁸⁵. La nullité ayant un effet rétroactif, le banquier devrait restituer toute somme reçue en sa qualité de bénéficiaire de la sûreté.

C. L'ACTION EN COMPLEMENT DE L'INSUFFISANCE D'ACTIF DE L'ARTICLE L. 651-2 DU CODE DE COMMERCE

210. – L'action en responsabilité du fait des concours consentis en cas d'immixtion caractérisée se distingue de celle en comblement de l'insuffisance d'actif de l'article L. 651-2 du Code de commerce⁸⁶. Les conditions d'ouverture et les actes de gestion incriminés ne sont pas les mêmes. L'article L. 651-2 sanctionne le dirigeant de fait (qui peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, être un banquier) qui a commis des fautes de gestion dans l'administration ou la surveillance de la société, ces fautes ayant contribué à une insuffisance d'actif. Il peut s'agir par exemple d'une acquisition hasardeuse ou d'emprunts ruineux. En revanche, l'article L. 650-1 ne vise que la responsabilité du créancier du fait des concours incriminés qu'il a, lui-même, consentis au débiteur. Par ailleurs, l'article L. 651-2 ne s'applique qu'en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou en cas de liquidation judiciaire, tandis que l'article L. 650-1 a vocation à s'appliquer dans le cadre de toutes les procédures visées dans le livre VI du Code de commerce. La sanction diffère également. L'article L. 650-1 est une action en dommages et intérêts visant à indemniser le préjudice subi du fait de l'accroissement du passif résultant de la continuation de l'exploitation pendant la phase du soutien abusif, assortie de la sanction complémentaire que représente la nullité des sûretés constituées. En fonction de la gravité des fautes, l'article L. 651-2 vise au contraire à combler toute ou partie de l'insuffisance d'actifs. L'action en comblement du passif ne peut se cumuler avec celle de l'article L. 650-1⁸⁷.

211. – Les risques encourus par le banquier peuvent d'ailleurs s'avérer très importants comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 29 avril 2004⁸⁸ qui a condamné la banque Worms à combler l'insuffisance d'actifs à hauteur de

85. V. C. civ., art. 2270-1 si l'action est de nature délictuelle et C. com., art. L. 110-4 si son fondement est de nature contractuelle.

86. V. ancien C. com., art. L. 624-3, ex. art. 180 de la loi de 1985.

87. La jurisprudence avait refusé un cumul entre l'ancien article 180 de la loi de 1985 et l'article 1382 du Code civil, v. P. Merle, *op. cit.*, spéc. n° 413.

88. *RTD com.* 2005, p. 403, obs. D. Legeais; *Banque et droit*, mars-avril 2005, p. 7, note B. Amigues; *JCP éd. E*, 2005, n° 32, note M.-J. Campana; *Bull. Joly* 2004, n° 245, obs. A. Constantin et Y. Lévy.

44 millions d'euros. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 27 juin 2006⁸⁹ qui apporte des précisions intéressantes sur la définition de gestion de fait. Selon la jurisprudence constante, la gestion de fait exige la commission d'actes positifs de gestion effectués en toute indépendance par une personne autre qu'un dirigeant de droit⁹⁰. La simple surveillance ou le conseil du banquier ne saurait constituer une gestion de fait⁹¹. Que se passe-t-il si le banquier se contente de « déléguer » un ou plusieurs de ses cadres pour représenter ses intérêts dans le conseil d'administration de son client, alors même que ces personnes y siègent à titre personnel, et non pas en application de l'article L. 225-20 du Code de commerce en tant que représentante de la personne morale ? Dans son arrêt précité, la cour d'appel de Versailles a créé le concept novateur et très controversé d'« administrateur de fait par personne interposée⁹² ». À juste titre, la Cour de cassation ne reprend pas ce concept. Se situant dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure, elle précise dans un attendu de principe que :

« Peut être déclarée responsable de ces fautes, sur le fondement de l'article L. 624-3 du même code, la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaire, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisi et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société. »

La finalité de cette jurisprudence, qui semble s'appuyer sur la théorie de l'apparence, consiste à protéger des tiers contre les manœuvres d'une banque qui, au vu de tous, désigne des cadres dans le conseil d'administration d'un client afin de contrôler sa gestion dans un but de protection de ses propres intérêts, tout en restant officiellement à l'écart. Or, selon l'excellente formule de François-Xavier Lucas, « *to be or not to be administrateur* », la banque doit choisir ou plutôt s'abstenir d'avoir recours à des faux-semblants !

V. aussi, F.-X. Lucas, « Responsabilité bancaire : le banquier, administrateur de fait par personne interposée », *RD bancaire et financier* juillet-août 2004, p. 271 ; P. Delebecque, « L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir », *JCP éd. E*, 2005, n° 234.

89. Cass. com., pourvoi n° 04-15831, *D.* 2006, AJ p. 1892, obs. A. Lienhard ; *D.* 2006, note R. Dammann et J. Paszkudzki.

90. V. la mise au point de Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, dans *Les Échos* du 3 mai 2006 à la suite d'une discussion sur la portée exacte de Cass. com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-15.895, *Banque et droit*, mai-juin 2006, p. 68 ; *Bull. Joly* 2006, § 93, p. 469, note F.-X. Lucas. V. aussi, D. Poracchia, « Action en comblement de passif et direction de fait par personne interposée », *Rev. sociétés* 2006, p. 398.

91. V. J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 1995, n° 658. M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, instrument de crédit, entreprises en difficulté*, 6^e éd., 2003, n° 869.

92. V. les commentaires sous CA Versailles, 29 avril 2004, précités.

II. LES RÉPERCUSSIONS DU NOUVEAU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ POUR LE BANQUIER

212. – « Les effets économiques de la jurisprudence bancaire » est le titre d'un article très intéressant paru sous la plume de Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, qui soulignait que :

« La jurisprudence a des répercussions systémiques sur les opérateurs et dont les effets peuvent se faire ressentir même rétroactivement. Il est dès lors indispensable que le juge apprécie et intègre la portée économique de ses décisions⁹³. »

A. LA VIOLATION DE LA NORME D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

213. – Un exemple américain démontre les conséquences dramatiques que peut entraîner un changement radical de l'application de la règle de droit en matière de responsabilité bancaire. Pour mettre un terme aux poursuites engagées par le Parquet fédéral, la *Federal Reserve* (FED) et les plaignants civils dans les scandales financiers Enron, Worldcom et Executive Life, les principaux établissements bancaires impliqués ont versé, à titre transactionnel, des indemnités d'un montant supérieur à 10 milliards de dollars⁹⁴. Comment peut-on expliquer cet épilogue ? La clé réside dans le changement soudain de l'application de la norme pénale par les autorités fédérales aux États-Unis.

214. – Jusqu'au début des années 1990, le Parquet fédéral intervenait peu dans le monde des affaires. La régulation des comportements des acteurs économiques était surtout assurée par la justice civile, notamment dans le cadre de procédures de *class actions*, où le jury populaire pouvait prononcer des dommages et intérêts punitifs pour sanctionner les comportements répréhensibles.

215. – Après l'éclatement du scandale d'Enron, le système juridique change de nature. Le législateur américain vote la fameuse loi Sarbanes-Oxley. Les autorités de surveillance, accusées d'avoir fait preuve de complaisance, sont sur la défensive. Elles doivent alors vigoureusement affirmer leur rôle de protection de l'intérêt général et des épargnants spoliés afin de rassurer les marchés financiers. Le droit des affaires se « pénalise ». Le procureur fédéral devient le personnage central dans tous les grands

93. *Op. cit.*, p. 8, n° 2.

94. 2 et 2,58 milliards de dollars versés respectivement par J.-P. Morgan Case et Citigroup dans le cadre de la faillite de Worldcom ; 2,4 milliards, 2,2 milliards et 2 milliards de dollars versés respectivement par CIBC, J.-P. Morgan Case et Citigroup dans le cadre de la faillite d'Enron et 700 millions de dollars versés par le Crédit lyonnais et le Consortium de réalisation dans l'affaire *Executive Life*.

contentieux financiers qui ont défrayé la chronique aux États-Unis. Il dispose de pouvoirs d'investigation⁹⁵, de moyens financiers considérables⁹⁶.

216. – Subitement, les banques se trouvent confrontées aux menaces d'une inculpation par un grand jury pour fraude organisée (RICO), complicité de banqueroute frauduleuse, infractions pénales à la réglementation bancaire ou encore blanchiment d'argent — *money laundering*. Les sanctions encourues sont considérables⁹⁷.

217. – Les banques redoutent l'influence négative des enquêtes menées par le Parquet fédéral et la FED sur les actions engagées par les plaignants au civil où les risques encourus peuvent excéder très largement le montant des amendes administratives et pénales. Si la banque reconnaît, dans le cadre d'un *guilty plea*, des infractions à la réglementation bancaire, cette reconnaissance peut ensuite être utilisée par les plaignants dans le cadre des procédures civiles pour réclamer la condamnation de la banque en tant que coresponsable solidaire de l'ensemble des dommages subis, majorée de dommages punitifs. La violation d'une norme professionnelle, établie dans l'intérêt général, est en effet susceptible de se « doubler » d'une faute civile à l'égard des tiers qui ont subi un dommage du fait de cette violation.

218. – Face au changement de politique des poursuites du Parquet fédéral et de la FED, les banquiers, accusés d'avoir enfreint le *Bank Holding Company Act* ou d'avoir participé à des opérations frauduleuses, ont été soudainement confrontés à des risques d'une ampleur exceptionnelle. Outre le paiement de lourdes amendes, les banques encourent le risque du retrait de leurs licences bancaires. L'essentiel des risques réside cependant dans les procédures civiles, où les montants réclamés peuvent se chiffrer en milliards de dollars. On comprend dès lors la nécessité pour les banques impliquées de négocier, en dépit de leurs coûts, des accords transactionnels et ce, de façon à mettre un terme à l'ensemble des poursuites engagées.

219. – Quels sont les enseignements à tirer ? Un premier constat s'impose. Le changement de l'interprétation de la règle de droit a provoqué une insécurité juridique momentanée, engendrant des coûts élevés pour les banques. Le changement de l'in-

95. Il a la possibilité de consentir une immunité de poursuites aux employés des institutions qui ont participé aux infractions, à condition que ces derniers acceptent de témoigner à charge contre leur employeur. Le procureur peut aussi proposer à des protagonistes de l'affaire une transaction pénale, le fameux *guilty plea*, destinée à limiter leurs sanctions, en échange d'un témoignage à charge contre l'institution poursuivie.

96. *In fine*, le Parquet fédéral et la FED mettent toujours les frais d'enquête à la charge des institutions dans le cadre des accords transactionnels.

97. Par exemple, le *money laundering* est puni d'une peine d'emprisonnement maximum de vingt ans et/ou d'une amende pouvant atteindre 500 000 dollars ou, si plus élevée, le double de la valeur des biens impliqués dans la transaction. Surtout, une condamnation entraîne en principe le retrait de la licence bancaire par la FED. Le montant des amendes pour violation de la réglementation bancaire est également très dissuasif. Une fausse déclaration faite intentionnellement à la FED peut être sanctionnée par une amende d'un million de dollars par jour d'infraction. Dans la mesure où il s'agit d'un délit continu, le montant de l'amende se calcule jusqu'au jour de la correction de la fausse déclaration incriminée. De plus, la FED peut exiger la restitution du double des profits bruts réalisés dans le cadre des opérations incriminées.

interprétation de la norme a eu un impact considérable sur le comportement de ces acteurs économiques. En rendant publics les accords transactionnels signés, les autorités américaines ont adressé un signal fort à la communauté bancaire américaine afin de prendre immédiatement des mesures pour assurer le respect du *Bank Holding Company Act*. Dans un même ordre d'idées et afin d'assurer la sécurité juridique, la FED a publié des principes directeurs établissant une échelle des sanctions encourues en cas de violation de la réglementation bancaire (*sentencing guide lines*). Ainsi, par exemple, la mise en place d'un système de contrôle interne, la dénonciation systématique de tout soupçon d'irrégularités et la coopération durant l'enquête sont autant de facteurs permettant de minorer le montant de l'amende.

220. – La réaction des banques ne s'est pas fait attendre. Pour maîtriser leurs risques nouveaux, elles ont considérablement renforcé leurs procédures de contrôle interne afin d'assurer le respect scrupuleux de la réglementation bancaire américaine. Elles ont également amélioré les mécanismes de contrôle des risques et des engagements pour éviter d'être mêlées de nouveau à un scandale de type « Enron ». On peut donc penser qu'il existe une corrélation forte entre le montant des sanctions encourues et la probabilité de leur mise en œuvre, d'une part, et les mesures d'organisation interne des banques pour éviter la matérialisation de tels risques, d'autre part. Le banquier se trouve ainsi fortement incité à renforcer les mécanismes de contrôle interne dont les coûts sont sans comparaison avec les risques encourus en cas d'infraction.

221. – Une dernière observation peut être formulée. La violation de la norme d'intérêt général, par exemple la réglementation bancaire, est constitutive d'une faute civile à l'égard des tiers. Le lien de causalité entre l'infraction commise et le préjudice subi est apprécié d'une manière large dans un souci d'indemnisation des victimes. Le banquier fautif peut dès lors se trouver dans une position quasi inextricable. Il doit reconnaître sa faute pour se faire pardonner par le régulateur et s'expose ainsi à une augmentation des risques qu'il encourt dans le cadre des procédures civiles parallèles. Ainsi, le juge civil contribue à assurer un meilleur respect de la règle édictée dans l'intérêt général.

222. – Par opposition au droit américain, la Cour de cassation favorise la sécurité juridique et prend en compte la finalité de la norme. Au demeurant, le principe de sécurité juridique a été également consacré par l'assemblée plénière du Conseil d'État dans son arrêt *KPMG* du 24 mars 2006⁹⁸. On doit dès lors saluer la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a refusé d'assimiler la violation d'une règle professionnelle établie dans l'intérêt général à une faute civile pouvant être invoquée par les tiers⁹⁹. Au cours des dernières années, le législateur a en effet multiplié les normes professionnelles et mis à la charge du banquier un certain

98. *JCP* éd. G, 2006, II, 10113, note J.-M. Belorgey; *D.* 2006, note P. Cassia.

99. Encore faut-il espérer que l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 6 octobre 2006 en matière de responsabilité délictuelle en cas de manquement contractuel ne remette pas en cause cette jurisprudence.

nombre de tâches d'intérêt général, telles que notamment la lutte contre le blanchiment d'argent.

B. LA DISTINCTION ENTRE PERSONNES PROFANES ET AVERTIES

223. – La jurisprudence est source de droit. Le législateur a distingué trois corps de règles en fonction du degré de protection des parties : le Code de commerce, le Code civil et le Code de la consommation. La jurisprudence de la Cour de cassation a innové en créant, en matière de responsabilité bancaire du fait des concours excessifs, un régime dérogatoire du droit commun en faveur de l'emprunteur et de la caution profane. Cette jurisprudence semble s'inscrire dans le cadre de la lutte contre le surendettement des ménages qui est devenu un véritable fléau. Elle intervient pourtant à un moment où les pouvoirs publics souhaitent stimuler la consommation en créant en faveur des particuliers de nouveaux instruments favorisant le recours au crédit avec la création de l'hypothèque rechargeable et de l'hypothèque inversée. L'avenir dira si l'affirmation solennelle d'un devoir de mise en garde par la Cour de cassation sera de nature à endiguer le phénomène du surendettement tout en favorisant le crédit. Le doute est permis. On peut aussi craindre un sentiment d'impunité des emprunteurs qui tenteront systématiquement d'échapper à leurs obligations de remboursement sous prétexte que le banquier aurait manqué à son obligation de mise en garde.

224. – On peut regretter l'imprécision de la définition de la notion du devoir de mise en garde et des critères de distinction entre l'emprunteur profane et l'emprunteur averti. D'un point de vue pratique, on peut penser que la jurisprudence de la Cour de cassation va inciter le banquier à insérer des clauses appropriées dans sa documentation de crédit. Il pourrait notamment avoir intérêt à obtenir une sorte de décharge du client qui indiquerait, dans une mention manuscrite avoir été dûment mis en garde contre les risques inhérents au crédit.

225. – En pratique, au moment de la mise en place du crédit, le banquier analyse le risque de non-remboursement en fonction d'une grille de critères prenant en compte la situation financière de l'emprunteur sous le double angle de ses revenus et de son patrimoine. Le juge intervient quant à lui postérieurement, au moment où le client se trouve dans une situation de quasi-surendettement. La question qui se pose est donc de savoir si le banquier pouvait objectivement anticiper une telle dégradation de la situation de son client¹⁰⁰.

226. – Dans certains cas, enfin, il semble que derrière la notion de mise en garde se cache en réalité une obligation de refuser la mise en place d'un concours, lorsque ce concours est manifestement disproportionné par rapport aux capacités de remboursement du débiteur. D'un autre côté, est-ce le rôle du banquier que de « faire le

100. A. Gourio, *op. cit.*, JCP éd. G, 2005, II, 10140.

bonheur de son client malgré lui », en empêchant celui-ci de prendre des risques que lui-même serait disposé, en toute connaissance de cause, à assumer ?

C. LE BANQUIER FACE AUX DIFFICULTÉS DE SON DÉBITEUR

227. – Les effets de la réforme du soutien abusif doivent être analysés à la lumière de la dernière jurisprudence en matière de gestion de fait du banquier. L'objectif de la loi de sauvegarde consistait à lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté¹⁰¹. Il ne semble pas certain que ce but soit pleinement atteint. Il y a fort à parier que la réforme entraînera un déplacement du contentieux classique en matière de soutien abusif vers la gestion de fait et la mise en place de garanties disproportionnées.

1. Les risques de la gestion de fait

228. – Une des obligations centrales du banquier est son devoir de non-immixtion dans les affaires de son client. La gestion de fait du débiteur expose le banquier à deux types de risques qui peuvent s'avérer très importants. Dans le cadre des procédures préventives de sauvegarde et du redressement judiciaire, le banquier s'expose à une condamnation en dommages et intérêts, assortie de l'annulation de ses garanties (C. com., art. L. 650-1). En cas d'échec du plan ou d'ouverture d'une liquidation judiciaire, les risques du banquier, coupable d'une gestion de fait, peuvent considérablement augmenter. Il pourrait faire l'objet d'une action en comblement de l'insuffisance d'actifs (C. com., art. L. 651-2).

229. – À la lumière de la jurisprudence *Banque Worms*, le banquier devrait dès lors mûrement réfléchir avant d'accepter l'idée de faire nommer un ou plusieurs de ses cadres comme membre du conseil d'administration de son débiteur. Une problématique comparable pourrait se poser si le banquier acceptait de siéger dans un comité exécutif exerçant en réalité la direction de la société. De la même manière, la prudence s'impose lorsque le client propose au banquier de prendre une participation dans le capital, assortie de l'adhésion à un pacte d'actionnaires lui assurant des prérogatives de contrôle. L'ensemble de ces questions s'inscrit dans le contexte plus vaste de celui des conflits d'intérêts¹⁰². Si le banquier impose des opérations de restructuration à son bénéficiaire, il risque une condamnation sur le fondement de l'article L. 651-2 si le sauvetage du débiteur échoue. S'il met en place des concours nouveaux préjudiciables pour le débiteur, il s'expose à un risque d'une action sur le fondement

101. Reprise par la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, JO 27 juillet 2005.

102. V. J.-J. Daigre, « Conflits d'intérêts et banque : banquier actionnaire, administrateur et prêteur », *Journ. sociétés* mars 2006, p. 46.

de l'article L. 650-1 dans le cadre des procédures préventives ou collectives. Le banquier semble dès lors avoir tout intérêt à rester à l'écart de la gestion active du débiteur et à limiter son intervention à de simples opérations de surveillance. Un banquier qui est représenté au conseil d'administration d'un client qui doit faire face à des difficultés financières doit immédiatement suggérer l'ouverture d'une procédure préventive afin de limiter ses risques.

2. Les risques liés aux garanties disproportionnées

230. – Faute de précision de la norme, la situation du banquier est plus incertaine s'agissant des conditions de la mise en jeu de sa responsabilité pour garanties disproportionnées. En attendant la clarification jurisprudentielle, la prudence s'impose. Il est certain que le texte sanctionne la politique « du coup de râteau » consistant pour le banquier à exiger la constitution de sûretés sur tous les actifs encore disponibles avant de consentir un nouveau crédit à un débiteur en difficulté¹⁰³. À la réflexion, l'article L. 650-1 pourrait provoquer un changement de comportement du banquier. Plus que jamais, son analyse de risque doit se focaliser non pas sur la valeur des garanties « engrangées » pour être confortablement (sur)garanti mais plutôt sur les sources de remboursement du crédit. Ainsi, devient prioritaire selon le type de financement, l'analyse du *cash flow* libre pouvant être affecté au remboursement ou la valeur des biens devant être cédés. Le banquier devrait se montrer prudent en cas de cumul de garanties. Il semble également prudent de procéder à une évaluation des garanties pour justifier le taux de couverture au moment de la mise en place du crédit. Le suivi régulier de l'opération est nécessaire pour faire en sorte que le taux de couverture reste conforme aux usages bancaires. Enfin, en cas de difficultés de son client, le banquier a tout intérêt à participer à une conciliation afin d'éviter les risques d'assignation en responsabilité si le débiteur faisait ultérieurement l'objet d'une procédure collective¹⁰⁴.

*

* *

231. – En matière de responsabilité bancaire, le banquier continue de naviguer entre Charybde et Scylla, mais les zones de risques se sont déplacées. La tendance qui se dessine consiste en effet à renforcer la protection de la personne profane (emprunteur et caution) qui contracte des emprunts excessifs à cause d'un manque de compétence et d'information.

103. P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306, spéc. n° 15.

104. En cas d'homologation, le tribunal doit vérifier que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (C. com., art. L. 611-8). Les créanciers signataires sont donc protégés contre une action en responsabilité pour soutien abusif. Michel Menjuq estime que cette protection s'applique aussi en cas de d'accord de conciliation constaté, *Journ. sociétés* juillet 2006, n° 34, p. 59.

232. – La responsabilité de droit commun du banquier à l'égard des personnes averties et *a fortiori* des entreprises paraît mieux circonscrite, sauf si le débiteur doit faire face à des difficultés financières. Dans ce dernier cas, le banquier ne s'expose à des risques importants que s'il commet des agissements gravement répréhensibles sans que, *a priori*, le montant des risques encourus puisse pour autant atteindre les niveaux astronomiques constatés outre-Atlantique.

**La responsabilité de l'État
à raison de la surveillance des banques
Maintien de la faute lourde
Conclusions sur Conseil d'État,
30 novembre 2001**

Alain Seban

Commissaire du gouvernement

Le Conseil d'État, statuant en Assemblée du contentieux, confirme solennellement la jurisprudence ancienne qui subordonnait à l'exigence d'une faute lourde l'engagement de la responsabilité de l'État à raison de la surveillance des banques par la Commission bancaire. Contrairement à ce qu'avaient pu donner à penser les arrêts qui avaient abandonné la faute lourde en matière de responsabilité médicale ou d'activités de secours d'urgence, la plus haute juridiction administrative entend ainsi conserver une place à la faute qualifiée dans le droit administratif de la responsabilité. Cette solution a certainement vocation à être appliquée à toutes les autorités de régulation.

Responsabilité de l'État. Responsabilité pour faute lourde. Autorités de régulation. Commission bancaire. Établissements de crédit.

*

233. – Par nature, l'activité de banque comporte des risques puisqu'elle consiste à prêter de l'argent à des gens dont on n'est jamais certain qu'ils seront en mesure de rembourser. Les faillites bancaires, si elles sont moins fréquentes que par le passé, sont une réalité : dans les années 1980, environ 200 établissements ont fait faillite chaque année aux États-Unis ; sur le plan international, on se souvient des défaillances du Banco Ambrosiano en Italie, des institutions de prévoyance de l'Ohio et du Maryland en 1985, de la banque Barings en 1995, etc. ; en France, nous avons vu, dans les

années récentes, les faillites de la *Lebanese Arab Bank* (1989), de la BCCI (1991), de la banque Majorel (1992), de la Banque commerciale privée (1994), de la banque Pallas-Stern (1995), de la Compagnie du BTP, et du Crédit martiniquais (1999).

234. – Malgré cela l'activité bancaire suppose la confiance du public, car la banque ne peut consentir des crédits que pour autant que le public lui donne de l'argent en dépôt. Pour tenter de concilier ces deux antagonistes que sont le risque et la confiance, il existe un peu partout des systèmes de contrôle public des établissements de crédit. Mais l'existence de ces mécanismes n'implique pas pour autant que l'État accepte d'en garantir la solvabilité; c'est pourquoi l'on observe que, la plupart du temps, la responsabilité publique à raison des défaillances de ce contrôle est strictement limitée.

235. – Aux États-Unis, à la suite de la grave crise financière de 1907, le Congrès a organisé la supervision de l'activité bancaire sous l'égide de la Réserve fédérale (*Federal Reserve Bank*) (loi du 23 décembre 1913). La responsabilité de l'État fédéral à raison de cette activité est soumise aux dispositions du *Federal Tort Claims Act*¹ dont l'article 2680 écarte toute responsabilité lorsque l'autorité de contrôle agit dans le cadre d'un « pouvoir discrétionnaire »². Or, la Cour suprême des États-Unis a estimé dans l'arrêt *United States vs Gaubert* de 1991³ que la surveillance du système bancaire se rattachait à un pouvoir discrétionnaire, ce qui exclut en principe la possibilité de rechercher directement la responsabilité de la Réserve fédérale à cet égard.

236. – En Angleterre, la Banque d'Angleterre (*Bank of England*), créée en 1694 et nationalisée en 1946, joue un rôle similaire, formellement inscrit dans le droit positif depuis le *Banking Act* de 1979. La responsabilité de la « vieille dame de *Threadneedle Street* » est puissamment limitée par des dispositions législatives⁴ au cas de *misfeasance*, c'est-à-dire de faute intentionnelle. Les juridictions anglaises semblent aujourd'hui s'orienter vers un assouplissement mesuré de cette notion, à la suite d'un arrêt de la Chambre des lords du 22 mars 2001, *Three Rivers District Council vs Bank of England*⁵.

237. – En Allemagne, l'Office fédéral de contrôle des banques (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*) supervise le système bancaire en liaison étroite avec la Banque fédérale (*Bundesbank*). La conception allemande de la responsabilité administrative est en principe large, en vertu de l'article 19-4 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949,

1. 28 USCA § 2671 à 2680.

2. « *Discretionary function* », c'est-à-dire pour les dommages résultant « de l'action ou de l'omission d'un employé du gouvernement faisant preuve de la diligence requise dans l'exécution d'une loi ou d'un règlement [...] ou de l'exercice, la réalisation, le défaut d'exercice ou de réalisation d'un pouvoir discrétionnaire par une agence fédérale ou un employé du gouvernement, même en cas d'abus de ce pouvoir » (28 U.S.C. 2680(a)).

3. 499 U.S. 315, 215 n. 7 (1991). V. également : *Emch vs United States*, 630 F.2d 523 (7th Cir. 1980); *Golden Pacific Bancorp. vs Acting Controller of the Currency*, 837 F.2d 512 (CA5 DC 1988); *ALX El Dorado Ind. vs. Southwest Savings & Loan Association*, 36 F.3d 409 (CA5 Tex. 1994).

4. *Bank of England* : section 1(4) *Banking Act* 1987.

5. [2001] UKHL/16.

mais elle suppose toutefois que la faute invoquée ait causé au demandeur un préjudice qui lui est propre. Deux arrêts du Tribunal administratif fédéral de 1979 *Wetterstein*⁶ et *Herstatt*⁷ ont jugé que les déposants d'une banque peuvent faire valoir un droit propre, mais le législateur a rapidement réagi en disposant, en 1984, que la surveillance du système bancaire tend à la protection du public en général⁸, ce qui vise clairement à exclure la possibilité d'une action en responsabilité des déposants contre l'autorité de contrôle des banques et la *Bundesbank*.

238. – Comme on peut le constater, en dépit de la différence des traditions juridiques et administratives, les mêmes traits se retrouvent : l'existence d'une institution administrative chargée de la surveillance du système bancaire ; une limitation draconienne des conditions dans lesquelles la responsabilité de cette institution peut être engagée.

239. – Dans notre pays, l'article 37 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dite « loi bancaire », aujourd'hui codifiée au Code monétaire et financier, a institué « une commission bancaire chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés. Elle examine les conditions de leur exploitation et veille à la qualité de leur situation financière. Elle veille au respect des règles de bonne conduite de la profession. » Service non personnalisé de l'État, la Commission bancaire comprend, selon l'article 38 de la loi, sous la présidence du gouverneur de la Banque de France, le directeur du Trésor et quatre membres nommés pour six ans par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances : un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation et deux membres choisis en raison de leur compétence en matière bancaire et financière. Votre dernier *Rapport annuel* la range parmi les « autorités administratives indépendantes⁹ », et l'a qualifié également d'« autorité de régulation¹⁰ ».

240. – Les moyens d'action de la Commission bancaire vont de la mise en garde (article 42), à la sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la radiation de la liste des établissements de crédit agréés (article 45), en passant par l'injonction de prendre certaines mesures destinées à établir ou renforcer l'équilibre financier de la banque ou à corriger ses méthodes de gestion (article 43), et la nomination d'un administrateur provisoire (article 44). Les dispositions applicables dans la présente affaire prévoyaient que les sanctions disciplinaires et la nomination d'un administrateur provisoire avaient un caractère juridictionnel. Depuis la loi n° 94-679 du 8 août 1994, ce caractère n'est maintenu que pour les sanctions prises par la Commission. Les autres mesures prises par la Commission bancaire ont un caractère administratif.

241. – Les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État peut être recherchée à raison de l'activité de la Commission bancaire font voir, par comparaison avec les

6. B.G.H.Z. 74, 144 à 147.

7. B.G.H.Z. 75, 120 à 122.

8. Article 6-4 K.W.G.

9. Conseil d'État, *Rapport public annuel 2001*, La Documentation française, 2001, p. 303.

10. *Ibid.*, p. 310.

exemples étrangers que nous avons analysés, le libéralisme du droit administratif français.

242. – Il permet, d'une part, que la responsabilité de l'État soit recherchée pour faute lourde à raison de l'activité juridictionnelle de la Commission bancaire, sous la seule réserve de l'impossibilité de remettre en cause les décisions passées en force de chose jugée : c'est ce qui résulte de la décision d'assemblée du 29 décembre 1978, *Darmont* (Rec. p. 542 ; AJDA 1979, p. 45, note M. Lombard ; D. 1979, p. 279, note M. Vasseur ; RD publ. 1979, p. 1742, note J.-M. Auby). Dégagée à propos de la Commission de contrôle des banques (voir dans le même sens : CE, 12 octobre 1983, *Consorts Levi*, Rec. p. 406), cette solution de principe vaut pour toutes les juridictions administratives et, en particulier, pour la Commission bancaire, qui a succédé à la Commission de contrôle des banques (CAA Lyon, 28 décembre 1990, *M^{me} Fouriat et autres*, Rec., Tables p. 963, D. 1992, somm. comm. p. 20, obs. M. Vasseur ; Paris, 30 mars 1999, *El Shikh*, AJDA 1999, p. 883, obs. M. H., JCP 2000, n° 10.276, concl. M. Heers).

243. – En ce qui concerne, d'autre part, l'activité administrative de surveillance du système bancaire par la Commission bancaire, il est également de principe que la responsabilité de l'État ne peut être recherchée que pour faute lourde (CE, Sect., 2 février 1960, *Kampmann*, Rec. p. 107, AJDA 1960. I. 46, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert ; Sect., 28 juin 1963, *Bapst*, Rec. p. 411, AJDA 1963. I. 47, chron. M. Gentot et J. Fourré ; Sect., 13 juin 1964, *D'André*, Rec. p. 329, RD publ. 1965, p. 65, note M. Waline ; 16 janvier 1966, *D^{lle} de Waligorski et autres*, Rec. p. 40 ; CAA Paris, 19 décembre 1995, *Kechichian*, Rec. p. 671).

244. – Sous le présent numéro, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie se pourvoit régulièrement en cassation contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 25 janvier 2000, *Kechichian et autres*, qui, pour la première fois depuis votre décision de section du 24 janvier 1964, *Ministre des Finances c/Achard* (Rec. p. 43 ; AJDA 1964. I. 58, chron. J. Fourré et M. Puybasset), retient la responsabilité de l'État à raison du défaut de surveillance de la Commission bancaire sur la banque dite *United Banking Corporation* (UBC), mais pour faute simple et non plus pour faute lourde. La cour administrative d'appel de Paris a en effet cru pouvoir abandonner l'exigence de la faute lourde en cette matière dans un arrêt du 30 mars 1999, *El Shikh* (préc.), qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation. Par l'arrêt attaqué, elle a réformé les 75 jugements rendus en première instance par le tribunal administratif de Paris le 17 juillet 1993, en rejetant les demandes d'indemnisation pour absence de faute lourde.

Le ministre a assorti son pourvoi de conclusions à fin de sursis à exécution de l'arrêt attaqué qui ont été rejetées par ordonnance du président de la sixième sous-section le 16 novembre 2000 pour défaut de préjudice difficilement réparable pour l'État.

I

245. – La principale question que soulève le recours est de savoir si les juges du fond ont commis une erreur de droit en estimant qu'une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'État à raison de la surveillance exercée par la Commission bancaire sur les établissements de crédit. Il est à peine besoin d'indiquer que c'est bien un contrôle d'erreur de droit que vous exercez en cassation sur le point de savoir si un régime de responsabilité est fondé sur la faute simple ou sur la faute lourde (CE, Ass., 9 avril 1993, *D...*, *Rec.* p. 110, concl. H. Legal).

1. 246. – Il n'est guère plus nécessaire de vous rappeler les pronostics pessimistes qui, depuis plusieurs années, ont été portés par la doctrine la plus autorisée tout comme par plusieurs de nos prédécesseurs sur l'avenir de la faute lourde dans la responsabilité administrative, ni les décisions importantes qui sont venues confirmer ces prévisions dans des domaines où la faute lourde paraissait jadis aussi solidement ancrée que les activités médicales (CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V...*, *Rec.* p. 171, concl. H. Legal), les services de secours d'urgence (CE, Sect., 20 juin 1997, *Theux*, *Rec.* p. 253, concl. J.-H. Stahl), de secours en mer (CE, Sect., 13 mars 1998, *Améon*, *Rec.* p. 82, *CJEG* 1998, p. 197, concl. L. Touvet, *D.* 1998, p. 537, note G. Lebreton, *AJDA* 1998, p. 418, chron. F. Raynaud et P. Fombeur), ou de lutte contre l'incendie (CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannappes*, *Rec.* p. 185, *RD publ.* 1998, p. 1001, note X. Prétot, *JCP* 1999. II. 10109, note Genovese).

247. – Ce mouvement de recul de la faute lourde n'est guère qu'esquissé en ce qui concerne les activités de tutelle ou de contrôle, soumises au régime de la faute lourde depuis l'arrêt d'assemblée du 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle* (*Rec.* p. 100 ; *Les grands arrêts de la justice administrative*, 13^e éd., p. 372, n^o 60 ; *RD publ.* 1946, p. 490, concl. Lefas, note Jèze ; S. 1947. 3. 73, note Mathiot). Si, dès 1996, l'étude du Conseil d'État sur *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles* avançait qu'il « pourrait être envisagé que la jurisprudence poursuive son évolution, en supprimant la nécessité d'une faute lourde pour les activités de tutelle et de contrôle¹¹ », ce pronostic n'a pas été pleinement confirmé.

248. – Sans doute plusieurs de vos décisions ont-elles admis la suffisance de la faute simple en ce qui concerne la tutelle de l'État sur les centres de transfusion sanguine (CE, Ass., 9 avril 1993, *D...*, préc.), la surveillance de l'Office national des forêts sur une forêt communale (CE, 25 mars 1994, *Commune de Kintzheim*, *Rec.* p. 162), le contrôle de l'Inspection du travail sur le licenciement des salariés protégés (CE,

11. Conseil d'État, *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, La Documentation française, 1996 (étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 9 mai 1996).

Sect., 9 juin 1995, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/Lesprit*, Rec. p. 239; AJDA 1995, p. 745, concl. J. Arrighi de Casanova), le contrôle par l'ordre des architectes du respect par ses membres de l'obligation d'assurance professionnelle (CE, Sect., 6 décembre 1995, *Boisson et autres*, Rec. p. 430 ; CJEG 1996, p. 107, concl. A.-F. Roul), le contrôle technique des navires (CE, Sect., 13 mars 1998, *Améon*, préc.).

249. — On hésite toutefois d'autant plus à déduire de ces précédents un peu hétéroclites une conclusion définitive que des décisions remarquées ont maintenu l'exigence de la faute lourde. Elles concernent, tout d'abord, les activités des services fiscaux qui présentent une difficulté particulière (CE, Sect., 27 juillet 1990, *Bourgeois*, Rec. p. 242, RFD adm. 1990, p. 899, concl. N. Chahid-Nourai, AJDA 1991, p. 53, note L. Richer, *Quot. jur.* 30 juin 1990, n° 76 p. 18, note R. Blancher ; Sect., 29 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. p. 512, RJF 2/1998, p. 81, concl. G. Goulard, AJDA 1998, p. 112, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud, D. 1999, somm. comm. p. 53, obs. P. Bon et D. Béchillon), au nombre desquelles la vérification de situation fiscale d'un contribuable (CE, 31 octobre 1990, *Champagne*, Rec. p. 309, *Dr. fisc.* 1993, n° 813, p. 761, concl. de M^{me} le président Hagelsteen, D. 1991, somm. p. 287, obs. P. Bon et P. Terneyre ; 26 juillet 1991, *SARL Masi et Lienhard*, Rec. p. 309). C'est également une faute lourde qui est requise, d'autre part, en ce qui concerne l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités décentralisées (CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c/Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 202.058, à paraître au *Recueil*, RD publ. 2000, p. 1257, concl. L. Touvet, RFD adm. 2000, p. 1096, note P. Bon ; 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/Commune de Saint-Florent et autres*, CTI décembre 2000, concl. L. Touvet, RFD adm. 2001, p. 152, note P. Bon, JCP 2001. II. 10516, note M.-C. Rouault, *Petites Affiches* 4 juillet 2001, p. 15, note C. Guettier, AJDA 2001, p. 201, note M. Cliquennois).

2. 250. — Si la ligne directrice de votre jurisprudence en matière de responsabilité administrative se ramenait à l'élimination progressive de la faute lourde, il faudrait — et une partie de la doctrine ne s'en prive pas — stigmatiser ces décisions comme des accidents de parcours. Mais nous pensons au contraire qu'elles ont leur place dans un tableau d'ensemble de la jurisprudence, si on veut bien ne pas le contempler au travers du prisme un peu simpliste du recul ou de la résistance de la faute lourde.

a. 251. — Pour brosser à grands traits ce tableau, il convient tout d'abord d'écarter très fermement la tentation de ne faire de la distinction des fautes qu'une question de vocabulaire. Il est bien vrai que, dans le cas des activités médicales, c'est en partie parce qu'elle ne recouvrait plus de réalité bien tangible que vous avez abandonné la faute lourde. Déjà, dans le passé, en matière d'usage d'armes à feu par les forces de l'ordre, vous aviez dû tenir compte d'une évolution similaire, mais encore plus radicale, puisque vous aviez substitué à la faute lourde un régime de responsabilité sans faute par l'arrêt d'assemblée du 24 juin 1949, *Consorts Lecomte* (Rec. p. 307 ; JCP

1949. II. 5092, concl. du président Barbet, note George ; *D.* 1950, p. 5, chron. Berlia et Morange ; *RD publ.* 1949, p. 583, note M. Waline). Il est vrai également que, des propos de certains de nos prédécesseurs soulignant que la faute s'apprécie *in concreto*¹², certains commentateurs ont cru pouvoir déduire que le recul de la faute lourde procédait plus, de votre part, d'une opération de communication que d'une véritable inflexion de la jurisprudence et que vous aviez substitué à la distinction de la faute lourde et de la faute simple celle de la faute et de l'erreur non fautive¹³.

252. – Nous croyons néanmoins que s'il faut parfois relativiser l'incidence concrète de l'abandon de la faute lourde, faute lourde et faute simple correspondent à des réalités différentes qui appellent du juge des approches différentes. Si la faute doit s'apprécier *in concreto*, on peut dire, pour fixer les idées, que, dans une conception fondée sur la faute simple, le juge doit rapprocher le comportement du service de ce qu'idéalement il aurait dû être si le service avait correctement fait son travail, c'est-à-dire rechercher ce qu'aurait fait, dans les mêmes circonstances, un bon professionnel.

253. – En revanche, dans une conception fondée sur la faute lourde, il convient de se demander si le service a commis une erreur tellement flagrante qu'un non-professionnel ne l'aurait vraisemblablement pas commise¹⁴ ; elle suppose un fonctionnement gravement déficient du service ; même lorsque l'action de celui-ci est marquée par une grande technicité, c'est une faute qui saute aux yeux. Il s'agit donc de deux niveaux d'exigence nettement distincts, et c'est la raison pour laquelle il convient de se garder de deux tentations.

254. – La première consisterait à maintenir l'exigence théorique de la faute lourde tout en l'assimilant en pratique à la faute simple : c'est ce que vous avez fait autrefois en matière de responsabilité médicale et c'est ce que vient de faire l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 février 2001, *Consorts Bolle-Laroche* (pourvoi n° 99-13.165 ; *JCP* 7 mars 2001, actu., p. 475 ; *D.* 2001, IR p. 909), qui concerne la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire ; mais la Cour de cassation est tenue par un texte, l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, qui exige *expressis verbis*

12. « Toute erreur ne sera pas nécessairement fautive ; certaines d'entre elles n'engageront pas la responsabilité pécuniaire de la collectivité publique » (concl. Jacques-Henri Stahl sur CE, Sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. p. 259). « Il s'agit, à propos des actes accomplis par le médecin hospitalier et selon la nature de chacun d'entre eux, de faire passer la limite de la responsabilité pécuniaire de l'établissement entre d'un côté l'erreur isolée, la maladresse légère ou l'imprudence minimale explicable par une situation d'urgence — disons l'erreur non fautive — et de l'autre côté la faute [...] » (concl. Hubert Legal sur CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V...*, Rec. p. 179-180).

13. Par exemple, selon le doyen Lebreton : « L'abandon de la faute "lourde" au profit de la faute "simple" ne recouvre dans la plupart des cas aucune réalité tangible [...]. Hormis le vocabulaire, rien ne change [...] vraiment » (*D.* 1998, jur. p. 538).

14. Selon une conception qu'on peut rapprocher de la formule romaine *non intellegere quod omnes intellegunt* : la faute lourde sera le plus souvent le fait de ne pas comprendre ce que n'importe qui devrait comprendre, elle supposera en règle générale, selon la formule du doyen Carbonnier « une sorte d'épaisseur de la sottise » (J. Carbonnier, *Droit civil*, 12^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1985, tome IV, p. 288, § 73).

la faute lourde. Pour vous qui n'êtes pas soumis à la même contrainte, la transposition de la solution de la Cour de cassation cumulerait tous les inconvénients : elle ne limiterait en pratique en rien la responsabilité de l'administration tout en laissant croire que lui est accordée une impunité qu'on peut trouver choquante.

255. – Il convient également de repousser la seconde tentation, qui consiste à transposer la distinction de la faute lourde et de la faute simple, dans la distinction de la faute et de l'erreur non fautive¹⁵. Il est vrai que, s'agissant de services tels que la Commission bancaire, dont l'activité n'est que peu encadrée par les textes, à la différence de celle, par exemple, des services fiscaux, il serait possible de le faire sans se heurter au principe selon lequel toute illégalité est fautive (CE, Sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/Driancourt*, Rec. p. 77 ; AJDA 1973, p. 245, note Cabanes et Léger ; Rev. adm. 1974, p. 29, note F. Moderne). Mais, s'il s'agissait de créer l'illusion par un simple artifice de présentation, il est à craindre, d'une part, de ne tromper personne et, d'autre part, de voir le domaine de l'« erreur non fautive » reculer irrésistiblement au gré de l'évolution de la jurisprudence et sous la pression des victimes.

b. 256. – La distinction entre faute simple et faute lourde n'est donc pas une question de vocabulaire. Elle n'est pas non plus, c'est notre deuxième point, une simple survivance historique, dénuée de fondement juridique : si la faute lourde a indéniablement reculé, elle n'a pas pour autant vocation à disparaître.

257. – Personne ne soutient qu'il faille y renoncer lorsqu'elle vient atténuer un régime d'irresponsabilité prévu par la loi ou le contrat ; dans cette acception, la faute lourde est une notion admise tant en droit administratif (clauses contractuelles : CE, 16 février 1966, *Veuve Loor*, Rec. p. 117 ; 21 novembre 1980, *Delair*, Rec., Tables p. 793 ; 16 mai 1994, *Société des transports internationaux*, Rec. p. 241 ; 25 novembre 1994, *Société Aticam*, Rec. p. 514 ; dispositions législatives : CE, 14 janvier 1959, *Kahn*, Rec., Tables p. 743 ; 8 février 1961, *Compagnie Singer*, Rec. p. 84 ; 6 juin 1975, *Société Comptoir central des usines Allimann*, Rec., Tables p. 1183 ; 17 octobre 1986, *Ministre des Postes et Télécommunications c/Erhardt*, Rec. p. 240, AJDA 1986, p. 694, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; 21 novembre 1986, *Société Top Service*, Rec. p. 264 ; Cass. ass. plén., 30 juin 1998, *Cabane c/Air France*, CJEG 1999, p. 47, rapp.

15. Distinction préconisée, dans le droit de la responsabilité civile, par André Tunc, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap. I, Introduction, n° 143-146, « Fault : A Common Name for Different Misdeeds », *Tulane Law Review*, January 1993, p. 279 ; *La responsabilité civile*, 2^e éd., 1989, n° 149 et s. et 165. V. également J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, LGDJ, 1974, n° 321 et s. Selon le doyen Lebreton, « la jurisprudence substitue désormais à l'ancienne distinction faute lourde-faute simple, la nouvelle distinction faute-«erreur non fautive» qui lui ressemble étrangement [...] dans les domaines desquels elle a été officiellement bannie ces dix dernières années, la faute lourde survit sous l'étiquette de la «faute», alors que l'ancienne faute simple se dissimule désormais derrière le masque de l'«erreur non fautive». [...] Par un tour de passe-passe, on escamote la faute lourde, qu'on fait réapparaître à travers la «faute», tandis que la véritable faute simple, sommée de lui céder la place, ressurgit du chapeau de l'«erreur non fautive», en contradiction avec la jurisprudence selon laquelle toute illégalité est une faute » (D. 1998, jur. p. 539).

Apollis) qu'en droit civil (en matière contractuelle : req., 24 octobre 1932, *DP* 1932. 1. 176, note E.P.; Cass. com., 3 avril 1990, *Bull. civ.* IV, n° 108)¹⁶. Comme elle joue au bénéfice de la victime et au détriment de l'auteur du dommage, elle n'est guère contestée.

258. – Un assez large consensus existe également pour reconnaître que l'exigence de la faute lourde a vocation à être maintenue en ce qui concerne les activités juridictionnelles¹⁷, et vous l'avez récemment confirmé (CE, 14 janvier 1998, *Dagorn*, req. n° 169.344; *Dr. adm.* 1998, n° 178, note J.-C. B.; *Petites Affiches* 6 juillet 1998, p. 10, concl. de M. le président Bonichot s'agissant d'une commission départementale des handicapés). La préoccupation essentielle nous semble être ici d'éviter que, par le jeu de l'action en responsabilité, on puisse ouvrir de nouveaux débats sur un procès qui a été définitivement jugé.

259. – Mais au-delà de ces hypothèses particulières, la gradation des fautes existe parce qu'elle répond à un besoin. L'évolution du droit de la responsabilité civile est à cet égard significative. On sait que les rédacteurs du Code civil avaient voulu proscrire la gradation des fautes en trois degrés que Pothier avait découverte dans l'ancien Droit¹⁸. Ils n'y parvinrent cependant pas entièrement, et l'évolution ultérieure du droit positif et de la jurisprudence devait accentuer la tendance à la gradation des fautes qui demeurait en germe dans le Code civil. Aussi, en droit civil, s'il est vrai que, sauf cas exceptionnels¹⁹, toute faute engage la responsabilité de son auteur, le régime de réparation dépend souvent de la qualification de cette faute. Le législateur est fréquemment intervenu en ce sens, mais la jurisprudence est également allée dans cette direction, notamment par le biais de l'assimilation de la faute lourde au dol selon l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*.

260. – C'est le signe que le juge a besoin de catégories mentales, de « standards », qui lui permettent de guider son appréciation des circonstances pour tenir compte de ce simple fait que les différentes activités humaines s'exercent dans des conditions bien différentes et que les régimes de responsabilité qui en découlent sont nécessairement

16. Voir : M. Jambu-Merlin, « Dol et faute lourde », *D.* 1995, chron. p. 89; V. Voisenet, *La faute lourde*, Th. Dijon, 1934; Roblot, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 15 et s.; G. Viney, « Sur la distinction entre fautes intentionnelles, inexcusables et lourdes », *D.* 1975, chron. p. 263.

17. Voir cependant : M. Lombard, note préc., sous CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, *AJDA* 1975, p. 45; M. Deguegue, « Sanctions administratives et responsabilité », *AJDA*, numéro spécial, 2001, Les sanctions administratives, p. 81.

18. Pothier, *Traité des obligations*, tome II : *Observations générales*, p. 411 et s.

19. Responsabilité du fermier en cas d'incendie de la ferme (art. L. 415-2 C. rur.), responsabilité du salarié à l'égard de l'employeur en raison du résultat défectueux de son activité (Cass. soc., 19 mai 1958, *Bull. civ.* IV, n° 612, *D.* 1959, p. 20, note Lindon, *JCP* 1959. II. 11143, note Brethe de La Gressaye; 27 novembre 1958, *Bull. civ.* IV, n° 2159; 22 mai 1975, *Bull. civ.* IV, n° 265; 22 mars 1979, *D.* 1979, IR p. 505; 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 466; 6 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 167), responsabilité personnelle de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (art. L. 452-5 CSS).

différenciés. Vous devez prendre en compte ce besoin lorsque vous indiquez la voie à suivre aux juridictions qui vous sont subordonnées.

c. 261. – Plutôt qu'une volonté de l'éradiquer, votre jurisprudence récente nous semble procéder d'une réévaluation de la place de la faute lourde dans le droit de la responsabilité administrative, compte tenu de l'évolution des institutions et de la société au cours du siècle passé, et notamment de l'attention plus grande portée aux droits individuels. Cette réévaluation montre que vous avez su entendre la voix des victimes, dont le professeur Chapus avait, dès 1954, perçu les premiers murmures dans sa thèse de doctorat sur *Responsabilité publique et responsabilité privée*, où il observait déjà que :

« La faute lourde, considérée dans sa fonction limitatrice de responsabilité, est peu en harmonie avec le climat juridique actuel [...] où l'intérêt des victimes et la volonté de les indemniser le plus largement possible pèsent d'un poids de plus en plus lourd²⁰. »

262. – Mais s'il faut avoir la plus grande considération pour les victimes, il faut également, et c'est l'office même du juge administratif, concilier la protection qui doit leur être accordée avec les droits de la puissance publique. C'est donc au cas par cas, selon les domaines d'activité de l'administration, qu'il faut se prononcer. On peut à notre avis le faire en examinant le rapport qui s'établit entre les deux critères qu'analysait déjà le président Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt du 10 février 1905, *Tomaso Grecco* (Rec. p. 139, concl. J. Romieu, S. 1905. 3. 113, note M. Hauriou ; *Les grands arrêts de la justice administrative*, 13^e éd., p. 86, n° 15, note) : la nature du service et celle des intérêts lésés.

263. – En s'appuyant sur la formule des arrêts *Rothschild* (CE, 6 décembre 1855, *Rothschild*, Rec. p. 705) et *Blanco* (T. confl., 8 février 1873, *Blanco*, Rec., 1^{er} supp., p. 61, concl. David) selon laquelle la responsabilité de l'administration « n'est ni générale, ni absolue », notre illustre prédécesseur vous disait alors que :

« Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité, et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent, et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet. »

264. – Tout est dit, nous semble-t-il, et c'est la ligne que vous avez suivie ainsi que l'atteste la décision d'assemblée du 9 avril 1993, *D...* (préc.) qui admet qu'une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'État du fait de son activité de réglementation et de contrôle de la transfusion sanguine eu égard « tant à l'étendue des

20. R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, nouveau tirage, LGDJ, 1957, p. 371.

pouvoirs » détenus par l'État « qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs (lui) ont été attribués ».

265. – Mais comme la conception de ce que doit être l'équilibre socialement acceptable entre les droits de l'administration et les droits privés s'est transformée, la jurisprudence a évolué.

Elle a fait reculer la faute lourde partout où le souci de ne « pas voir l'action (du service) éternée par des menaces permanentes de complications contentieuses », selon la formule du commissaire du gouvernement Rivet dans ses conclusions sur l'arrêt du 13 mars 1925, *Clef (RD publ. 1925, p. 274)* n'a plus paru pouvoir être opposé à la considération spéciale que mérite la situation de victimes atteintes dans leur intégrité même : d'où la jurisprudence en matière d'activités médicales, de transfusion sanguine, de secours d'urgence, d'activités des pompiers, de sauvetage en mer, activités dont l'enjeu est le plus élevé qui soit, la vie humaine.

266. – Cela ne signifie pas que, lorsque des intérêts moins éminents sont en cause, le critère de la difficulté du service a perdu toute pertinence : la jurisprudence en matière fiscale montre que tel n'est pas le cas. La faute simple a donc pu être admise pour des activités qui ne présentent en réalité aucune difficulté particulière, tel que le contrôle par l'ordre des architectes du respect par ses membres de l'obligation d'assurance professionnelle ou encore, selon les conclusions de notre collègue Laurent Touvet, le contrôle technique des navires.

267. – C'est également la faute simple qui a été retenue pour le contrôle par l'Inspection du travail du licenciement des salariés protégés, à la fois en raison de la nature des droits des salariés protégés, auxquels le législateur a entendu accorder une « protection exceptionnelle », et aussi de l'absence de réelle difficulté de l'exercice.

268. – En revanche, la faute lourde a été maintenue lorsque la tâche du service est délicate, alors que la situation de la victime ne mérite pas un intérêt particulier. On s'explique alors bien la réaffirmation de la solution en matière fiscale, compte tenu du fait que le préjudice n'est en général que pécuniaire.

269. – On comprend également le maintien de la faute lourde à raison de l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités décentralisées : non seulement ce contrôle est délicat compte tenu de la faiblesse des moyens disponibles et de la difficulté des questions juridiques, mais ce sont les illégalités commises par les collectivités contrôlées qui sont, au premier chef, susceptibles d'avoir causé un préjudice. La situation des « victimes » était d'autant moins intéressante dans les affaires récemment tranchées par les sous-sections réunies qu'elles venaient en réalité reprocher à l'État de ne pas les avoir empêchées de commettre des illégalités qui leur étaient largement imputables²¹.

21. Dans la décision du 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/Commune de Saint-Florent et autres* (préc.), la faute lourde de l'État est écartée sur l'un des points soulevés au motif que le retard du préfet à dissoudre un syndicat intercommunal dont les communes requérantes étaient membres tenait essentiellement au refus de plusieurs de ces communes d'émettre l'avis qui leur était demandé sur cette dissolution.

3. 270. – Vous devez aujourd'hui décider si l'exigence de la faute lourde continue de se justifier dans le domaine de la responsabilité de l'État à raison de la surveillance administrative exercée sur les établissements de crédit par la Commission bancaire.

a. 272. – Le critère de la difficulté de l'activité n'est pas ici décisif. Sans doute la difficulté de la tâche de la Commission bancaire est-elle, comme celle de toute autorité de contrôle, certaine. Elle est sans doute plus grande qu'en matière de contrôle technique des navires car elle porte sur des activités dématérialisées, de nature complexe, et qui utilisent des techniques en évolution constante. Dans la présente espèce, la banque a d'ailleurs eu recours à des montages sophistiqués pour tenter de se soustraire à la vigilance de la Commission bancaire. Une telle volonté de fraude peut être très difficile à déceler à l'occasion d'un contrôle sur pièce ou sur place qui ne peut porter que sur les documents comptables standards et ceux que la banque veut bien communiquer à la Commission bancaire, dont les inspecteurs n'ont aucun pouvoir de perquisition ou de saisie.

273. – On doit toutefois observer que les moyens de la Commission bancaire, qui lui sont apportés par la Banque de France, sont loin d'être négligeables. Son budget de fonctionnement était d'environ 440 millions de francs en 1994; au total, un peu moins de 500 agents étaient affectés à la surveillance d'environ 1 600 établissements de crédit, de taille il est vrai variable²². Ces moyens paraissent honorables lorsqu'on les compare aux 330 personnes affectées par la Banque d'Angleterre à des tâches similaires, ou aux 470 agents de l'Office fédéral de contrôle des banques en Allemagne²³.

b. 274. – En deuxième lieu, le préjudice dont les victimes font état est strictement pécuniaire. La gravité que ce préjudice est susceptible de revêtir est en outre atténuée par l'existence de mécanismes de plus en plus extensifs de garantie des dépôts.

275. – Précisons à cet égard que, d'abord organisée par la place, dans le cadre de l'Association française des banques (AFB), la garantie des dépôts a été rendue légalement obligatoire d'abord par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant dispositions diverses d'ordre économique et financier²⁴, puis par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière²⁵, qui institue un Fonds de garantie des dépôts. Le système actuel prévoit une indemnité plafonnée à 70 000 euros par déposant (environ 460 000 F), tandis que le système AFB en vigueur au moment du sinistre qui

22. Source : C. Légevaques, *op. cit.*, p. 187.

23. *Ibid.*

24. Ajoutant à la loi bancaire un article 52-1 selon lequel : « Tout établissement de crédit agréé en France adhère à un système de garantie destiné à indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou autres fonds remboursables. »

25. Voir en outre les règlements d'application du Comité de la réglementation bancaire, n° 99-05 à 99-09 (JO 27 juillet 1999, p. 11.151 et s.).

a donné lieu au présent litige était plafonné à 400 000 F par déposant et 200 millions de francs par an.

276. – En principe, l'indemnisation des déposants les plus modestes en cas de sinistre bancaire, qui est sans doute l'objectif premier que l'intérêt général commande de poursuivre, est donc assurée. Ainsi, dans l'affaire de la faillite de l'UBC, l'AFB est intervenu pour indemniser les déposants à hauteur de 54 millions de francs²⁶; au total, les déposants de la banque ont pu récupérer 63 % de leurs avoirs²⁷.

c. La nature du service joue à un double titre.

277. – S'agissant en particulier de la Commission bancaire, il y a lieu de noter, en premier lieu, qu'il s'agit, de par la volonté du législateur, d'un organisme dont la nature est double : tantôt, il agit comme juridiction, tantôt comme organe administratif. Un régime de faute lourde présente l'avantage d'unifier le régime de responsabilité à raison de ces différents avatars. Cette simplification n'est pas à négliger alors que les attributions administratives et juridictionnelles sont très étroitement imbriquées et que, bien souvent, on reprochera à la Commission de n'avoir pas pris une mesure disciplinaire, c'est-à-dire une mesure juridictionnelle.

278. – Mais il convient également de tenir compte, en deuxième lieu, de la mission de la Commission bancaire, qui est d'exercer une surveillance sur des entreprises privées, qui portent au premier chef la responsabilité de leur mauvaise gestion. Aussi ne serait-il pas satisfaisant que la responsabilité de l'État puisse être systématiquement mise en jeu à chaque fois qu'une banque tombe en déconfiture. C'est à nos yeux l'argument décisif pour reconnaître une certaine spécificité au régime de responsabilité de la puissance publique du fait d'activités de contrôle ou de tutelle. Le dommage est causé par le contrôlé, la responsabilité du contrôleur n'est que subsidiaire et il ne faut pas substituer la responsabilité de l'un à celle de l'autre, comme le soulignait M. le président Rougevin-Baville dans ses conclusions sur la décision du 20 juin 1973, *Commune de Châteauneuf-sur-Loire* (publiées à l'AJDA 1973. II. 545). Si l'on admet trop aisément que puisse être recherchée la responsabilité du contrôleur le risque est grand que, singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier ne soit absorbée par celle de l'État, dont la solvabilité est assurée.

279. – Il nous aurait semblé raisonnable de répondre à ce souci, qui soulève la question de l'imputabilité du dommage à la faute, par une application stricte de la théorie de la causalité, plutôt que par l'exigence d'une faute qualifiée. Mais cette voie, qui nous semblait de prime abord logique, ne nous paraît, à la réflexion, guère praticable. Dans ce genre d'affaires, l'appréciation du lien de causalité est en effet presque mécanique : compte tenu des moyens d'action dont dispose la Commission bancaire, on

26. Source : Association française des banques, cité par Duncan Fairgrieve et Kristell Belloir, article cité, p. 21.

27. 100 millions de francs sur 158 millions de francs d'encours en mai 1989, rapport d'expertise, t. 1, p. 181.

doit toujours considérer qu'elle avait les moyens sinon d'éviter la faillite de la banque, du moins d'en limiter les conséquences à condition d'intervenir assez tôt et de façon assez énergique ; dès lors que la faute lourde est reconnue, l'appréciation du caractère direct du lien de causalité ne laisse guère de marge. C'est pourquoi le maintien de la solution de la faute lourde nous paraît, à la réflexion, la meilleure solution pour tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouve la Commission bancaire.

d. 280. – Ajoutons, pour terminer sur ce point, que cette solution nous paraît adéquate lorsqu'on la replace dans le contexte général du droit de la régulation.

Sans doute faut-il avoir ce contexte à l'esprit, car la solution que vous retiendrez dans la présente affaire préjugera assez largement de celle qui devrait être adoptée dans les domaines similaires que sont la surveillance des entreprises d'investissement (voir pour le contrôle exercé jadis sur les agents de change : CE, 14 février 1973, *Association diocésaine d'Agen*, Rec. p. 141), des sociétés mutualistes (CE, 23 décembre 1981, *Andlauer*, Rec. p. 487), ou des entreprises d'assurance (v., retenant un régime de faute simple : CAA Paris, 13 juillet 1999, *Groupe Dentressangle*, AJDA 1999, p. 883, obs. M. H.). S'agissant du contrôle de la Commission des opérations de bourse sur les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, vous exigiez traditionnellement la faute lourde (CE, 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal et autres*, Rec., Tables p. 731). Après que vous avez jugé que le contentieux de la responsabilité avait été transféré au juge judiciaire par la loi du 2 août 1989 (CE, Sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt*, Rec. p. 206 ; CJEG 1990, p. 380, concl. C. de La Verpillière ; AJDA 1990, p. 907, obs. L. Richer ; RFD adm. 1991, p. 293, note F. Llorens ; *Quot. jur.* 8 décembre 1990, p. 7), ce que le Tribunal des conflits a confirmé (T. confl., 22 juin 1992, *M^e Mizon*, Rec. p. 486), la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont continué d'exiger la faute lourde (Cass. com., 26 octobre 1993, *RD bancaire et bourse* 1993, p. 263 ; Paris, 13 janvier 1994, *Lezeau*, *RD bancaire et bourse* 1994, p. 37 ; Paris, 26 janvier 1999, *Cauval Industries*, *RD bancaire et bourse* 1999, p. 34). Cette volonté d'appliquer les règles du droit public nous donne à croire que les juridictions judiciaires seront attentives à la solution que vous adopterez.

281. – Le risque, en retenant un régime de responsabilité pour faute simple, est d'ôter au contrôleur comme aux contrôlés toute marge de manœuvre et d'initiative. Aux contrôlés, parce que le contrôleur sera incité, pour tenter de se couvrir, à multiplier des contrôles tatillons ; au contrôleur parce que celui-ci ne voudra plus agir qu'à la condition d'être certain de ne pas commettre d'erreur.

282. – On peut se demander si un tel système est compatible avec l'office même de la régulation, qui est en général d'orienter l'évolution d'un secteur économique en train de s'ouvrir à la concurrence, et qui suppose, par suite, un niveau élevé de flexibilité et de souplesse afin d'assurer une adaptation constante de la réglementation et des techniques de contrôle à une situation mouvante. La régulation exige une marge d'initiative et d'action, que contribuerait à assurer l'octroi d'une « franchise de responsabilité », selon l'heureuse formule de Jacques-Henri Stahl.

283. – Il nous semble important de prendre en considération le fait que la régulation est une pièce à trois personnages : régulateur, opérateurs économiques, usagers. Un équilibre doit pouvoir être établi par le régulateur entre la liberté du secteur et la nécessité de protéger les usagers. Dans un régime de faute simple, la pression des usagers peut conduire le régulateur à restreindre drastiquement la liberté du commerce et de l'industrie par un excès de réglementation. Du risque bien connu de capture du régulateur par les opérateurs, on tomberait dans le risque-tout aussi redoutable de capture du régulateur par les usagers.

284. – Nous vous proposons donc d'annuler pour erreur de droit l'arrêt déferé à votre censure, qui a retenu, pour engager la responsabilité de l'État, un régime de faute simple et non un régime de faute lourde.

Cela impliquera de rejeter le pourvoi en cassation incident formé par les défendeurs pour obtenir la réévaluation de l'indemnité que l'arrêt attaqué avait condamné l'État à leur verser (CE, 25 janvier 1995, *Commune de Simiane-Collongue*, Rec. p. 40).

Vous pourrez ensuite régler le litige par application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, ce qui vous permettra d'entrer dans le fond de l'affaire, qui est fort intéressant.

II

285. – **L'action en responsabilité contre l'État.** La banque UBC était un établissement créé en 1976 (sous la dénomination de *Middle East Bank*) par un financier libanais, M. Joe Kairouz, dont les capitaux, les déposants et les créanciers étaient pour l'essentiel d'origine libanaise. Les difficultés de la banque ont culminé dans les années 1987-1989, c'est-à-dire à un moment où la situation au Liban s'était considérablement dégradée après les événements de Sabra et Chatilah en 1985.

Le 14 avril 1989, la brigade financière informe la Commission bancaire qu'un circuit de cavalerie mettant en cause trois établissements bancaires, dont l'UBC, avait été mis au jour. Les dirigeants de la banque sont arrêtés et inculpés. Une inspection sur place est aussi diligentée par la Commission bancaire qui découvre une situation critique quant à la trésorerie et à la solvabilité, ainsi que des manœuvres irrégulières consistant dans la création de sociétés *offshore* afin de contourner la réglementation prudentielle sur la division des risques.

Le 5 mai 1989, la Commission bancaire, au vu de ces constatations, retire l'agrément de la banque qui est placée en état de redressement judiciaire le 9 mai 1989. Dans un jugement du 5 janvier 1994, le tribunal de commerce de Paris fixera au 26 mai 1988 la date de cessation des paiements. Le plan de cession des actifs de l'UBC au profit de l'Association de défense des déposants est approuvé le 22 janvier 1991 par le tribunal de commerce.

Parallèlement, les dirigeants de la banque, MM. Obegi, Nasr, Ignace et Joe Kairouz, sont reconnus coupables des délits d'obstacle au contrôle de la Commission bancaire et de communication à cet organisme de renseignements inexacts par deux jugements du tribunal correctionnel de Paris des 4 juillet 1991 et 13 février 1992, confirmé pour le premier par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 septembre 1993.

1. 286. – **Le contentieux engagé par les déposants de la banque.** Entre-temps, une partie des déposants a demandé à l'État la réparation des préjudices qu'ils estiment avoir subis du fait de la faute lourde de la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance. Cette demande a été rejetée par le ministre du Budget le 24 juillet 1992, puis par le tribunal administratif de Paris par deux jugements du 7 juillet 1993, qui ont considéré que la Commission bancaire n'avait pas commis de faute lourde. Ces deux jugements sont frappés d'appel par 75 des 76 demandeurs de première instance, par deux pourvois enregistrés au greffe de la cour administrative d'appel de Paris sous les n° 93 PA 0150 et n° 93 PA 0151 qui pourront être joints.

a. 287. – La recevabilité de la demande de première instance doit être examinée au regard de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises²⁸, puisque la banque faisait l'objet d'une procédure collective. L'article 46 de cette loi disposait que :

« Sans préjudice des droits reconnus aux contrôleurs, le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers. »

b. 288. – Votre jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur l'application de l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 ; elle est en revanche fort bien établie en ce qui concerne l'application des articles 47 à 53 prévoyant la suspension ou l'interdiction de toute action en justice de la part des créanciers à compter du jugement d'ouverture ou de la procédure de redressement judiciaire et l'obligation qui leur est faite de déclarer leurs créances. Vous avez jugé que s'il résulte de ces dispositions « qu'il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire de statuer sur l'admission ou la non-admission des créances déclarées », le juge administratif reste compétent pour statuer sur l'action en garantie décennale introduite par une collectivité publique à l'encontre d'une entreprise admise à une procédure de redressement judiciaire, sans qu'y fasse obstacle le défaut de déclaration de la créance « dès lors que (ces conclusions) ne sont elles-mêmes entachées d'aucune irrecevabilité au regard des dispositions dont l'appréciation relève de la juridiction administrative et ce sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur l'extinction de cette créance »

28. Sur cette question, voir C. Léguevaques, *op. cit.*, p. 553 et s. ; *id. auct.* « De la responsabilité professionnelle de la Commission bancaire », *Les Échos* 10 avril 2001.

(CE, avis, 20 janvier 1992, *Société Jules Viaux et Fils*, Rec. p. 31 ; CJEG 1992, p. 327, concl. de M^{me} le président Laroque). À lire cet arrêt, la commune requérante pouvait saisir directement la juridiction administrative ; celle-ci n'a à examiner la recevabilité de sa demande qu'au regard des règles qui lui sont propres, et n'a pas à se préoccuper du déroulement de la procédure collective qui n'affecte que l'exécution de la décision par laquelle la juridiction administrative fixe les droits sur lesquels elle a compétence pour se prononcer. Cette solution ne fait d'ailleurs que prolonger celle qu'avait déjà retenue, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, votre décision de section du 3 février 1978, *Mariani, ès qualités et société de terrassement et de mécanique dite Durance-Agrégats* (Rec. p. 48 concl. de M. le président Gentot).

289. – Mais dans ces deux affaires, c'était la collectivité publique qui recherchait la responsabilité de l'entreprise défaillante, alors que vous avez à connaître d'un cas de figure différent, dans lequel les créanciers de cette dernière poursuivent la collectivité publique. Lorsque vous condamnez l'entreprise défaillante, vous pouvez en effet dire que vous ne faites que fixer les droits de son créancier et que le recouvrement de cette créance est subordonné à l'issue de la procédure devant le juge judiciaire. Mais si vous condamnez l'État à indemniser directement les créanciers qui vous ont saisis pour la part qui les concerne d'un préjudice à caractère collectif, vous allez frustrer la masse des créanciers des sommes en cause, ce qui risque de violer le principe de traitement égal des créanciers.

c. 290. – Ce risque n'existe toutefois que pour autant que les déposants sont des créanciers comme les autres. En effet, le monopole du représentant des créanciers ne concerne, selon la jurisprudence judiciaire, que les actions exercées dans l'intérêt collectif, défini par la Cour de cassation comme l'aggravation du passif ou la diminution de l'actif par suite des fautes d'un tiers (Cass. com., 7 janvier 1976, *Bull. civ.* IV n° 6 ; ass. plén., 9 juillet 1993, *D.* 1993, jur. p. 469, note Derrida, *JCP* 1993. II. 22122, note Pollaud-Dulian, *JCP* éd. E, 1993. I. 536, n° 298 obs. Cabrillac)²⁹. L'hypothèse classique est celle de la banque qui soutient abusivement l'entreprise défaillante (Paris, 11 octobre 1994, *Juris-Data* n° 023542), qu'on peut rapprocher de celle de l'autorité de surveillance qui l'a abusivement laissé poursuivre son activité.

291. – Mais il nous semble que les déposants d'une banque sont, au moins pour le numéraire, des créanciers d'un type un peu particulier, dont l'intérêt ne recouvre pas exactement celui de l'ensemble des créanciers.

En ce sens, on peut noter tout d'abord que la jurisprudence de la Cour de cassation, sans être d'ailleurs parfaitement fixée, a évolué. Elle a d'abord regardé les déposants comme propriétaires de leurs fonds, qui constituaient alors, à proprement parler, un dépôt au sens de l'article 1915 du Code civil (Cass. 2^e civ., 8 février 1961, *Gaz. Pal.* 1961. 2, jur. p. 19). Cette analyse continue de prévaloir pour les dépôts de titres

29. V. M.-A. Frison-Roche, « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJ com.* 1996, p. 296 et s.

(Cass. com., 9 janvier 1990, *D.* 1990, p. 173, note Brill, *JCP* 1990. II. 21459, note Stoufflet, *RTD civ.* 1990, p. 652, obs. Mestre) ou de valeurs déposées dans un coffre (Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1983, *Bull. civ.* I, n° 280).

292. – Pour les dépôts en numéraire, cette conception avait des inconvénients dans la mesure où l'on pouvait soutenir qu'en utilisant les fonds à son profit, la banque commet un abus de confiance et où, d'autre part, en cas de faillite, les déposants passent avant tous les créanciers. La Cour de cassation a donc été amenée à assimiler les déposants à des créanciers, par des arrêts dont chacun a cependant été rendu dans un cas un peu particulier (pour une caisse d'épargne : Cass. 1^{re} civ., 20 avril 1983, *D.* 1984, IR p. 78, obs. M. Vasseur ; pour un dépôt sur un CCP : Cass. 1^{re} civ., 7 février 1984, *D.* 1984, jur. p. 638, note Larroumet). En outre, même pour les dépôts en numéraire, certains arrêts analysent les obligations de la banque au regard des articles 1915 et suivants du Code civil (Cass. com., 28 janvier 1992, *Bull. civ.* IV, n° 37).

293. – On ne peut à notre avis en tirer l'idée d'une assimilation en tout point des déposants aux créanciers chirographaires. Une partie de la doctrine civiliste insiste sur le particularisme du dépôt en banque³⁰, et le professeur Alfandari émet pour sa part l'avis qu'il est plus proche d'un dépôt au sens traditionnel du terme que d'une créance, dès lors qu'on prend en compte la volonté du déposant, qui n'est certes pas de consentir un prêt à sa banque, et la nature fongible de la monnaie, qui implique qu'en cas de retrait, ce sont bien les sommes déposées elles-mêmes qu'on restitue au déposant³¹.

294. – L'évolution législative récente soutient notre intuition en accentuant le particularisme des dépôts en numéraire. La loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière est venue dispenser les déposants de la déclaration obligatoire pour les autres créanciers en ce qui concerne leurs dépôts en numéraire y compris pour la fraction qui excède le montant d'intervention du fonds de garantie des dépôts³². C'est confirmer, dans le contexte juridique de la mise en place d'une garantie obligatoire mais partielle des dépôts, la nature spécifique de ceux-ci.

295. – Nous sommes donc d'avis que les déposants peuvent faire valoir un droit propre distinct de celui de l'universalité des créanciers et qu'ainsi leur demande est recevable. C'est d'ailleurs ce que vous avez déjà admis de manière implicite dans votre décision de section du 24 janvier 1964, *Ministre c/Achard et autres* (préc.), alors que la loi du 4 mars 1889 modifiée par la loi du 4 avril 1890 sur la liquidation judiciaire

30. Ripert et Roblot, *Droit commercial*, tome II, n° 2361 et s. ; C. Larroumet, note *D.* 1984, jur. p. 640 ; A. Bénabent, *Droit civil : les contrats spéciaux*, n° 762 ; Collard-Dutilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, n° 822.

31. É. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », *D.* 1996, chron. p. 277.

32. V. décret n° 2000-1307 du 26 décembre 2000 modifiant le décret n° 84-708 du 24 juillet 1984 pris pour l'application de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, article 12-3 I.

et le décret-loi du 20 mai 1955 posaient déjà un principe de la « suspension de toute poursuite individuelle des créanciers faisant partie de la masse³³ ».

2. 296. – La Commission bancaire a-t-elle commis une faute lourde dans la surveillance de la banque UBC ? La banque avait connu une première dégradation de sa situation financière en 1985, relevée par une inspection sur place de la Commission bancaire. Celle-ci avait engagé une procédure disciplinaire à l'égard de la banque, qui avait réagi en augmentant ses fonds propres de manière suffisante. Compte tenu cependant d'insuffisances persistantes, un avertissement avait été donné à la banque le 10 janvier 1986.

a. 297. – **Absence de réaction rapide à la suite du rapport d'inspection du 5 mai 1987.** Au début de 1987, une inspection diligentée par la Commission bancaire fait apparaître une nouvelle dégradation de la situation financière. La banque détient des créances sur le Moyen Orient dont 54 millions de francs doivent être considérés comme douteux et faire l'objet de provisions ; des provisions doivent également être passées pour consolider les risques pays à hauteur de 21 millions de francs ; comme les fonds propres sont au minimum alors exigés par la réglementation (15 millions de francs), la banque a donc besoin d'être recapitalisée à hauteur de près de 75 millions de francs. L'inspecteur relève en outre une insuffisante division des risques, du fait de la concentration de concours sur un petit nombre de clients.

Les dirigeants de la banque se proposent d'apporter immédiatement 25 millions de francs, sous forme d'un emprunt participatif. L'inspecteur remet son rapport le 5 mai 1987, en relevant la bonne volonté des dirigeants. Le 30 juin 1987, le prêt participatif est effectivement mis en place.

298. – Ce n'est cependant que le 6 octobre 1987, que la Commission bancaire envoie à la banque une « lettre de suite » en lui demandant de trouver « dans les meilleurs délais » les 50 millions de francs qui demeurent nécessaires. D'où, selon les requérants, une première faute : compte tenu de la gravité de la détérioration de la situation financière qui conduisait à « s'interroger sur les chances d'avenir de l'établissement », accentuée par le fait que des manquements similaires avaient déjà été relevés lors d'inspections antérieures, la Commission bancaire aurait dû « une fois qu'elle avait pris connaissance des conclusions du rapport, exercer sur la banque une vigilance accrue et [...] proposer sans tarder à ses dirigeants les mesures propres à assurer le redressement de la gestion de l'établissement ».

Il apparaît certain que le délai de réaction de la Commission bancaire, soit cinq mois, a été d'une durée inhabituelle : en 1985, alors que les problèmes relevés étaient sensiblement équivalents, la Commission avait réagi en trois jours.

La Commission bancaire ne soutient pas qu'elle a fait quoi que ce soit pendant ce délai de cinq mois, sinon continuer à observer la situation de la banque « avec vigi-

33. Ancien article 474 C. com.

lance », et recueillir les observations de l'établissement sur le rapport d'inspection afin de respecter le principe du caractère contradictoire de la procédure.

299. – Il reste cependant que le délai de réflexion que la Commission semble avoir voulu se donner peut s'expliquer par les gages de bonne volonté donnés par les dirigeants de la banque qui avaient mobilisé rapidement un prêt participatif de 25 millions de francs. Cet apport de fonds propres permettait de provisionner la moitié des créances douteuses. Il restait certes à provisionner les créances pays, mais cette exigence résultait, en 1987, d'une réglementation nouvelle, d'ailleurs dépourvue de sanction, ce qui peut expliquer que la Commission bancaire a estimé qu'à compter de la fin juin 1987 la situation — si elle méritait certainement un suivi attentif — avait perdu son caractère d'extrême urgence. Enfin, s'il est exact que, comme le relève l'arrêt attaqué, la banque avait déjà connu des difficultés similaires dans le passé, il nous semble excessif d'y voir une circonstance aggravante alors que des mesures correctrices avaient été rapidement prises à la suite des inspections diligentes par la Commission bancaire.

Dans ces conditions, il nous semble que, dans les circonstances de l'espèce, la Commission bancaire n'a pas commis de faute lourde en attendant cinq mois avant d'envoyer la lettre de suite.

b. 300. – En deuxième lieu, les demandeurs reprochent à la Commission bancaire l'acceptation du prêt participatif de 25 millions de francs alors que ce prêt, consenti par les actionnaires de la banque, eux-mêmes endettés auprès de celle-ci, ne pouvait constituer une méthode satisfaisante de recapitalisation de l'établissement.

Déjà, en 1985, les fonds propres avaient été augmentés par un apport en capital de 25 millions de francs et un prêt participatif de 25 millions de francs avec des sociétés du groupe Kairouz. En 1987, la Commission bancaire a pris acte d'une augmentation des fonds propres de 25 millions de francs, réalisée selon la même méthode, et exigé une augmentation supplémentaire de 50 millions, ultérieurement ramenée à 20 millions de francs, vraisemblablement sous forme d'un apport en capital.

301. – Il nous semble que c'est ce plan de financement global qu'il faut avoir à l'esprit. La question n'est donc pas de savoir si le prêt participatif était acceptable, mais si la Commission bancaire pouvait admettre qu'une augmentation de fonds propres de 75 millions de francs soit réalisée pour le tiers par un prêt participatif souscrit par des sociétés du groupe Kairouz.

Vu sous cet angle, il nous semble qu'il s'agit d'un faux problème, car prêt participatif ou augmentation de capital, les fonds venaient toujours du groupe Kairouz. Comme la banque finançait le groupe Kairouz, on peut toujours soutenir qu'il s'agit d'un circuit fermé. Aussi faudrait-il démontrer que le prêt participatif a été financé ou refinancé par la banque : cela n'est pas établi au vu du dossier.

c. 302. – **Attitude de la Commission bancaire entre octobre 1987 et janvier 1988.** La lettre de suite finalement envoyée par la Commission bancaire le 6 octobre 1987 invitait, nous l'avons dit, l'établissement à renforcer ses fonds propres à hauteur de

50 millions de francs « dans les meilleurs délais » sous la menace de sanctions disciplinaires.

À la suite de ce courrier, la Commission a cherché à négocier avec la banque, méthode qui lui avait bien réussi à la suite de l'inspection de 1985 puisqu'elle avait permis un renforcement important des fonds propres. Mais cette négociation a traîné en longueur, et en définitive, lors d'une réunion organisée le 4 décembre 1987, deux mois après l'envoi de la lettre de suite, la Commission bancaire a accepté de laisser à la banque jusqu'à la fin mai 1988 pour augmenter ses fonds propres de 50 millions. 303. – La Commission bancaire a ainsi toléré, selon les termes de l'expert commis par la juridiction d'appel, « le maintien d'une situation particulièrement grave à la banque UBC » alors que « le renforcement des fonds propres était une nécessité immédiate afin de régulariser la situation de la banque au vu de la réglementation bancaire et de rétablir sa solvabilité³⁴ ». La situation était à vrai dire si grave que, comme l'a jugé le tribunal de commerce, la banque était en état de cessation des paiements dès le 26 mai 1988, c'est-à-dire avant l'expiration du délai octroyé par la Commission bancaire.

304. – Or, aucun élément ne pouvait justifier que la Commission bancaire assouplît ses exigences à l'égard de la banque. La faute de la Commission apparaît sur ce point patente : s'il lui était loisible de négocier avec la banque, cette négociation devait, compte tenu de la gravité de la situation, être menée rapidement, avec détermination et fermeté. En laissant traîner les choses, en accordant des délais excessifs, la Commission bancaire a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État. Et cette faute est une faute lourde parce qu'elle est véritablement inexplicable. Il s'agit d'un cas de figure tout à fait similaire à celui de votre décision de section du 24 janvier 1964, *Ministre c/Achard et autres* (préc.), dans laquelle vous avez regardé comme une faute lourde de la Commission de contrôle des banques la carence à prendre les mesures nécessaires au suivi du contrôle qu'elle avait effectué et qui faisait apparaître que l'établissement se trouvait dans une situation gravement irrégulière.

d. 305. – La Commission bancaire ne s'en est pas tenue là. Le 14 mars 1988, elle revenait également sur ses premières exigences en admettant que soient analysés séparément, au regard de la réglementation prudentielle, et non ensemble, les engagements de la banque sur l'Union nationale et le groupe Kairouz, alors que la première société était une filiale de la seconde.

306. – Sans doute, en l'état de la réglementation alors applicable, la Commission bancaire avait seulement la faculté d'exiger le regroupement de ces créances ; mais dès lors qu'elle l'avait fait, il est « inexplicable », pour reprendre la formule de l'expert³⁵ qu'elle ait ensuite battu en retraite. Aussi, sur ce point, nous sommes d'avis que la

34. *Rapport d'expertise*, tome 1, p. 132 et 133.

35. *Rapport*, tome 1, p. 164.

Commission bancaire a commis une faute lourde, du même ordre que celle que nous avons déjà admise : il n'était pas raisonnable, alors que la banque était dans une situation sérieuse, de lui céder sur des exigences pourtant minimales.

e. 307. — **Absence de nouvelle mission d'inspection en 1988.** En dernier lieu, les requérants reprochent à la Commission bancaire de n'avoir pas procédé à un nouveau contrôle sur place pour vérifier la manière dont la banque mettait en œuvre les mesures de redressement qui lui avaient été prescrites.

La banque avait fait l'objet de contrôles sur place en 1979, 1984, 1985 et 1987 ; ces contrôles avaient fait apparaître, pour les derniers d'entre eux, certaines insuffisances, qui justifiaient certainement qu'un nouveau contrôle sur place soit diligenté dans un délai raisonnable. On note d'ailleurs qu'en 1985, alors que la banque avait connu des difficultés comparables, la Commission bancaire avait suivi de très près la situation en diligentant deux inspections dans la même année.

308. — Mais il n'y a pas lieu de s'intéresser à la période postérieure au mois d'avril 1989, puisqu'à cette date, la justice pénale s'est saisie du dossier, la Commission bancaire ayant, pour sa part, prononcé le retrait d'agrément le 5 mai 1989 : à ce moment-là, il n'était plus temps d'inspecter.

309. — Fallait-il pour autant le faire nécessairement entre mai 1988 — terme fixé à la banque pour se recapitaliser — et avril 1989 ? Cela n'a rien d'évident. La Commission bancaire suivait attentivement la situation de la banque ; elle était en relations régulières avec ses dirigeants ; elle pouvait légitimement penser qu'elle connaissait bien les problèmes qui se posaient et qu'une vérification sur place n'aurait rien apporté de nouveau. Elle n'avait aucune raison sérieuse de penser que — comme la suite de l'histoire l'a révélé — les dirigeants de la banque se livraient à des montages compliqués pour lui dissimuler la gravité de la situation de l'établissement. Leur réputation était alors très correcte, et la Commission était fondée à penser qu'ils négociaient avec elle de bonne foi, et dans la transparence.

3. 310. — Vous devez maintenant vous interroger sur l'existence d'un lien direct de causalité entre les deux fautes lourdes imputables à la Commission bancaire et le dommage subi par M. Kechichian et autres, qui réside dans la perte des sommes inscrites en compte dans les livres de la banque.

a. 311. — Une première manière de raisonner est esquissée par votre arrêt de section du 24 janvier 1964, *Ministre des Finances c/Achard* (préc.), le seul dans lequel vous avez à ce jour retenu la responsabilité de l'État dans ce domaine : vous avez déclaré l'État responsable « du préjudice que (le) défaut de surveillance pouvait avoir entraîné pour les clients de l'établissement postérieurement au 27 juin 1955 », date à laquelle la Commission aurait dû intervenir autrement qu'elle ne l'avait fait. En filigrane, on trouve l'idée que si la Commission bancaire avait pris, au moment où elle aurait dû agir, la mesure la plus rigoureuse, c'est-à-dire la liquidation de la banque, les

clients n'auraient perdu que leurs dépôts à cette date ; la carence de la Commission bancaire leur a fait perdre en outre l'accroissement de ces dépôts entre cette date et la liquidation de l'établissement : soit une certaine somme pour les clients dont les dépôts ont augmenté, et rien pour ceux dont les dépôts ont diminué ou sont restés stables.

b. 312. – Cette méthode est sans doute intellectuellement très rigoureuse. Mais, sur le plan de l'équité, il est tout de même difficile de faire comprendre aux déposants dont les avoirs n'ont pas augmenté qu'ils n'ont subi aucun préjudice imputable à la Commission bancaire. Surtout, elle se heurte à une difficulté pratique qui nous semble difficilement surmontable. En effet, les déposants ont pu recouvrer une partie de leurs avoirs, en l'espèce près des deux tiers. Or, il ne nous semble pas possible de déterminer quelle fraction de ce remboursement devrait être imputée sur la somme correspondant à l'accroissement des dépôts. C'est pourquoi nous préférons considérer, de manière sans doute plus fruste, que le préjudice est constitué par la fraction non remboursée des dépôts et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute de la Commission bancaire et ce préjudice.

c. 313. – Toutefois, ce préjudice a également pour cause, et même pour cause principale, la carence de la banque. Dans une telle situation, il y a lieu à procéder à un partage de responsabilité que M. le président Galmot, dans ses conclusions sur l'arrêt de section du 14 octobre 1966, *Marais* (publiées au *D.* 1966, p. 636) qualifie de « forfaitaire », parce qu'il est retenu dans l'hypothèse « où deux faits générateurs concourent chacun à la réalisation d'une partie du dommage » mais où il est « impossible d'évaluer de façon précise la part de préjudice qui incombe à chacun ».

314. – Il nous semble que vous pourrez faire une juste appréciation de la part imputable à l'État en la fixant à 10 % du préjudice. Vous condamnerez donc l'État à verser aux demandeurs des sommes ainsi calculées, en assortissant cette condamnation des intérêts au taux légal et de la capitalisation des intérêts échus aux dates auxquelles elle a été demandée.

315. – Les frais d'expertise ont été taxés et liquidés par une ordonnance du président de la cour administrative d'appel de Paris du 4 février 2000 à la somme de 484 509,90 F. Vous les mettrez à la charge de l'État.

316. – Au titre des frais exposés et non compris dans les dépens, l'État, qui perd pour l'essentiel sur le fond, doit être regardé comme la partie perdante aussi bien dans l'instance d'appel que dans l'instance de cassation (rappr. CE, 15 novembre 2000, *Association de sauvegarde du site de Courcouronnes*, req. n° 200.819, à paraître au *Recueil*). Vous le condamnerez donc à verser à M. Kechichian et autres les sommes qu'ils demandent au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

*

317. – *Par ces motifs*, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- à l'annulation des jugements du tribunal administratif de Paris du 7 juillet 1993 ;
- à la condamnation de l'État à verser à M. Kechichian et autres la moitié des sommes qu'il avait été condamné à leur verser par l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Paris, sauf en ce qui concerne M. Robert Matta, qui recevra une somme de 48 368 F, M. Sami Shoughayar, qui recevra une somme de 14 418 F et M. et M^{me} Doumet et M. Shoughayar, qui recevront solidairement une somme de 42 754 F, lesdites sommes assorties des intérêts au taux légal à compter de la réception des demandes indemnitaires par le ministre de l'Économie et des Finances, les intérêts échus aux 4 novembre 1993, 3 mai 1995, 15 juin 1998, 16 novembre 1999 et 5 février 2001, pour les requérants dont la requête a été enregistrée sous le n° 93 PA 01250 au greffe de la cour administrative d'appel de Paris, et aux 4 novembre 1993, 3 mai 1995 et 5 février 2001 pour les requérants dont la requête a été enregistrée sous le n° 93PA01251, étant capitalisés pour produire eux-mêmes intérêt ;
- à la condamnation de l'État à verser à M. Kechichian et autres la somme globale de 110 000 F au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;
- au rejet du surplus des conclusions de l'appel de M. Kechichian et autres et de leur pourvoi en cassation incident ;
- à ce que les frais d'expertise exposés en appel soient mis à la charge de l'État.

**Annexe. Conseil d'État, 30 novembre 2001,
Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
c/M. ou M^{me} Kechichian et autres (req. n° 219562)**

LE CONSEIL :

[...]

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi :

Considérant qu'aux termes de l'article 37 de la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit dans sa rédaction alors en vigueur : « Il est institué une Commission bancaire chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés. Elle examine les conditions de leur exploitation et veille à la qualité de leur situation financière. Elle veille au respect des règles de bonne conduite de la profession » ; que les articles 39 et 40 de la même loi donnent à la Commission bancaire le pouvoir de procéder à des contrôles sur pièces et sur place et celui de demander que lui soient transmis des documents et informations ; que les articles 42 à 44 l'habilitent, si elle constate des manquements aux règles de bonne conduite, à adresser une mise en garde à un établissement

de crédit, à lui recommander de prendre les mesures appropriées pour restaurer sa situation financière, à lui adresser une injonction et à désigner un administrateur provisoire ; qu'enfin, en vertu de l'article 45, la Commission bancaire peut prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre d'un établissement de crédit qui « a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité, n'a pas déféré à une injonction ou n'a pas tenu compte d'une mise en demeure » ;

Considérant que la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants ; que, dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'État pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde ; qu'il suit de là qu'en jugeant que toute faute commise par la Commission dans la surveillance et le contrôle des établissements de crédit pouvait engager la responsabilité de l'État, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie est fondé à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 25 janvier 2000 ; qu'il y a lieu, par voie de conséquence, de rejeter le pourvoi incident formé par M. et M^{me} Kechichian et autres ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond, en application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative ;

Considérant que si un rapport d'inspection a été remis le 5 mai 1987 à la Commission bancaire, qui soulignait que la situation de la Saudi Lebanese Bank apparaissait dégradée et que son avenir ne pourrait être préservé qu'à la condition que fût engagée au plus vite une politique d'amélioration de la qualité de ses engagements et d'apurement des créances douteuses, il résulte toutefois de l'instruction que la Saudi Lebanese Bank avait contracté dès le mois de juin 1987 un emprunt participatif de 25 millions de francs et que le rapport remis en mai 1987 soulignait la bonne volonté des dirigeants de la banque et leur imposait pour la première fois de constituer des provisions au titre des « risques pays » ; que, dans ces conditions, la Commission bancaire n'a pas commis de faute lourde en n'adressant que le 6 octobre 1987 une « lettre de suite » aux dirigeants de cet établissement les invitant à opérer un assainissement financier « dans les meilleurs délais » ;

Considérant que si la Commission bancaire a accepté que la recapitalisation qu'elle demandait fût assurée à hauteur de 25 millions de francs par un prêt participatif souscrit par les sociétés du groupe Kairouz alors que ces sociétés, actionnaires de la banque, étaient elles-mêmes endettées auprès de celle-ci, il ne résulte pas de l'instruction que ce prêt participatif aurait été financé ou refinancé par la Saudi Lebanese Bank ; que, dès lors, M. et M^{me} Kechichian et autres ne sont pas fondés à soutenir que la Commission bancaire aurait commis une faute lourde en prenant en compte ce prêt participatif au titre de l'augmentation des fonds propres qu'elle avait exigée des dirigeants de la banque ;

Considérant, qu'il résulte de l'instruction et des annexes au rapport d'expertise que seuls des documents internes confidentiels faisaient état des montages frauduleux entrepris par les dirigeants de la Saudi Lebanese Bank à partir de 1988 ; que jusqu'à la révélation des agissements occultes des dirigeants de la Saudi Lebanese Bank, la Commission bancaire a continué de négocier avec ceux-ci le rétablissement de la solvabilité de l'établissement ; qu'il suit de là que

la Commission bancaire n'a pas commis de faute lourde en s'abstenant de diligenter un contrôle sur place entre mai 1987 et avril 1989 ;

Mais considérant qu'alors que par lettre du 6 octobre 1987, la Commission avait demandé au président-directeur général de la banque qu'une augmentation de capital de 50 millions de francs fût réalisée « dans les meilleurs délais », elle a ensuite réduit de moitié le montant de l'augmentation de capital prescrite et a accordé à la banque un délai pour le réaliser allant jusqu'à fin mai 1988 ; qu'eu égard au caractère urgent que présentait, comme l'avait souligné le rapport d'inspection du 5 mai 1987, le rétablissement de la solvabilité de la Saudi Lebanese Bank, la Commission bancaire, si elle pouvait légitimement choisir de négocier avec les dirigeants une stratégie permettant le rétablissement de leur banque plutôt que d'engager sur le champ une procédure juridictionnelle, aurait dû toutefois adresser à ces dirigeants des prescriptions plus fermes et assortir celles-ci de délais contraignants ; que, par ailleurs, revenant sur les exigences qu'elle avait formulées, la Commission bancaire a également admis, le 14 mars 1988, que soient analysés séparément et non ensemble, au regard de la réglementation prudentielle, les engagements de la Saudi Lebanese Bank sur l'Union nationale S.A.L. et le groupe Kairouz, alors que la première société était une filiale de la seconde ; qu'alors même qu'en l'état des règles prudentielles alors applicables, elle avait seulement la faculté d'exiger le regroupement de ces créances, la Commission bancaire aurait dû maintenir, en considération de la situation dans laquelle se trouvait la banque, les exigences qu'elle avait formulées ; que ces carences sont constitutives d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'État ;

Considérant qu'alors même que la faillite de l'United Banking Corporation a une origine principalement frauduleuse, cette faute lourde commise par la Commission bancaire a contribué à concurrence d'une fraction qui peut être fixée à 10 %, à la réalisation du préjudice subi par les requérants de première instance, qui correspond au montant non remboursé de leurs dépôts au 9 mai 1989, date d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de la banque ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérants, que l'ouverture d'une procédure collective ne privait pas de la possibilité d'engager une action en leur qualité de déposants, sont fondés à demander l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté leurs conclusions dirigées contre l'État et à demander que celui-ci soit condamné à leur verser des sommes correspondant à la fraction indemnisable, telle qu'elle vient d'être définie, du préjudice qu'ils ont subi ;

Considérant en outre que les requérants ont droit, à compter du jour de la réception par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de leur réclamation préalable, aux intérêts de la somme qui leur est due ; que ceux au nom desquels a été présentée la requête n° 93 PA 01250 au greffe de la cour administrative d'appel de Paris ont demandé la capitalisation des intérêts le 4 novembre 1993, le 3 mai 1995, le 15 juin 1998, le 16 novembre 1999 et le 5 février 2001 ; que ceux au nom desquels a été présentée la requête enregistrée sous le n° 93PA01251 ont demandé cette capitalisation le 4 novembre 1993, le 3 mai 1995 et le 5 février 2001 ; qu'à chacune de ces dates, il était dû au moins une année d'intérêts ; que, dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil, il y a lieu de faire droit à ces demandes ;

Considérant que compte tenu de ce qui vient d'être dit et des données chiffrées fournies par l'expert, l'État doit être condamné à verser à M. et M^{me} Nicolas Abdouche la somme de 106 222 F, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 23 juillet 1992 ;

[...]

Sur les frais d'expertise exposés en appel :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'affaire, de mettre ces frais à la charge de l'État ;

Sur les conclusions tendant au remboursement des frais exposés et non compris dans les dépens :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de cet article et de condamner l'État à payer à M. et M^{me} Kechichian et aux autres auteurs du pourvoi incident la somme de 60 000 F qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux devant le Conseil d'État et non compris dans les dépens, ainsi qu'une somme de 50 000 F au titre de la procédure suivie devant la cour administrative d'appel ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : Les jugements du tribunal administratif de Paris du 7 juillet 1993 et l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 25 janvier 2000 sont annulés.

Article 2 : L'État est condamné à payer :

– à M. et M^{me} Nicolas Abdouche la somme de 106 222 F, augmenté des intérêts au taux légal à compter du 23 juillet 1992 ;

[...]

Article 3 : Le surplus des conclusions présentées par M. et M^{me} Kechichian et autres devant la cour administrative d'appel de Paris, ainsi que les conclusions de leur pourvoi incident, sont rejetés.

Article 4 : L'État versera à M. et M^{me} Kechichian et aux autres auteurs du pourvoi incident une somme totale de 110 000 F en application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de la justice administrative.

Article 5 : Les frais d'expertise sont mis à la charge de l'État.

Article 6 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie ; [...].

L'autodiscipline de la publicité

Une expérience reconnue d'autorégulation en France et en Europe

Jean-Pierre Teyssier *

*Président du Bureau de vérification de la publicité (BVP)
et de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité*

318. – Il peut apparaître paradoxal de proposer l'exemple de la publicité dans ce forum¹ consacré à l'autorégulation. Il n'y a pas, en effet, en France, d'activité de communication plus réglementée que la communication publicitaire. Depuis les années 1970, le législateur est intervenu pratiquement sans interruption pour réguler une activité qu'il juge sinon dangereuse, en tout cas à placer sous haute surveillance. Il n'est pas besoin de souligner combien cette attitude est jugée regrettable par tous ceux qui travaillent pour une communication estimée pourtant nécessaire pour l'économie et, même, pour la culture. Cette propension à légiférer semble malheureusement ne pas se ralentir, puisque la seule année 2005 a vu quatre nouvelles lois² taxer et encadrer la publicité dans notre pays!

319. – Pourtant, en même temps, la publicité est en France, comme dans le reste de l'Europe, l'activité la plus *autoréglée*, c'est-à-dire la plus encadrée par des règles professionnelles que les acteurs eux-mêmes ont décidé de se fixer et de respecter, et cela depuis fort longtemps. Cette autodiscipline est reconnue et saluée par les pouvoirs publics, par exemple par l'autorité de régulation de l'audiovisuel, le Conseil

* Auteur de *Frapper sans heurter : quelle éthique pour la publicité?*, Armand Colin, 2004.

1. Cet article a été rédigé en 2007 à partir d'une intervention au forum de la chaire Régulation de Sciences Po consacré en décembre 2005 à l'autorégulation.

2. Lois d'août 2004 sur la publicité alimentaire, de décembre 2004 pénalisant toute discrimination homophobe ou sexiste, de mai 2005 instituant une « éco-taxe » sur les imprimés publicitaires et de juillet 2005 sur les publicités sur l'énergie.

supérieur de l'audiovisuel, pour ce qui concerne la publicité à la télévision. Notre pays est même celui où existe le plus ancien organisme d'autodiscipline publicitaire européen, avec le Bureau de vérification de la publicité (BVP), qui, créé en 1935, vient de fêter ses soixante-dix ans. Pourquoi cette coexistence d'une forte régulation et d'une non moins forte autorégulation alors que, généralement, cette dernière est réputée se développer dans les espaces que lui laisse libres la régulation ?

320. – Précisons d'emblée que les acteurs de la publicité appartiennent partout à trois professions qui unissent leurs trois métiers dans l'activité publicitaire : les annonceurs, qui sont les entreprises qui, pour promouvoir leurs produits et leurs marques, commandent et signent les campagnes ; les agences, qui les conçoivent et les produisent ; enfin les supports, ou médias, qui les diffusent. Comme les trois mousquetaires, ces trois professions se retrouvent à quatre, puis qu'elles ont créé ensemble une association chargée de bâtir et de faire respecter leur autorégulation, qui est en France le BVP. On peut d'ailleurs remarquer que, partout où existe un marché de la publicité, a été mise en place une telle autorégulation, et on y trouve un organisme tripartite comme le BVP. C'est ce que l'on constate dans la très grande majorité des marchés, notamment en Europe. Il est intéressant de se demander pourquoi la publicité est une activité qui génère, on pourrait presque dire spontanément, une pratique d'autorégulation : est-ce la volonté de ses acteurs ? Est-ce celle de la société ? Est-ce pour éviter une réglementation imposée par le législateur ? Est-ce parce qu'il importe de respecter la liberté des médias ? On le voit : dans cette dialectique de l'autorégulation *versus* la régulation, il y a bien des questions qui se posent, et que la publicité peut-être pose avec plus d'acuité que d'autres secteurs.

Avant de tenter d'y répondre, il faut s'accorder sur quelques points de vocabulaire. On ne peut en effet raisonner sans une acception commune des termes à utiliser, et notamment des mots qui suivent.

321. – **Autorégulation ou autodiscipline.** Les professionnels parlent souvent d'*autodiscipline* à propos du système mis en place pour la publicité. Ils voient en effet, à tort ou à raison, trois niveaux dans la prise en main progressive, de leur part, de l'encadrement collectif de leur communication : l'*autocontrôle*, pour contrôler eux-mêmes leurs messages (premier âge du BVP, avant la guerre, quand il s'agissait de débusquer les escroqueries dans les annonces) ; l'*autorégulation* (quand on décide de se fixer des règles professionnelles, avec les premiers codes de conduite, depuis les années 1970) ; et enfin l'*autodiscipline*, quand une discipline commune donne à l'organisme chargé de faire respecter ces codes l'autorité nécessaire. Cela suppose plusieurs conditions, que l'on précisera (indépendance, crédibilité, sanctions, etc.). Ne surestimons pas cette distinction : une autorégulation sans autodiscipline ne peut être crédible, ne serait-ce que pour être admise par d'autres, et une autodiscipline sans règles autonomes n'aurait plus rien à faire respecter. Dans cette étude, on emploiera donc les deux termes indifféremment, en privilégiant d'ailleurs plus volontiers celui d'autorégulation, puis que c'est là le titre retenu pour ce forum. On remarquera incidem-

ment que, dans tous les cas, on n'a pas su éviter de placer une tête grecque sur un corps latin.

322. – **Régulation ou réglementation.** Les professionnels de la publicité n'y voient pas de différence. La distinction généralement retenue, surtout dans ce forum, entre ces deux notions ne joue pas pour l'activité publicitaire, où la concurrence a toujours existé. On n'a pas eu besoin d'y ouvrir un monopole, comme dans les télécommunications par exemple. Quand intervient une autorité de régulation, telle que le CSA, celle-ci, en fait, joue le rôle d'une autorité réglementaire, pour appliquer la loi et les règlements qui sont nombreux en publicité télévisée. On verra néanmoins que le CSA peut se reposer sur l'autorégulation et le BVP pour leur demander d'assumer des missions que normalement il doit assurer, comme le contrôle *a priori* des spots publicitaires : s'agit-il de *corégulation* ? Cette dernière peut être entendue comme une autorégulation partagée avec d'autres que les professionnels de la publicité : soit il s'agit de faire fonctionner l'autodiscipline en associant les consommateurs et les pouvoirs publics à l'organisme en charge (c'est le cas aux Pays-Bas par exemple), soit il s'agit de se répartir la tâche entre les acteurs publics, voire le législateur, qui fixent les objectifs, et les acteurs professionnels, à qui on demande d'en assurer les modalités. On verra que c'est cette dernière acception qui est la plus riche de développements, notamment dans l'Union européenne.

323. – **Publicité et communication.** La publicité n'a pas en France de définition légale unique, même si la loi, on l'a dit, la réglemente abondamment. Dans les textes européens³ on fait désormais référence à la « communication commerciale ». En France, la réglementation audiovisuelle parle de « promotion de produits et services », mais la publicité peut promouvoir aussi des activités humanitaires, gouvernementales, voire politiques, en tout cas non commerciales. La publicité classique est diffusée par les grands médias : presse, cinéma, radio, télévision et affichage. Mais, aujourd'hui, on parle plutôt de « communication », car les supports utilisés ne peuvent être réduits, comme il y a vingt ans, aux médias de masse qui ont accompagné le développement de la publicité : il faut savoir que les deux-tiers des investissements publicitaires en France se font « hors médias », c'est-à-dire empruntent les moyens beaucoup plus efficaces du publipostage, imprimés, télémarketing, etc., auxquels s'ajoutent les « nouveaux médias » (Internet, téléphone mobile, etc.). La publicité a le génie d'emprunter tous les chemins possibles pour se faire entendre du consommateur. Et c'est sans doute ce qui indispose le plus dans le public. Car la vraie caractéristique de la publicité, celle qu'aucune loi ne saurait définir, c'est le langage particulier qui partout la fait reconnaître : cette rhétorique partisane et séductrice, chez qui Roland Barthes retrouvait la rhétorique des sophistes de l'ancienne Athènes. Et de même que Platon opposait son exigence de vérité et d'éthique face aux rhéteurs

3. Comme le projet de nouvelle directive « Services et médias audiovisuels », qui va remplacer la directive « Télévision sans frontières ».

sophistes, de même, on va le voir, de la publicité jaillit spontanément un impératif de vigilance qui est à la base de son autodiscipline.

C'est en effet au cœur même de cette forme de communication qu'il faut d'abord rechercher les racines de cette pratique originale de l'autorégulation qui, peu ou prou, partout, l'accompagne. On examinera donc en premier lieu les fondements de l'autorégulation de la publicité (I), puis son fonctionnement en France et en Europe (II) avant de définir les conditions de son efficacité, de sa crédibilité et de sa légitimité dans l'Union européenne (III).

I. LES FONDEMENTS DE L'AUTORÉGULATION DE LA PUBLICITÉ

324. – On l'a déjà brièvement mentionné : partout où il y a publicité, il y a aussi autorégulation de cette forme de communication. Les seuls pays où, en Europe, cette bonne pratique n'est pas encore implantée sont l'Estonie et Chypre (où des dispositifs sont en cours de création), outre la Lettonie et Malte, petits marchés pour la publicité. Les annonceurs les plus importants y sont, en tout état de cause, des marques et des groupes internationaux qui, comme Unilever, Danone, Procter & Gamble ou Nestlé, sont de solides adeptes de l'autodiscipline. Leurs campagnes publicitaires se seront déjà conformées aux bonnes pratiques professionnelles. On verra aussi, en seconde partie, que, si les modes de fonctionnement de cette autorégulation peuvent varier d'un pays à l'autre, partout elle répond à une même motivation : justifier le discours publicitaire face à la société, et donc face à la loi qui en est l'expression normative.

Quand on se penche sur les raisons qui peuvent expliquer les bases communes, anciennes et très fortes, de ce mode d'encadrement de la publicité, on distingue des fondements qui peuvent être soit internes à cette activité (A), soit externes (B).

A. UN FONDEMENT INTERNE À LA PUBLICITÉ : UNE COMMUNICATION QUI SE VEUT RESPONSABLE

325. – Il y a un premier facteur culturel très puissant qui détermine partout la publicité à manifester une grande vigilance dans l'utilisation de cette forme de communication. On peut penser de prime abord qu'il s'agit de la finalité commerciale qui serait celle de la publicité. Communication mercantile, son caractère intéressé lui enlève toute prétention, contrairement à l'art, et cela en dépit de sa très grande utilisation de techniques artistiques, à une création sans freins ni limites. En réalité, même si la publicité est très majoritairement l'outil d'annonceurs au profit de leurs produits et services dont il faut favoriser l'échange dans notre économie marchande, ce type de communication n'est pas exclusivement commercial. La publicité est de

plus en plus utilisée par des annonceurs non commerciaux : l'État, les collectivités locales, les partis politiques, les ONG et les associations humanitaires qui, tous, font de la publicité. Même les associations anti-pub y recourent ! C'est donc le langage particulier de la publicité, plus que l'objet dont elle fait la promotion, qu'il faut scruter. La rhétorique publicitaire offre deux particularités dans sa nature même. Qu'est-ce en effet que la communication ? C'est adresser un message à une autre personne au moyen de signes. À partir de là, la publicité présente une double singularité.

1. La publicité, une communication publique

326. – Comme le dit son étymologie, la publicité est, d'abord, une communication *publique* qui se déploie massivement sur l'ensemble de la scène publique — et d'une manière jugée de plus en plus intrusive, sinon même agressive.

Le développement de la publicité s'est fait avec ces médias de masse que sont, notamment, la radio, la presse, la télévision et l'affichage. Cette première caractéristique l'assimile à d'autres genres de communication publique, comme l'information et les programmes audiovisuels qui, eux aussi, sont destinés au public. Certes, les médias de radio et de télévision se diversifient, mais, même sur une chaîne thématique, toute parole qui s'affirme publique, parce qu'elle s'engage vis-à-vis de tous, assume une responsabilité, surtout quand elle participe au débat public de nos démocraties. La publicité endosse cette première responsabilité. Elle doit savoir que sa campagne va se déployer sur l'ensemble de la scène publique. La parole publique qu'elle revendique ainsi, surtout lorsqu'elle est amplifiée par des médias de masse, va toucher tous ceux qu'elle peut atteindre, même involontairement. Les annonceurs et les publicitaires l'oublient quelquefois, car ils recherchent le plus souvent à cibler une catégorie particulière de consommateurs. Après avoir mené leurs prétests limités à cette cible commerciale, ils sont quelquefois surpris des réactions que peut manifester le public, atteint beaucoup plus largement par un spot ou par une affiche. Certains s'opposent alors à cette communication commerciale qui manifeste tant de puissance. L'affichage est, à ce titre, parfois mal ressenti : seul grand support exclusivement voué à la publicité, il s'impose à tous dans nos rues et sur nos places. Le caractère intrusif de la publicité est également mis en cause dans le champ, de plus en plus utilisé par les annonceurs, du « hors-média ». Les imprimés dans les boîtes aux lettres, le démarchage téléphonique, les courriels commerciaux non sollicités sont la cause de bien des réactions hostiles à la publicité. Les professionnels en sont conscients, et ont décidé d'adopter des comportements qui en tiennent compte.

327. – La parole publicitaire présente néanmoins une différence par rapport aux autres formes de communication publique, comme par exemple l'information journalistique : elle se manifeste dans des pages, pour la presse, ou dans des programmes, pour la radio et la télévision, où elle n'est pas initialement prévue. Au départ elle n'est en effet demandée ni par le lecteur, l'auditeur ou le téléspectateur, ni par les journalistes ou professionnels des programmes. Elle doit d'ailleurs payer pour être invitée. C'est seulement en achetant l'espace dans lequel on veut bien l'accueillir que la commu-

nication publicitaire peut s'exprimer à côté de l'information ou des programmes. Elle n'est de ce fait que tolérée. On lui reconnaît d'aider au financement de l'entreprise et à son indépendance. Mais les journalistes comme certains lecteurs ne l'admettent souvent qu'à contrecœur.

328. – Pour le publicitaire, cela entraîne une seconde responsabilité : en plaçant cette communication commerciale dans les médias, il doit rester dans les limites de la finalité qui est la sienne, et qui n'est pas celles des autres. Le journaliste, dans les pages ou les créneaux audiovisuels consacrés à l'information, a pour devoir d'informer, et pour objectif, jamais atteint mais toujours recherché, de viser l'objectivité. Dans ses autres créneaux, appelés généralement « programmes », la télévision et la radio doivent divertir⁴, finalité dont la nature est différente. La publicité, elle, a pour objectif de « vendre », même si, comme on l'a vu, il ne s'agit pas toujours d'un commerce. Ces trois finalités séparent ces trois genres de communication audiovisuelle, dans leur nature et donc dans leur présentation aux yeux du public. Il faut une frontière entre chacune d'entre elles. La règle d'or de la publicité est son identification claire. Il faut d'autant plus le rappeler que les médias écrits et, surtout, audiovisuels s'engagent depuis quelque temps dans de dangereuses confusions de genres. Entre l'*infotainment*, où le spectacle envahit l'information, et le *programming* qui introduit les annonceurs dans les programmes, la télévision brouille les séparations que commande le respect du public. Il y a là une dérive inquiétante pour la communication publique. Pour la publicité, le respect des écrans qui lui sont réservés est d'autant plus indispensable que son langage déploie une rhétorique particulière

2. La publicité, une rhétorique partisane et séductrice

329. – La seconde particularité de la publicité se situe dans le fait qu'elle est une *rhétorique* partisane et séductrice, dont l'efficacité l'entraîne à se fixer des limites.

On distingue traditionnellement trois formes de communication publique, depuis Aristote jusqu'aux sociologues actuels de la communication. Il y a la communication *informative*, journalistique par exemple, dont la finalité est de rapporter des faits le plus objectivement possible. Il y a ensuite la communication *argumentative*, qui, comme l'avocat devant le juge ou le jury d'assises, cherche à convaincre au profit d'un client en soulignant ses bons côtés et en occultant les autres. Il y a enfin la communication *expressive*, qui fait appel à l'émotion pour raconter une belle histoire, avec toutes les ressources de l'art et de l'imagination. Faites l'expérience, prenez autour de vous un exemple : tout message que l'on veut communiquer à un public *via* un média répond à l'une de ces trois finalités.

4. La télévision publique française doit non seulement informer et divertir mais aussi « éduquer », mission ambiguë et prétexte de bien des interventionnismes, qu'il vaut mieux écarter car illusoire, même si on peut le regretter.

330. – Même si elle utilise toutes les techniques de l'expression artistique, la publicité appartient à la deuxième catégorie : comme l'avocat qui défend son client, l'annonceur va mettre en valeur son produit en déployant une argumentation partisane et séductrice. La communication politique a la même finalité : l'homme politique, qui « se vend » tout autant avec ses convictions et son programme, se retrouve avec l'avocat et le publicitaire dans un prétoire dont la rhétorique est la même. Et comme l'avait remarqué Roland Barthes, les procédés de la rhétorique antique, de Démosthène à Cicéron, se retrouvent dans la publicité. On lui reconnaît le droit de ne pas être objectif, mais on lui demande de rester dans le rationnel. On peut recourir au beau langage et aux belles images, mais sans tomber dans le mensonge. Il faut rester dans le vraisemblable, même si on ne dit pas toute la vérité.

331. – Dans l'ancienne Athènes, les sophistes déployaient tous les artifices du beau langage et des figures de la rhétorique. La publicité a ses propres figures, par exemple celles de l'éloge et de la persuasion. Son argumentation partisane, à sens unique, est un premier danger : du boniment, on peut très vite tomber dans le mensonge. L'utilisation de l'hyperbole par exemple peut, chez un consommateur non averti, conduire à des malentendus. La nécessité, pour faire mémoriser l'argument, de recourir à un slogan va dans le même sens. Ce risque s'accroît quand ce discours devient *iconique*, c'est-à-dire qu'il s'illustre en images. Le sens y devient ambigu, la manipulation n'est pas loin. En offrant au public un texte et une image, on s'ouvre ce double langage qu'affectionnent souvent les publicitaires pour attirer l'œil, sinon la connivence avec des sens cachés. Ainsi la crème fouettée Babette affichait la promesse : « Je la lie, je la fouette, et parfois elle passe à la casserole », avec l'image d'une cuisinière sans visage dont le tablier proposait cette invite à double sens, bien efficace pour attirer le chaland. Que dire du soutien-gorge Barbara qui pour la Saint-Valentin annonçait : « Ça va être sa fête » ? La violence n'est pas loin. On le voit : le discours publicitaire exige une vigilance particulière par sa nature même. Sa finalité le plus souvent commerciale renforce cette exigence, car on ne saurait accepter de telles figures de rhétorique pour des fins exclusivement mercantiles. Tout pousse donc le professionnel à se définir des règles déontologiques s'il veut être autorisé par la société à emprunter ce langage, surtout s'il est destiné à être diffusé sur les médias de masse. Sinon, le législateur risque de s'en mêler.

332. – N'exagérons pas les périls que certains attribuent à la publicité. Ce sont moins ses dangers que son efficacité qui rend le discours publicitaire responsable. Il n'aurait aucun effet, on ne lui demanderait pas de vigilance particulière. La qualité et la puissance de cette argumentation, originale dans la communication publique, justifient les investissements importants que lui consacrent les annonceurs, mais aussi la responsabilité sociale qu'elle appelle de la part de ceux qui la pratiquent.

333. – Ce serait tomber dans la naïveté que d'affirmer que la spécificité, et l'efficacité, du discours publicitaire suffiraient pour expliquer le besoin éprouvé par le publicitaire à se fixer lui-même ses limites. D'autres raisons, également internes à l'activité de la

publicité, l'y incitent : notamment la volonté de ses clients, les annonceurs, qui ont poussé à l'autorégulation par les professionnels, sous l'effet de deux facteurs :

– garantir entre eux, et surtout entre entreprises concurrentes, une concurrence loyale. L'objectif de loyauté concurrentielle (*fair competition*) est, par exemple, à la base de l'autodiscipline en Allemagne où a été établi dès 1912 un organisme spécialisé, la *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* (WBZ), ou Centrale pour la lutte contre la concurrence déloyale, dont la première mission a été de recevoir et traiter les plaintes des entreprises concurrentes. En publicité, comme ailleurs, les professionnels doivent régler entre eux leurs problèmes. C'est préférable, et c'est moins cher, que d'aller devant les tribunaux. Mais il faut aussi veiller à ce que les règles du jeu soient les mêmes entre concurrents, et que ceux qui acceptent de se fixer des limites ne soient pas pénalisés par rapport aux autres ;

– faire respecter devant les actionnaires, les clients et le marché, leur engagement de responsabilité sociale, y compris dans leur communication commerciale. Les grandes marques, et les groupes internationaux, comme Danone, Nestlé, Unilever, etc., ont, ces dernières années, souscrit à des règles de *corporate governance* qui leur imposent une grande vigilance dans des domaines comme la santé publique, l'environnement ou le développement durable. Leur image en dépend, et avec elle le lien de confiance que de tels annonceurs s'efforcent de resserrer avec les consommateurs, au bénéfice de leurs ventes. Un discours publicitaire irresponsable peut, à ce titre, ruiner des années d'efforts et de marketing. Sans compter la grande vigilance des organisations de consommateurs, des ONG et des gouvernements, toujours enclins à réglementer une publicité qui apparaîtrait contraire aux intérêts de la société. La crainte d'une loi contraignante se manifeste alors pour inciter les professionnels à l'autorégulation.

B. UN FONDEMENT EXTERNE : L'ENCADREMENT LÉGAL DE LA PUBLICITÉ

334. – Il n'est pas besoin d'être un fin dialecticien, ni spécialiste de Hegel, pour savoir que l'autorégulation, en tant que concept, ne se reconnaît qu'en opposition à la loi, ou à la régulation. Sinon, en lui-même, seul, ce serait un concept vide, comme nous le rappellent d'éminents juristes⁵. Néanmoins, lorsque l'on quitte les hauteurs conceptuelles, pour se situer au niveau concret des opérateurs, elle est pour les professionnels une pleine réalité, et une pratique qui s'autosuffit : elle est la prise en main, par les acteurs eux-mêmes de leur responsabilité sociale en l'absence de toute intervention étatique, et à leur propre initiative. La loi, vis-à-vis d'eux, peut avoir deux effets : soit elle est l'outil de l'intervention étatique, à leurs dépens, soit elle est, au contraire, le moyen de défendre et de garantir leur liberté. Son intervention peut tout

5. J.-B. Auby, « Toute régulation par essence, comporte une part d'autorégulation », *Lamy Concurrence*, janvier-mars 2006, n° 6, p. 104.

autant faciliter l'autorégulation (par exemple en garantissant la liberté des médias) que l'empêcher (quand elle régleme dans le détail la conduite que doivent adopter les professionnels, comme la loi Evin pour la publicité des alcools).

335. – Aussi, pour beaucoup d'observateurs, c'est le vide législatif qui attire l'autorégulation. Ainsi, Fabrizio Cafaggi écrit ⁶ :

« L'autorégulation est une réponse à une régulation faible ou inefficace. »

C'est exact pour certains domaines, comme celui de la publicité mensongère, et l'histoire de la régulation publicitaire le confirme, comme nous le verrons plus loin. Mais comment expliquer alors la coexistence en France d'une très forte législation sur la publicité et d'une autorégulation aussi forte, et la plus ancienne en Europe ? Une surabondance législative serait-elle un facteur tout autant important qu'une abstention de la loi pour rendre nécessaire l'intervention des acteurs professionnels aux fins de se réguler eux-mêmes ? Examinons successivement ces deux situations.

1. Autorégulation et faiblesse du droit positif en publicité

336. – Il est incontestable que géographiquement en Europe, et historiquement pour la France, le développement de l'autorégulation publicitaire a été facilité par l'inexistence ou la faiblesse de la régulation en la matière.

337. – *Sur le plan géographique*, la carte européenne de l'autorégulation publicitaire montre très nettement que ce sont les pays qui réglementent le moins cette activité, comme la Grande-Bretagne ou l'Irlande, où l'autorégulation y est la plus puissante : les organismes en charge bénéficient d'un mode de financement (une contribution obligatoire à tout achat d'espace de la part de l'annonceur, appelée *levy*) et de pouvoirs importants (avec des jurys d'experts indépendants dont les décisions sont publiques) pour faire respecter leurs normes professionnelles ou *standards*. À l'inverse, l'Allemagne et l'Autriche, pays à législation importante, par exemple dans le domaine de la concurrence déloyale, présentent des dispositifs d'autorégulation moins développés. Le document commun ⁷ présentant les différents organismes d'autorégulation de l'Union européenne, et rassemblés au sein de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (ou *European Advertising Standards Alliance*), précise néanmoins que l'autorégulation publicitaire fonctionne le mieux avec un cadre législatif : « Tous deux se complètent, comme le cadre et les cordes d'une raquette de tennis. » La législation est en effet adaptée à la formulation des principes de base, par exemple que la publicité ne doit pas tromper le consommateur, mais doit laisser aux codes professionnels le soin de mettre en œuvre le respect de ce principe par des règles

6. « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.*, 2004, n° 109, p. 28.

7. Appelé le « *Blue Book* » sous le titre : *Advertising Self-Regulation in Europe : an analysis of advertising self-regulatory systems and codes of advertising practise in Europe*, Bruxelles, EASA, 2005, p. 11.

opérationnelles précises, en fonction des secteurs notamment (où l'allégation trompeuse doit être précisée pour un cosmétique ou un produit alimentaire, par exemple). 338. – *Historiquement*, l'autorégulation de la publicité en France a été créée, et s'est développée, pour notamment suppléer à l'absence de législation sur la publicité mensongère. L'Office de contrôle des annonces, qui est l'ancêtre du BVP, a en effet été fondé en 1935⁸ à l'initiative d'une presse quotidienne en plein développement, et sous la ferme volonté de certains de ses responsables comme Jean Prouvost, pour « assainir » des pages publicitaires vouées à trop d'escroqueries et de tromperies. Pour attirer les grands annonceurs, et assurer ainsi les recettes publicitaires dont la presse moderne avait besoin pour financer son développement, il fallait passer de la « réclame », reléguée jusque-là en dernière page, à des annonces honnêtes, véridiques et loyales aux yeux des lecteurs. L'autocontrôle de l'honnêteté des publicités, et surtout des petites annonces, était ainsi pris en main et assuré par les professionnels eux-mêmes, au travers d'un organisme spécialisé chargé d'avertir les régies des journaux ou de répondre à leurs interrogations. Ce n'est que bien plus tard qu'est intervenue une législation sur la publicité mensongère, puisque la première loi intervenue en la matière en France date de 1963, et encore de manière peu satisfaisante puis que c'est la loi Royer de 1973 qui, dix ans plus tard, apportera les règles légales suffisantes. Entre-temps, c'est l'autorégulation qui aura assuré la protection du consommateur. Depuis les années 1970, le législateur en France a amplement rattrapé son retard. Aujourd'hui la réglementation en publicité est au contraire, aux yeux des professionnels, surabondante : est-ce pour autant nuisible à l'autorégulation ?

2. **Autorégulation et forte législation en matière de publicité**

339. – L'autorégulation peut tout autant prospérer dans les pays à forte législation, comme en France, ou en Italie. Dans ces cas-là, elle apporte le complément qui permet d'assurer aux professionnels une sécurité juridique mise en cause par une réglementation abondante et des risques de fortes sanctions en cas de non-respect. 340. – C'est notamment le cas en France avec la législation audiovisuelle, l'une des plus détaillées d'Europe, sinon même au monde. La publicité, après les programmes, y est sévèrement encadrée. Elle subit des contraintes particulières, comme par exemple l'interdiction pour certains secteurs d'accéder à la publicité télévisée (alcools, tabac, cinéma, édition, ainsi que la distribution et la presse jusqu'en 2007 pour les chaînes hertziennes). Elle doit veiller en outre⁹ à la protection des mineurs et respecter les convictions politiques, philosophiques et religieuses des téléspectateurs. Elle doit être exempte de toute discrimination en raison de la race, du sexe ou de la nationalité, de toute scène de violence et de toute incitation à des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité des personnes et des biens ou à la protec-

8. J.-P. Teyssier, *Frapper sans heurter : quelle éthique pour la publicité?*, Armand Colin, 2004, p. 85-90.

9. Loi du 30 septembre 1986 et décret du 27 mars 1992 sur la publicité et le parrainage.

tion de l'environnement. Enfin les messages publicitaires doivent respecter les intérêts des consommateurs, et toute allégation fautive ou de nature à induire en erreur le consommateur est interdite. Cette réglementation, qui durcit notablement les dispositions européennes de la directive « Télévision sans frontières » en matière de publicité, est soumise au contrôle de l'autorité administrative de régulation audiovisuelle, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui peut sanctionner les manquements par des amendes ou des décisions de cessation de diffusion.

341. – En quoi l'autorégulation, peut-on alors se demander, est-elle concernée face à un tel dispositif de droit public ? Ce dernier est si lourd, et si contraignant pour les diffuseurs, que ceux-ci ont besoin, pour éviter tout risque de cessation de diffusion de la part du CSA, d'en vérifier soigneusement la légalité. Ce contrôle *a priori* (en anglais *pre-clearing*) des spots publicitaires a été assuré d'abord par la régie unique des chaînes publiques, seules autorisées à émettre jusqu'en 1984, puis par l'autorité de régulation elle-même jusqu'à ce qu'elle décide, en 1990, de ne maintenir que son contrôle *a posteriori*, en demandant aux professionnels de vérifier eux-mêmes leurs messages avant diffusion. C'est ainsi que les chaînes, le CSA et les organisations professionnelles ont demandé au BVP d'assurer ce rôle, par un accord général, non écrit, mais unanimement respecté depuis.

342. – En confiant ainsi à l'autorégulation un des contrôles exercés auparavant par le CSA, la France présente depuis 1990 un dispositif original et très efficace : tous les spots de publicité télévisée (il y en a plus de 16 000 par an) sont visionnés par le BVP, et les diffuseurs disposent de son avis préalable tout en conservant leur responsabilité éditoriale. Au lieu, comme partout ailleurs, de prendre chacune en charge leur *pre-clearing*, les chaînes le font faire au moindre coût dans un lieu unique, qui applique à toutes les mêmes règles. Le contrôle effectué par le BVP porte non seulement sur la légalité, mais aussi, et j'ajouterais surtout, sur le respect des codes déontologiques. Ce système satisfait en outre le CSA, débarrassé d'un contrôle *a priori* qui le mettait quelquefois en délicatesse avec les agences, les annonceurs ou les diffuseurs, et assuré de voir la réglementation respectée : depuis 2000 il n'a ordonné qu'une seule cessation de diffusion. Il en résulte que la publicité télévisée en France est exemplaire, grâce à un système d'autorégulation concertée entre le CSA, le BVP et les télévisions, montré de manière pragmatique, et reconnu comme efficace dans toute l'Europe¹⁰.

343. – Le besoin de sécurité juridique peut aussi expliquer le recours à l'autorégulation quand la réglementation est compliquée à mettre en œuvre. Les professionnels recourent alors à leur organisme d'autorégulation pour les aider, en conseil préalable (en anglais *copy advice*) sur leurs projets de créations publicitaires. C'est le cas en France pour l'application de la loi Evin de 1993 qui interdit la publicité pour les

10. Par exemple par le rapport du *Hans Bredow Institute* de janvier 2006 sur la corégulation dans les médias, commandé par la Commission européenne, qui écrit que, grâce à ce dispositif télévisuel d'autorégulation, il constate « une grande efficacité (*high effectiveness*) de la corégulation de la publicité en France » (p. 116).

alcools sauf dans certaines conditions difficiles à définir. On ne peut en effet communiquer qu'une dizaine d'informations établies par la loi (origine, degré d'alcool, etc.) à condition que cela n'entraîne pas une incitation à la consommation, ce qui est l'objectif de toute publicité ! D'où un très lourd contentieux dans les tribunaux avec des condamnations civiles et pénales importantes. L'autorégulation, dans de tels cas, permet de proposer un code complémentaire pour éclaircir et préciser une législation complexe, comme cela a été le cas avec la recommandation *Alcool* du BVP en 2004. C'est ainsi non pas le vide de la loi, mais au contraire son trop plein, qui a fait intervenir l'autorégulation.

344. – Nombreux sont donc les facteurs, internes ou externes à l'activité publicitaire, culturels ou juridiques, économiques ou politiques, qui sont à la base du processus d'autorégulation de cette communication si particulière. Ils poussent tous dans le même sens et expliquent que, partout où il y a un marché de la publicité, intervient, plus ou moins rapidement, cette éthique professionnelle. Cette tendance ne peut que s'accélérer avec la constitution des grands ensembles mondiaux. La globalisation pousse les grandes marques à faire partout respecter leur souci de responsabilité sociale, y compris dans leurs nouveaux marchés. La constitution par l'Union européenne d'un marché unique incite les autorités européennes à demander une protection du consommateur dans chacun des vingt-sept pays, y compris par le moyen de l'autorégulation de la publicité. Dans des pays comme la Pologne, et chez d'autres nouveaux membres, se créent des dispositifs d'autorégulation sur le modèle des pays plus anciens.

Quelles sont les caractéristiques de ces modèles nationaux ? Sont-ils semblables, ou différents ? Il faut entrer, pour le savoir, dans le fonctionnement de ces systèmes en France et en Europe.

II. LE FONCTIONNEMENT DE L'AUTORÉGULATION DE LA PUBLICITÉ EN FRANCE ET EN EUROPE

345. – Dans pratiquement tous les marchés publicitaires, on a vu pourquoi, existe un dispositif national d'autorégulation publicitaire. Les trois acteurs qui concourent à l'activité publicitaire — annonceurs, agences et médias ou supports — ont dans chaque pays de l'Union créé un organisme d'autodiscipline. Partout il présente trois caractéristiques communes :

- un ou plusieurs codes de conduite proposent des normes professionnelles collectives pour la communication publicitaire, afin de garantir une publicité loyale, honnête et qui ne heurte pas le public ;

- un contrôle de ces normes est confié à un organisme d'autodiscipline commun disposant des moyens de les faire respecter, que ce soit avant ou après la diffusion des publicités ;

– enfin, les consommateurs mécontents d'une publicité peuvent se plaindre et en demander le retrait s'il est jugé fondé au regard des normes des professions publicitaires.

346. – Au-delà de ces traits communs, des différences sensibles apparaissent entre les pays, qui découlent de l'état variable de la législation, de l'organisation des professions en cause, de l'évolution qu'ont pu y connaître la publicité, les médias, ou les consommateurs. Les codes de conduite, généralement inspirés par les règles déontologiques de la Chambre de commerce internationale¹¹, sont plus ou moins nombreux. Leur vérification obéit à des modes de fonctionnement différents. Plutôt que de décrire, pays par pays, le dispositif d'autorégulation¹², on tentera de mettre en valeur deux types de fonctionnement : le premier, axé sur la prévention, veut appliquer *a priori* l'autodiscipline professionnelle pour modifier ou empêcher les publicités contraires aux codes professionnels, tandis que le second cherche à la faire respecter surtout par un contrôle *a posteriori*, qui élimine, au vu et au su de tous, les publicités jugées comme un manquement aux codes.

**A. L'AUTORÉGULATION AXÉE SUR LA PRÉVENTION :
LE CONTRÔLE A PRIORI DES MESSAGES PUBLICITAIRES,
OU À DÉFAUT LA FOURNITURE D'UN CONSEIL PRÉALABLE. LE CAS FRANÇAIS**

**1. Le système français de visa, préalable systématique
pour la publicité télévisée**

347. – La France se place résolument dans ce premier type, avec le contrôle systématique par les professions publicitaires, *via* le BVP, de tous les spots devant être diffusés à la télévision.

Cet organisme, qui a succédé en 1953 à l'Office de contrôle des annonces créé en 1935, s'est vu confié en 1990, comme on l'a dit, la vérification de tous les messages télévisés, au regard, d'une part, de la réglementation en la matière, dont le CSA conserve la surveillance après diffusion, et, d'autre part, des règles professionnelles édictées par les trois professions de la publicité. À ce titre, le BVP a vérifié 16 826 spots en 2006. Il a pour 9 % d'entre eux demandé, et obtenu généralement, leur modification, puisque 15 films seulement ont conservé un avis négatif.

348. – Il faut préciser que l'avis du BVP n'a qu'un rôle consultatif : les diffuseurs conservent leur responsabilité éditoriale, et gardent le dernier mot en décidant de

11. Celle-ci vient de modifier et de renforcer ce code, publié en août 2006 sous le titre *Advertising and Marketing Communication Practice*, disponible sur le site www.iccwbo.org.

12. Pour cela on peut se référer au *Blue Book* publié par l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité, déjà cité, et dont la dernière publication date de 2005.

suivre, ou non, l'avis du BVP¹³. En pratique ce dernier est toujours respecté, sauf dans des cas très rares qui sont d'ailleurs généralement décidés d'un commun accord. En confiant au BVP le *pre-clearing* de leurs messages publicitaires, les télévisions en France ont pu ainsi, sans abandonner leur responsabilité éditoriale, externaliser à moindre coût une fonction qui doit être de toute manière assumée, et faire appliquer des règles professionnelles communes, valables aussi pour leurs concurrents, sans perte de temps ni d'argent. Avec ce *pre-clearing* commun, le coût est partagé. Le message est soumis aux mêmes règles. La réglementation, importante et complexe en matière audiovisuelle, est appliquée de manière égalitaire et ouverte.

349. – Sur le plan opérationnel, le BVP a réussi ces dernières années, grâce à la numérisation de son système, à offrir aux agences, aux producteurs et aux régies des télévisions un réseau sécurisé et spécialisé, appelé « BVP Direct » où sont accueillis, numérisés et stockés tous les films, auxquels on ajoute leurs avis, jusqu'à leur diffusion par les chaînes. Le BVP garantit que son avis est émis en quarante-huit heures au maximum, ce qui permet néanmoins, en cas de difficulté sur un message, de discuter avec l'agence, et l'annonceur, pour trouver une solution permettant la diffusion de la campagne.

350. – Ce système, salué par les diffuseurs, l'est également par le CSA, qui se félicite de ne plus assumer ce contrôle avant diffusion depuis qu'il l'a confié, avec les diffuseurs, à l'organisme d'autodiscipline. Exemple dans le monde, ce système n'est cependant appliqué qu'en France, pour des raisons propres à l'histoire qu'y ont connue l'audiovisuel et sa régulation. Dans les autres pays, les diffuseurs ont voulu conserver leur *pre-clearing*, alors qu'en France ils ont préféré le partager avec leur organisme commun d'autorégulation plutôt qu'avec le CSA comme c'était le cas avant 1990.

2. Le conseil préalable tous médias avant diffusion

351. – Pour les médias autres que la télévision, il n'est pas possible d'y appliquer un contrôle *a priori* aussi systématique pour des raisons de quantité, comme d'opérabilité. Ce n'est que dans les cas de l'affichage et de la radio, où les régies sont peu nombreuses, et rassemblées dans des organisations professionnelles communes, qu'un contrôle préventif peut être opéré, généralement par le biais de ces dernières. Mais ailleurs, et dans la presse notamment, les publicités diffusées sont si nombreuses, à travers des régies très décentralisées dans des points de vente multiples, éloignés et divers, qu'il est impossible de les soumettre à un contrôle systématique avant diffusion. Il en est de même pour tous les supports du hors-média (prospectus, annuaires, courriers, etc.), *a fortiori* quand la communication emprunte des moyens sans supports comme les événements, les congrès ou les relations presse.

13. Un diffuseur peut toujours s'opposer à la diffusion d'une publicité jugée contraire aux règles de la profession, comme le stipulent ses conditions générales de vente d'espace.

352. – C'est la raison pour laquelle l'autorégulation préventive a mis en œuvre un système complémentaire : le conseil avant diffusion, en anglais *copy advice*. Tout professionnel adhérent à l'autodiscipline peut demander, et recevoir gratuitement de la part du BVP, un conseil sur la compatibilité de son projet avec les règles légales et professionnelles. Cela permet de s'assurer de la faisabilité d'une campagne dès sa création. En France, le BVP a ainsi émis, en 2006, 13 557 conseils qui ont concerné tous les médias. Les autres pays pratiquent également de plus en plus le conseil préalable, à une moindre échelle. L'autodiscipline préventive requiert de la part de l'organisme qui en est responsable de faire connaître de manière précise les règles professionnelles que doivent respecter les publicités avant leur diffusion. C'est sans doute la raison pour laquelle en France les codes de conduite sont détaillés et nombreux. Le BVP est ainsi chargé de faire savoir et respecter une quarantaine de codes, appelés « recommandations¹⁴ » qu'il propose aux annonceurs, aux agences et aux supports. Ces règles déontologiques sont d'autant mieux connues et respectées que ce sont ceux qui doivent les appliquer qui les suscitent et les rédigent, le BVP n'étant qu'un lieu de discussion et de consensus. C'est ainsi que cela fonctionne d'ailleurs partout, même si les codes y sont le plus souvent moins détaillés.

**B. L'AUTORÉGULATION FONDÉE SUR L'INTERVENTION A POSTERIORI :
LE JUGEMENT – ET LA CONDAMNATION ÉVENTUELLE – DE PUBLICITÉS
ESTIMÉES CONTRAIRES AUX RÈGLES PROFESSIONNELLES. LE CAS BRITANNIQUE**

353. – Le second type d'autorégulation est bien représenté par le système britannique, qui doit faire face à un marché publicitaire de taille. Il part de l'idée que le nombre de publicités est tellement important qu'une vérification crédible avant diffusion est impossible. La meilleure pédagogie est de soumettre les campagnes, dont la diffusion a entraîné un problème, à un jugement public et impartial pouvant donner lieu à des décisions de retrait rendues publiques, très pénalisantes pour l'image des marques ainsi condamnées. Il n'est pas possible de rendre publics les manquements dans le cas, que nous venons de voir, des contrôles avant diffusion, comme en France : les conseils et avis préalables sont en effet soumis à une stricte, et normale, obligation de confidentialité. Pour cette raison, en Grande-Bretagne, et dans la grande majorité des pays européens, a été institué un système de *jury* doté de pouvoirs importants de sanctions.

14. On les trouvera toutes présentées sur le site du BVP : www.bvp.org. Précisons que les recommandations du BVP ne sont pas écrites par lui, mais par les annonceurs concernés, ainsi que par des agences et des supports. Elles peuvent être soit générales (image de la personne humaine, enfants, développement durable), soit particulières à un secteur (jouets, automobile, hygiène et beauté, etc.).

1. Le jury publicitaire

354. – Le jury est une instance d'intervention *a posteriori* permettant de réagir publiquement et avec fermeté aux manquements qui s'avèreraient sérieux à l'encontre des codes déontologiques de la profession.

355. – Ainsi en Grande-Bretagne toute personne, ou entreprise, souhaitant se plaindre d'une publicité diffusée peut s'adresser à l'*Advertising Standard Authority* (ASA). Le système mis en place est gratuit pour les plaignants et anonyme, sauf s'il s'agit d'une plainte faite à titre professionnel — au nom de son employeur —, ou encore si le plaignant souhaite faire supprimer son nom d'un fichier de mailing.

356. – Si la plainte est jugée recevable, et après une procédure de médiation informelle avec les émetteurs de la publicité, un jury dédié — l'*ASA Council* — est chargé d'instruire l'affaire.

L'*ASA Council* est composé d'un président indépendant et de membres venant en majorité d'autres secteurs que celui de la publicité. Des professionnels du secteur en font également partie mais ne sont pas là en tant que représentants de leur entreprise mais en tant qu'experts. 1 800 dossiers de plaintes ont ainsi été jugés par l'*ASA Council* en 2005.

357. – La composition des jurys d'autorégulation publicitaire obéit à une alchimie complexe : il faut des personnalités indépendantes des parties en présence, mais en même temps capables de comprendre l'activité professionnelle qu'ils ont à juger. L'Europe présente toute la gamme de choix possible : on y trouve des jurys composés en totalité de professionnels de la publicité, comme en Allemagne ou en Belgique, ou d'autres dont font partie uniquement des experts venant de l'extérieur, notamment de l'université ou des tribunaux (comme en Italie). Certains de ces experts sont, comme en Espagne ou en Irlande, désignés par l'instance administrative en charge de la consommation. Entre le risque d'un jury insuffisamment impartial, et celui d'un organe trop éloigné de la publicité, il faut sans doute un cocktail équilibré : l'Irlande, par exemple, mélange, dans son *Complaints Committee*, cinq personnalités directement impliquées dans l'activité publicitaire, et une majorité de huit experts indépendants, dont quatre sont désignées par le directeur des affaires de la consommation. En tout état de cause, il faut distinguer le jury publicitaire, qui juge les plaintes recevables, des organes directeurs de l'organisme d'autorégulation (son conseil d'administration). Ce dernier doit rester contrôlé par les professions relevant de l'activité publicitaire, si l'on veut qu'il y ait une autodiscipline réellement acceptée et financée par ces dernières.

2. Les sanctions décidées

358. – Tout jury publicitaire doit se prononcer sur l'adéquation de la publicité jugée par rapport aux codes de conduite décidés par les professions publicitaires. Certains y ajoutent un examen de sa légalité, ou même de sa compatibilité avec les règles d'une concurrence loyale. Si la publicité incriminée est jugée comme contraire aux

règles en vigueur, elle doit être retirée. En outre le manquement déontologique constaté est rendu public par le jury : cette publication, on le verra, est essentielle à l'efficacité du système. Ce que l'on appelle en Grande-Bretagne le *name and shame* met en effet publiquement au ban de la profession une marque ou une entreprise ayant manqué à ses règles.

359. – Pour être acceptée, et crédible de la part d'un organisme professionnel qui ne dispose pas de l'autorité et des sanctions des tribunaux, cette décision doit être légitime, et effective. Cette question se pose pour les décisions des jurys publicitaires comme pour celles des organismes d'autorégulation quand ils déclarent publiquement un manquement à leurs règles déontologiques, et qu'ils demandent qu'il soit mis fin à une publicité.

Il y a donc un double problème qui se pose à l'autorégulation, qu'il y ait jury ou non.

a. La publicité des sanctions

360. – Est-il légitime, voire même légal, de sanctionner publiquement une marque et une entreprise qui auraient manqué aux codes de conduite publicitaires ? Les professionnels, ou un jury professionnel, peuvent-ils prononcer de telles sanctions ? La responsabilité du jury, et de l'organisme d'autodiscipline, pourrait être mise en cause devant les tribunaux par un annonceur, ou une agence, qui estimerait sa réputation, sa marque et ses intérêts affectés par une décision publique formulée à son encontre. S'il s'agit d'un membre de l'association, ses statuts, ou son règlement intérieur, et ses conditions d'adhésion prévoient une telle éventualité, à laquelle tout membre par avance se soumet, comme l'ont confirmé des tribunaux, dans les rares cas portés devant eux par des annonceurs condamnés par des jurys. Quand est-il lorsqu'il s'agit de sanctionner un non-membre ?

361. – On peut répondre que la plupart des médias ayant diffusé la publicité d'un non-membre sont, eux, adhérents de l'organisme d'autorégulation, et ont accepté à l'avance de se soumettre à ses décisions ou à celles de son jury. Mais on peut aussi estimer que le jury, voire l'organisme d'autodiscipline, dispose de la liberté d'informer les consommateurs et le public d'un manquement déontologique. Une publicité se place, par définition, sur la scène publique et donc se soumet par avance au débat public, et à toute critique qu'elle peut rencontrer. En Grande-Bretagne, la *High Court* a ainsi en septembre 2005 débouté un annonceur, qui demandait que ne soit pas publiée la décision prise à son encontre par le jury de l'ASA, alors qu'un recours en appel était introduit : le juge a fondé sa décision en précisant que « l'intérêt public était mieux servi si la décision du jury était rendue publique ». En Europe, on constate que les entreprises mises en cause par des jurys publicitaires sont souvent mécontentes, et parfois agitent la menace d'un procès contre eux, mais ne la mettent que très rarement en exécution. Dans ces cas, qui restent exceptionnels, les tribunaux ont toujours débouté ces plaignants.

362. – Pour que cette information soit ainsi acceptée, car jugée légitime, il faut néanmoins que la décision rendant public un manquement déontologique remplisse deux

conditions : sa formulation doit apporter toutes les éléments d'explication nécessaires, et être exempte de tout dénigrement, diffamation ou atteinte excessive à la marque et l'entreprise mises en cause ; la décision elle-même doit apparaître objective et impartiale, après un examen contradictoire, et conforme aux règles d'un procès équitable. D'où l'importance des procédures qui doivent entourer le fonctionnement des jurys (modes de délibérations, accès au dossier, auditions, appel, etc.).

b. L'effectivité des sanctions

363. – Comment assurer effectivement la cessation d'une campagne jugée contraire aux codes de la profession ?

On trouve là une des plus fortes interrogations formulées à l'encontre de l'auto-régulation publicitaire, qui s'accompagne d'une non moins forte perplexité : comment est-il possible qu'une décision de retrait de campagne soit acceptée sans l'autorité de la chose jugée et de la force publique ?

364. – Une première réponse découle du rôle des médias, qui, étant en grand nombre membres de l'organisme d'autorégulation, se sont engagés à en faire respecter les décisions. Ils jouent le jeu en étant non seulement les acteurs, mais aussi les gendarmes de l'autorégulation. Pour cela ils prévoient dans leurs conditions générales de vente de leur espace publicitaire une clause, dite de responsabilité, ou de conformité avec les règles professionnelles, qui leur permet de refuser une publicité qui ne les respecte pas.

365. – Mais il y a une autre raison qui explique le respect généralement rencontré pour la mise en œuvre de telles décisions : les annonceurs ne peuvent se permettre de voir leurs marques publiquement mises en cause par le jury ou l'organisme d'autorégulation. La valeur d'une marque dépend de la confiance que le consommateur lui porte. Être publiquement sanctionné pour n'avoir pas respecté les règles professionnelles peut coûter beaucoup d'argent. Aussi les annonceurs très généralement obtempèrent et, pour éviter tout dommage à l'encontre de leur marque, préfère retirer la campagne incriminée.

366. – On le voit : c'est la publicité à l'encontre d'une publicité qui fait toute l'efficacité du système. La publication de la décision du jury est donc essentielle. Ainsi en Grande-Bretagne, la presse se délecte à publier tous les manquements signalés par le jury britannique, ce qui peut gravement affecter l'image des annonceurs. Répétons-le : cette publication est un élément clé du fonctionnement de l'autorégulation : une grande marque, dont la valeur dépend de la confiance que la lie au consommateur, ne peut prendre un tel risque.

367. – En Grande-Bretagne, la décision une fois rendue est signifiée aux parties et publiée sur le site Internet de l'ASA. Si la plainte est jugée fondée, le jury peut prendre plusieurs mesures comme, par exemple : demander le retrait de la publicité, sa modification, sa diffusion à des horaires plus tardifs ou dans des supports plus adaptés ; obliger l'annonceur à soumettre ses campagnes ultérieures au *copy advice* (conseil préalable) de l'équivalent du BVP anglais.

Les annonceurs se conforment généralement rapidement aux décisions car les conséquences d'un jugement de l'ASA peuvent être multiples : publication sur le site (et toute la mauvaise publicité qui peut en découler), refus d'insertion par les médias, risque de perte des réductions et conditions tarifaires avantageuses comme celles accordées par la Royal Mail aux sociétés de marketing direct, renvoi vers l'*Office of Fair Trading* dans le cas de publicité mensongère ou trompeuse, et vers l'*OFCOM* (l'organe de régulation audiovisuelle) dans le cas de publicité à la télévision ou à la radio.

368. – Une action légale, devant les tribunaux ou l'*Office of Fair Trading* (OFT) dans les cas de publicité trompeuse, peut également être engagée si l'annonceur n'obtempère pas. C'est souvent le cas en Europe : le BVP dispose aussi en France de la possibilité de signaler le manquement à l'administration compétente, ou même de déposer plainte auprès des tribunaux.

369. – Signalons enfin que l'organisme d'autodiscipline dispose d'une dernière sanction, lorsqu'il s'agit d'une association regroupant des adhérents (ce qui n'est pas le cas de l'ASA britannique, financé par une contribution obligatoire pour tout le secteur de la publicité) : la radiation, ou l'exclusion, du contrevenant. C'est ce que prévoit le règlement intérieur du BVP, par exemple, avec le blâme prononcé par le conseil d'administration (ainsi en 1991 à l'encontre d'un afficheur membre du BVP qui avait affiché un visuel de Benetton). Cette sanction, comme les précédentes, ne tire sa force que si elle est publiée, notamment dans la presse professionnelle.

3. **Autres exemples d'autorégulation en Europe : l'Allemagne, les Pays-Bas et les pays scandinaves**

370. – Si les cas français et britanniques illustrent les deux types d'autodiscipline qui caractérisent l'autodiscipline européenne en publicité, et si le système du jury est majoritairement pratiqué en Europe, certains pays peuvent tirer parti de ces deux démarches. C'est par exemple le cas de l'Espagne, où *Autocontrol*, créé en 1995, pratique le *copy advice* tout autant que le jury publicitaire. On peut aussi relever dans certains pays de fortes particularités :

- dans les pays scandinaves, par exemple, l'État a imposé un *Ombudsman*, chargé de régler les difficultés entre la publicité et les consommateurs, qui ne laisse que peu d'actions aux organismes professionnels ;

- en Allemagne, la forte décentralisation entre les *Länder*, notamment en matière audiovisuelle, et l'importance des chambres de commerce ont entraîné l'instauration d'un système d'autorégulation dual, partagé entre la Centrale en charge de la concurrence déloyale (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), et le Conseil allemand de la publicité (*Deutscher Werberat*) ;

- les Pays-Bas présentent une autre particularité : une prise en compte de l'autorégulation par la loi et une participation statutaire des représentants des consommateurs. La loi néerlandaise est l'une des rares en Europe à définir le rôle de l'autorégulation par rapport à la législation : la loi audiovisuelle demande aux diffu-

seurs privés comme publics de se conformer aux codes de conduite de la publicité, et d'être membres de l'organisme d'autorégulation néerlandais, le *Stichting Reclame Code* (SRC). Le législateur est également intervenu pour imposer au SRC d'accueillir les représentants des organisations de consommateurs. C'est là une demande souvent présentée à l'autorégulation publicitaire.

371. – Il est en effet essentiel pour l'autodiscipline de prouver son efficacité et de démontrer sa crédibilité à toutes les parties prenantes concernées par la communication publicitaire, et extérieures aux milieux professionnels. Les organisations de consommateurs sont, à ce titre, des partenaires nécessaires. Les pouvoirs publics, qu'il s'agisse du législateur, des administrations, des organismes de régulation ou des agences spécialisées, doivent également se voir prouver l'efficacité de l'autorégulation publicitaire si celle-ci veut être reconnue et développée aux côtés de la régulation et du droit positif. Il s'agit là d'un défi majeur pour l'autorégulation de la publicité, et notamment au niveau européen. Comment démontrer, et faire admettre par toutes ces « parties prenantes » (*stake-holders*) un système où les professionnels apparaissent à la fois comme juges et parties ? Comment l'autorégulation peut-elle sembler efficace sans l'autorité de la loi ? Face à la régulation, comment légitimer cette forme originale et nécessaire de production de normes, appelée pourtant à se développer ? Il y a en effet, notamment de la part des autorités européennes, une demande de *soft law* qui rend l'autorégulation particulièrement pertinente et adaptée aux besoins actuels de gouvernance.

III. EFFICACITÉ, CRÉDIBILITÉ ET LÉGITIMITÉ DE L'AUTORÉGULATION DE LA PUBLICITÉ DANS L'UNION EUROPÉENNE

372. – Une réflexion est engagée dans l'Union européenne sur un recours plus important à l'autorégulation comme mode de production de normes pour certains secteurs, afin de compléter ou même de remplacer la législation. L'exemple de l'autorégulation publicitaire, qui est la plus développée dans ce type de gouvernance, est depuis ces dernières années pris en compte, et étudié, par les autorités européennes, à la Commission comme au Parlement. Le projet de nouvelle directive sur l'audiovisuel, qui va remplacer la directive « Télévision sans frontière », prévoit, pour la première fois, de reconnaître l'auto et la corégulation pour la publicité. Une table ronde a été réunie par la Commission sur ce sujet. Plusieurs questions se posent aux autorités européennes. Ce mode de régulation, existant dans pratiquement tous les pays européens, est-il suffisamment efficace à l'échelle de l'Union ? Fonctionne-t-il chez les nouveaux États membres ? Peut-on le faire partout accepter par les consommateurs, le public et les gouvernants ? Si cela s'avère nécessaire, comment l'associer à l'action des pouvoirs publics, pour construire ce que l'on appelle la *corégulation* ? Telles sont

les questions qui se sont dernièrement posées aux autorités de l'Union européenne, et qui devront être également abordées dans chaque État membre, ne serait-ce qu'avec la transposition de la nouvelle directive audiovisuelle.

A. LE DÉBAT SUSCITÉ PAR L'AUTORÉGULATION EN EUROPE. DES AVANTAGES DE PLUS EN PLUS RECONNUS

1. Les critiques faites à l'autorégulation

373. – Dans tous les pays où elle est implantée, l'autorégulation doit se battre pour se faire officiellement reconnaître. On lui oppose généralement¹⁵ trois ordres de critiques :

– c'est un système qui favoriserait le corporatisme (ainsi des ordres professionnels), en imposant d'adhérer à un organisme unique, prescrivant ses normes à tout un secteur, aux dépens des règles de la concurrence et des nouveaux entrants ;

– les décisions prises ne pourraient être impartiales, car émanant d'organismes détenus et financés par ceux qui doivent être contrôlés ou jugés ;

– les sanctions seraient insuffisantes, car l'autodiscipline ne dispose ni d'amendes ni de condamnations, contrairement à la loi et aux tribunaux.

374. – On a déjà répondu à ces trois critiques principales :

– contrairement aux ordres professionnels (médecins, avocats), les systèmes d'autodiscipline reposent sur le volontariat et la liberté de leurs membres, et ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire. Chacun est libre, seule la confiance dont bénéficie la marque ou l'entreprise qui se soumettent, ou non, à l'autodiscipline commune en dépend. En outre l'ouverture aux organisations de consommateurs, et autres parties prenantes à la publicité, est généralement pratiquée, comme c'est le cas en France avec la commission de concertation de la publicité ;

– l'objectivité de l'organisme d'autorégulation peut être garantie dès lors que son financement dépend d'un nombre suffisant d'adhérents, et qu'il fonctionne indépendamment des entreprises du secteur (après tout la Cour des comptes en France est financée par l'État, et le contrôle en toute impartialité). Le conseil d'administration de l'organisme est généralement présidé, comme en France et en Grande-Bretagne par une personnalité indépendante. La grande majorité des systèmes font appel à des experts, ou à des personnalités extérieures : ainsi en France avec le Conseil de l'éthique publicitaire qui coiffe le dispositif d'autodiscipline ;

– la loi est souvent peu efficace pour modifier les comportements, surtout dans le cas d'une législation trop nombreuse, mal écrite et difficilement applicable ; les demandes de cessation de diffusion édictées par l'autorégulation sont, on le constate, le plus généralement suivies d'effet, pour des raisons qui ont été expliquées. L'effica-

15. A. Ogus, « Rethinking Self-Regulation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 15, p. 99.

cité, enfin, du système français de contrôle préalable et systématique de toutes les publicités télévisées n'a plus besoin d'être prouvée.

375. – Dans le cas de la publicité, les organisations de consommateurs¹⁶ critiquent en outre l'insuffisance des codes de conduite, qu'ils trouvent trop généraux, ou qui ne couvrent pas tous les secteurs de la communication publicitaire, comme les nouvelles techniques de marketing, ou les placements de produits dans les programmes télévisés. Ils mettent en cause également les sanctions insuffisantes en cas de violation des codes.

376. – Sur un plan plus général, Jacques Attali¹⁷ y voit un risque de démission du politique, qui, et à terme, laisserait à d'autres la définition des valeurs d'une société, qui sont à la base d'un système de création de normes, et qui, si l'on n'y prend pas garde, pourrait se trouver confisquée par certaines professions.

377. – Ces critiques ne mettent pas en cause l'autorégulation elle-même, mais ses modes de fonctionnement : elle doit se révéler efficace, ouverte et impartiale. Elle doit pouvoir faire face aux nouvelles techniques de communication commerciale, notamment sur Internet. Ces conditions d'acceptation peuvent être définies, et mises en œuvre. Elles sont d'autant plus nécessaires que, comme le dit Jacques Attali, « l'autorégulation a un champ immense et absolument nécessaire de développement institutionnel », notamment parce que « c'est la seule façon d'éviter que la démocratie ne dérive vers une forme coercitive ». L'autorégulation fournit en effet des avantages adaptés à la recherche, en ce début de siècle, de formes nouvelles de gouvernance.

2. Les avantages de l'autorégulation

378. – **Elle responsabilise.** Ceux qui ont à appliquer les règles les décident eux-mêmes. En ne se voyant pas imposer autoritairement, de l'extérieur, des normes les concernant, les activités ainsi régulées sont d'autant plus incitées à les respecter, ou, dans le cas des médias, à les faire appliquer.

379. – **Elle est pragmatique et souple.** Ce sont ceux qui connaissent le terrain où elles auront à intervenir, qui en définissent les règles et peuvent les rendre opérationnelles et fiables ; en outre l'activité publicitaire devant tenir compte d'une société qui change, et dont les réactions évoluent, et de techniques en pleine révolution sous l'effet du numérique et d'Internet, les codes de conduite qui la concernent peuvent être modifiés et actualisés plus facilement et plus rapidement, alors que la loi est faite, en principe, pour durer et établir des règles immuables.

380. – **Elle permet le respect des libertés, notamment des médias.** Nos démocraties répugnent à toucher au statut de la presse et des médias : notre grande loi sur la

16. Par exemple l'*European Public Health Alliance* dans son document à la Commission européenne de février 2005 intitulé : *An introduction to co-regulation and self-regulation in the EU*, p. 10.

17. J. Attali, « Premières Assises de l'autorégulation », *BVP*, avril 2005, p. 14.

presse de 1881 ne doit être amendée qu'avec « des mains tremblantes ». Toucher à la publicité n'est pas seulement affecter une liberté éditoriale, c'est aussi mettre en cause une ressource essentielle à leur indépendance et à leur existence. C'est la raison pour laquelle l'autorégulation publicitaire est inhérente à nos démocraties, fondées sur le pluralisme et la liberté des médias.

381. – Il y a d'autres avantages, de moindre importance, mais qu'il faut mentionner : le coût de cette forme de régulation est supporté par les entreprises concernées, et non pas par les deniers publics et la collectivité. Une étude, qui reste à faire, sur les coûts comparés de la régulation publique par rapport à l'autorégulation professionnelle conclurait probablement à l'avantage de cette dernière : à l'évidence les associations professionnelles n'ont pas les mêmes contraintes que les administrations ou les autorités administratives de régulation. Il suffit de savoir que le budget du BVP en France n'atteint pas 3 millions d'euros, alors que le Parlement a dû allouer 11 millions d'euros à la toute nouvelle Haute Autorité de lutte contre les discriminations, dont le champ d'action n'est pas beaucoup plus étendu. L'inflation législative, dénoncée chaque année par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, pourrait être plus aisément combattue si on faisait appel à l'autorégulation pour encadrer des activités comme la publicité. Cette option pourrait être plus souvent étudiée, à chaque fois que le législateur, ou le gouvernement, envisage de réglementer. Elle s'inscrirait dans l'intérêt, non seulement d'une protection plus efficace du consommateur, mais d'une bonne gestion des moyens de l'État. C'est une politique que l'Union européenne a décidé d'adopter depuis son élargissement au titre de sa stratégie, dite du « mieux légiférer ».

B. LA RÉFLEXION EN COURS À BRUXELLES EN FAVEUR DE L'AUTO ET DE LA CORÉGULATION

382. – La régulation de la communication publicitaire est partagée entre l'Union européenne (compétente pour la protection des consommateurs, le marché unique, la télévision sans frontière, etc.) et les États membres qui peuvent durcir, comme c'est généralement le cas de la France, les dispositions arrêtées au niveau européen. Chaque État peut voir compléter son arsenal législatif, et jurisprudentiel, par les règles décidées par les professionnels dans le cadre de leur autorégulation. Aussi l'Union européenne a-t-elle été amenée à prendre en considération l'autorégulation publicitaire, d'abord comme un outil professionnel qui doit respecter l'élargissement du marché unique et, ensuite, comme mode de régulation à développer éventuellement pour la mise en œuvre de sa propre politique.

1. Autorégulation publicitaire et marché unique

383. – La première préoccupation des autorités européennes a été de s'assurer que l'autorégulation publicitaire pouvait exister, et fonctionner, dans une Union soumise à

un à fort élargissement. À ce stade, il s'agissait de vérifier que les règles déontologiques observées dans les différents pays pratiquant l'autorégulation n'apportaient pas d'obstacles à la concurrence. Toute idée d'harmoniser les codes nationaux dans des codes uniques au niveau européen était dès cette époque écartée, tant les législations et les conditions d'exercice de l'activité publicitaire diffèrent en fonction des pays. Encore fallait-il que l'autodiscipline existât partout. Dès juin 1991 le commissaire à la Concurrence Leon Brittan mettait au défi les professions publicitaires de fonctionner ainsi dans le marché unique. Elles y répondaient en créant l'année suivante l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (*European Advertising Standards Alliance*, EASA), afin de promouvoir et de garantir une autodiscipline dans toute l'étendue de l'Union. Une de ses premières actions a été de constituer entre ses membres un système crédible de gestion des plaintes transfrontalières en matière de publicité. L'Alliance s'est ensuite attachée à aider à la mise en place, avec les organisations européennes réunissant les annonceurs, les agences et les médias, d'organismes d'autorégulations dans les nouveaux pays entrant.

384. – Une Charte européenne pour l'autodiscipline en publicité était signée en juin 2004¹⁸ par toutes les organisations professionnelles européennes, afin de souscrire, en présence de la Commission, à dix engagements à mettre en œuvre dans tous les pays de l'Union en matière d'autodiscipline de la publicité, afin d'assurer la réalité des bonnes pratiques nécessaires :

- une large couverture par les dispositifs nationaux de toutes les formes, anciennes et nouvelles, de publicité, et avec l'implication de tous les acteurs de cette activité ;
- un financement adéquat et durable des organismes d'autodiscipline de la part des professionnels et des entreprises de la publicité ;
- des codes de conduite exhaustifs et efficaces, basés sur le code de la Chambre de commerce internationale ;
- une consultation des parties concernées, et notamment les consommateurs, lors de l'élaboration de ces codes ;
- l'implication de personnes indépendantes, et distinctes des pouvoirs publics, notamment dans le processus de traitements des plaintes ;
- une administration efficace et suffisante en moyens par les organismes d'autodiscipline pour assurer le respect de codes et le traitement des plaintes ;
- une offre de conseils et de formation aux professions publicitaires afin d'améliorer les bonnes pratiques ;
- la mise en œuvre de sanctions réelles en cas de manquements à ces codes, avec publication des décisions ;
- le lancement de campagnes et d'actions de la part des professionnels pour assurer la promotion et une connaissance suffisante de l'autodiscipline y compris auprès du public.

18. On la trouvera sur le site www.easa-alliance.org.

385. – Ces engagements avaient surtout l'intérêt de proposer aux nouveaux États membres une sorte de guide de bonnes pratiques publicitaires, permettant de faciliter la mise en œuvre de l'autodiscipline là où elle n'existe pas. Des progrès notables ont été enregistrés depuis la signature de la Charte, puisque dans les vingt-quatre pays de l'Union, à la fin de 2006, seuls Malte et la Lettonie, comme on l'a déjà dit, ne connaissent pas l'autorégulation publicitaire. Des organismes d'autodiscipline sont en cours de constitution en Estonie et à Chypre, et fonctionnent désormais correctement en Hongrie, Slovénie, Pologne, Tchéquie, et Slovaquie. Des deux nouveaux pays admis au début de 2007, la Roumanie pratique depuis 1999 l'autorégulation, à la différence de la Bulgarie qui s'y prépare. L'Alliance peut se satisfaire du bilan obtenu, conformément à ses engagements. Mais pour répondre aux attentes des autorités européennes, l'autorégulation ne doit pas seulement être implantée partout dans l'Union : elle doit aussi partout fonctionner de manière efficace et crédible aux yeux des pouvoirs publics et des consommateurs pour être considérée comme un outil de régulation digne d'être reconnu.

2. L'autorégulation pour « mieux légiférer »

386. – Le législateur, le gouvernement ou les autorités de régulation peuvent faire appel, dans un secteur professionnel comme la publicité, à ce mode original de production de normes en pratiquant des formes d'autorégulation concertée, de régulation déléguée, ou de *corégulation*. On l'a indiqué, par exemple, pour la publicité télévisée en France et en Grande-Bretagne. Les avantages pour les pouvoirs publics sont nombreux, on l'a dit. Dans un ensemble devenu aussi vaste, depuis l'élargissement, qu'est l'Union européenne, pour éviter des coûts administratifs et une bureaucratie excessifs, il faut réguler différemment. Aussi l'Union a décidé, dans son traité interinstitutionnel de décembre 2003, intitulé « Mieux légiférer », de faire appel « à des mécanismes alternatifs ou complémentaires à la législation d'auto ou de corégulation ». Cette stratégie du « mieux légiférer », impulsée par l'actuelle Commission européenne, lui impose d'étudier et, éventuellement, de mettre en œuvre des dispositifs d'auto ou de corégulation dans certains secteurs. Le Comité économique et social européen s'est emparé de cette question et a produit en 2005 un rapport¹⁹ qui conclut à l'intérêt de cette démarche. La nouvelle directive audiovisuelle, actuellement en discussion, prévoit dans son projet d'article 3 que :

« Les États membres encouragent les régimes d'auto et de corégulation dans les domaines concernés par la directive. Ces régimes doivent être tels qu'ils soient largement acceptés par les principaux acteurs et assurent une application efficace des règles. »

19. Rapport d'information du Comité économique et social européen : *L'état actuel de la corégulation et de l'autorégulation dans le marché unique*, rapporteur M. Vever, février 2005.

387. – La communication publicitaire est le secteur en Europe où l'autorégulation professionnelle est la plus développée. Aussi la Commission a-t-elle voulu se pencher plus particulièrement sur cette pratique en organisant d'octobre 2005 à mai 2006 une table ronde sur la publicité. En rassemblant les services concernés de la Commission, et en premier lieu la direction générale de la santé et de la protection du consommateur (la DG SANCO), avec les organisations des consommateurs et les professionnels de la publicité et les organismes européens d'autorégulation réunis au sein de l'*European Advertising Standards Alliance*, ou Alliance européenne pour l'éthique en publicité (EASA), M. Robert Madelin, directeur général de la DG SANCO, a voulu mieux connaître les mécanismes de l'autorégulation publicitaire, et aboutir à un consensus sur les conditions d'une efficacité qui soit reconnue par les consommateurs comme par les pouvoirs publics. En juillet 2006 il a publié, sous sa signature, un rapport²⁰ intitulé : *Self-Regulation in the EU Advertising Sector : A report of some discussions among Interested parties*.

388. – Ce document reflète le consensus auquel sont parvenues les diverses parties présentes (services de la Commission, au premier chef la DG SANCO; organisations européennes de consommateurs; organismes d'autorégulation publicitaire, annonceurs, agences et médias réunis au sein de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité) pour définir les éléments clés d'une bonne pratique de l'autodiscipline en publicité. Sont ainsi passés en revue ces éléments clés : efficacité, indépendance, couverture (notamment avec les nouveaux médias), et financement. Il reconnaît qu'un adossement législatif (*legal backstop*) permettrait d'asseoir sa légitimité dans les pays de l'Union. Ce rapport souligne enfin que la crédibilité de l'autorégulation repose sur deux conditions : une ouverture réelle aux consommateurs comme à toutes les parties prenantes à l'activité publicitaire en dehors des professionnels, et un contrôle de l'efficacité de son fonctionnement qui permette d'en rendre compte à l'extérieur, par exemple aux pouvoirs publics. On remarquera que ce sont les mêmes conditions que celles demandée par la future directive audiovisuelle. Ces deux conditions sont-elles conformes aux principes comme aux modes actuels de fonctionnement de l'autodiscipline publicitaire ?

a. **La participation des consommateurs et des parties prenantes au fonctionnement de l'autorégulation**

389. – L'autorégulation publicitaire ayant pour objectif de renforcer, grâce à une publicité honnête, loyale et qui ne heurte pas le public, la confiance du consommateur à son endroit, et de participer ainsi à sa protection, il est indispensable de l'associer à son fonctionnement, ne serait-ce que pour éviter tout risque de corporatisme. Pour être efficace il faut respecter deux principes.

20. Ce rapport, resté en anglais, est publié sur le site de la Commission à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/consumer/overview/report_advertising_eu.pdf.

390. – D'une part, il ne faut pas déresponsabiliser l'autorégulation en ôtant son contrôle et sa direction aux professionnels concernés. Les organes directeurs des organismes d'autorégulation, comme le conseil d'administration de l'association que constitue le BVP en France, doivent rester dans les mains des trois acteurs de la publicité (annonceurs, agences et médias) auxquels il faut associer les nouveaux médias (Internet, opérateurs téléphoniques, FAI, etc.) qui font aussi de la publicité, ainsi qu'éventuellement les professionnels qui exploitent des techniques de communication commerciale assimilables, comme le parrainage, le marketing direct, ou le placement produit. Cette extension est inévitable, ne serait-ce que pour asseoir la bonne couverture de l'autorégulation.

En revanche l'ouvrir aux administrations en charge de la consommation, aux organisations de consommateurs, aux associations féministes ou à des ONG, comme certains gouvernements en ont la tentation, peut mettre à bas tout l'édifice. Dans certains pays, comme la Belgique, une demande, relayée par les pouvoirs publics émane de la part des organisations des consommateurs pour prendre part de manière paritaire aux organismes d'autorégulation. Cette forme de corégulation inciterait les entreprises, pour qui, il faut le comprendre, l'autodiscipline est une contrainte, à reprendre leur liberté. Le système, fondé sur le volontariat et la libre adhésion, ne serait plus financé, pas plus que ses décisions acceptées, s'il n'appartenait plus aux professionnels en charge de s'autoréguler. Les discussions qui ont eu lieu à ce sujet dans la table ronde sur la publicité organisée par la Commission européenne l'ont d'ailleurs reconnu : les organisations de consommateurs au niveau européen, comme le BEUC, ne souhaitent plus, dans leur grande majorité, entrer dans les organismes d'autorégulation. Elles préfèrent rester en dehors, garder leur liberté et en laisser la responsabilité aux professionnels.

391. – Il faut, d'autre part, ouvrir l'autorégulation aux autres parties prenantes en trouvant des moyens de les écouter et de les associer. Il y a différents moyens pour cela : dans la plupart des pays un jury publicitaire permet de faire appel à des experts, à condition qu'ils agissent de manière indépendante et objective. En France la commission de concertation de la publicité réunit paritairement depuis 1980 les dix-huit organisations agréées de consommateurs et les professionnels des trois familles de la publicité. Le BVP en assure le secrétariat et prépare les réunions. Lui sont soumises les publicités qui posent problème aux consommateurs, ainsi que les grandes questions qu'elles souhaitent poser à la publicité. Depuis 2005, une nouvelle compétence lui a été donnée : fournir son avis avant toute rédaction ou modification d'un code de conduite. Cet avis n'est que consultatif, mais oblige les professionnels et le BVP à en tenir compte, et à y répondre.

Par ailleurs, il est nécessaire d'écouter aussi les nombreuses associations ou ONG, voire les administrations ou organes publics, concernés par certains problèmes posés par la publicité : pour cela le BVP a institué depuis 2005 un forum, intitulé « Pub et Cité », qui permet de rassembler périodiquement sur un thème particulier les représentants de la société civile et les professionnels. Ont été ainsi organisés un forum sur la violence et l'incivilité, un autre sur les minorités visibles, et un dernier, en

juin 2007, sur le développement durable. Ces réunions sont publiques et sont largement reprises dans la presse. En se prêtant ainsi à être mis sur la sellette, les publicitaires et les professionnels n'ont pas le rôle le plus facile. En revanche, l'écoute et le dialogue en sortent renforcés. Faut-il aller plus loin ? Dans certains pays on demande aux jurys publicitaires d'accepter des représentants des consommateurs. Leur objectivité et leur impartialité est-elle alors garantie ? Faire désigner certains experts par les administrations ou les instances publiques en charge de la consommation est sans doute préférable.

b. Contrôle et suivi de l'efficacité de l'autorégulation

392. – Il est aujourd'hui nécessaire à l'autorégulation, pour asseoir sa crédibilité à l'extérieur des professions qui la composent, de prouver son efficacité en se livrant à un contrôle à rendre public et qui peut revêtir deux formes.

393. – Un contrôle de la production publicitaire d'abord : celle-ci est-elle conforme aux règles déontologiques mises en place ? Les professions s'y soumettent-elles ? Les nouveaux médias sont-ils concernés ? Pour y répondre il est possible de mener périodiquement des « piges » des messages publicitaires diffusés et d'en vérifier l'adéquation avec les codes de conduite publicitaire. Grâce aux bases électroniques, désormais disponibles, de telles piges peuvent être conduites sur un très grand nombre de publicités. Le BVP, par exemple, vérifie chaque année les messages diffusés en print (presse et affichage) en relation avec certaines de ses recommandations et rend publics ses résultats.

Depuis 2003 une pige est ainsi menée chaque année pour vérifier l'application de sa recommandation sur l'image de la personne humaine. Plus de 80 000 visuels print ont été ainsi examinés sur la production publicitaire de 2005. Ce travail nécessite pour être sérieux deux conditions : d'abord que sa méthodologie et les manquements repérés soient jugés avec impartialité. On peut, pour cela faire appel à des experts extérieurs : c'est le cas des piges menées par l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité dans certains pays de l'Union, pour contrôler les publicités des alcools, ou des produits alimentaires et des boissons. On peut aussi, comme en France, faire intervenir le Conseil de l'éthique publicitaire, institué en 2005 et qui réunit, sous la présidence de Dominique Wolton, sociologue reconnu de la communication, des personnalités en majorité extérieures à la publicité.

Seconde condition : les résultats de ces piges doivent être rendus publics, et donner lieu à des évaluations pluriannuelles connues de tous. Le BVP en France partage avec le ministère de la Parité l'annonce chaque année de la pige « Image de la personne humaine », qui permet de vérifier le comportement de la production publicitaire sur ce terrain sensible de l'image des femmes dans la publicité. D'autres piges, qui n'ont pas vocation à être aussi largement publiées, sont réalisées pour communiquer en direction d'un secteur professionnel spécifique que le BVP souhaite sensibiliser à l'impératif d'autodiscipline. De telles piges ont été conduites au cours des années récentes pour la publicité alcool (2004, 2005), pour la publicité cosmétique (2006), pour la presse quotidienne départementale (2004), pour Internet

(2006). Enfin, certaines de ces études ont pour vocation d'aider le BVP à anticiper les questions problématiques et à alimenter sa réflexion sur la mise à jour de ses règles déontologiques. De tels travaux ont récemment été conduits sur les thèmes violence-incivilités (2005), langue française (2005), minorités visibles (2006) et, en juin 2007, sur celui du développement durable.

394. – Le contrôle des modalités de fonctionnement des systèmes d'autorégulation peut également aider à rendre ces derniers crédibles aux yeux des pouvoirs publics et des consommateurs. Un certain nombre d'indicateurs peuvent être définis : nombre, et évolution, des contrôles préalables effectués par l'organisme d'autodiscipline, des piges, des interventions pour manquements aux règles déontologiques, de plaintes de consommateurs, etc. La qualité des procédures, et notamment leur durée, peut également être mesurée. L'évaluation de ces divers indicateurs doit être crédibilisée aux yeux de l'extérieur par l'intervention d'un audit indépendant, dont l'avis doit être rendu public. En France le Conseil de l'éthique publicitaire est appelé à juger ainsi le fonctionnement du système d'autorégulation, et du BVP. L'évolution de ces indicateurs, comme l'avis de l'audit qui les vérifie, doit être rendue publique dans le rapport annuel de l'organisme. La Grande-Bretagne et l'Irlande se sont également engagées dans ce type d'évaluation, certifiée par l'intervention d'un audit extérieur, appelé *Independent Reviewer*.

c. Quelle corégulation possible pour la publicité en Europe ?

395. – **La notion de « corégulation », ses différents sens pour la publicité.** Les textes juridiques faisant référence à l'autorégulation dans l'Union européenne (Traité interinstitutionnel « Mieux légiférer », projet de directive sur les services et médias audiovisuels) l'associent systématiquement à la notion de *corégulation*. Qu'entend-on par là ? Pour la publicité, comme on l'a brièvement indiqué en introduction, il y a deux sens possibles à la corégulation :

– *le partage des organes de direction de l'autodiscipline, avec la participation de non professionnels (organisations de consommateurs, administrations, instituts publics de la consommation) au dispositif d'autorégulation.* Comme on l'a déjà indiqué, il est dangereux pour un système fondé sur la responsabilisation des professionnels de ne pas respecter l'autonomie des professions qui ont à l'appliquer et à le financer. La rédaction des codes de conduite, notamment, ne peut être partagée. Il y a d'autres instances possibles, que l'on a passé en revue, et des moyens de consultation pour associer les autres parties prenantes à certaines fonctions de l'autorégulation, ce qui est non seulement légitime mais indispensable, notamment au bénéfice des organisations de consommateurs. Aussi cette corégulation, envisagée comme partage de la direction et de la gestion de l'organe d'autodiscipline, ne peut être une voie d'avenir. Sauf à installer des dispositifs assimilables à des autorités administratives indépendantes en apparence ;

– *le partage des tâches entre pouvoirs publics et professionnels.* Cette modalité est plus intéressante, et elle est acceptable dans la mesure où les instances publiques respectent l'autonomie du système d'autorégulation, et s'appuient sur lui, pour lui confier

certaines de ses missions. C'est ce que l'on constate pour la publicité télévisée de la part de l'OFCOM en Grande-Bretagne, et du CSA en France, on l'a analysé antérieurement. La Commission européenne a commandé au *Hans Bredow Institute* un rapport sur la corégulation dans les médias²¹ qui a conclu à l'intérêt de faire appel à de tels systèmes. Sous la présidence allemande, cet institut a organisé un séminaire à Leipzig en mai 2007, intitulé « Plus de confiance dans les contenus », qui a analysé le potentiel de la corégulation et de l'autorégulation pour les médias numériques.

396. – L'intérêt de la corégulation, telle qu'elle est ainsi définie, et que l'on pourrait aussi appeler l'*autorégulation concertée*, est de permettre une association pragmatique et efficace entre public et privé dans un but d'intérêt public. L'État (ou le législateur) fixant un objectif au secteur professionnel concerné, lui demande de réguler son activité avec des normes professionnelles adaptées, qui restent de leur seule responsabilité, et de lui rendre compte à une certaine échéance en produisant les résultats de cette autorégulation.

397. – **Exemples de corégulation en publicité.** On a déjà évoqué celle qui est pratiquée en France entre le CSA et le BVP, et en Grande-Bretagne entre l'ASA et l'OFCOM pour la publicité télévisée. En Espagne, on peut citer l'accord signé en décembre 2003 entre l'organisme d'autorégulation, Autocontrol, et le secrétariat d'État pour la Société de l'information, qui vise à utiliser l'autorégulation pour prévenir les spots publicitaires contraires à la législation. On peut aussi donner comme exemple de corégulation la coopération menée depuis 2003 entre la ministre française de la Parité et le BVP dans le domaine sensible du respect des femmes par la publicité. Depuis l'actualisation du code de conduite sur l'image de la personne humaine, les professionnels de la publicité et le BVP produisent chaque année les résultats de la pige qui permet d'en vérifier l'application, et la ministre, dans une conférence de presse commune, émet son avis sur l'efficacité de l'autorégulation. Ce dispositif de corégulation a permis une plus grande responsabilisation de la production publicitaire, comme le prouve le nombre décroissant de manquements qui sont rendus publics chaque année²². La ministre de la Parité a ainsi efficacement utilisé l'autorégulation et ses normes professionnelles pour mener sa politique, sans avoir besoin de recourir à une législation nouvelle, ou d'engager des moyens de contrôle ou d'intervention à la charge des crédits de son administration.

398. – **La nécessité d'une meilleure définition de la corégulation dans les textes européens.** On peut développer de telles démarches de corégulation dans bien des aspects des politiques publiques, avec l'immense avantage de respecter les libertés des entreprises et des médias, tout en agissant efficacement pour l'intérêt public et sans que cela coûte au contribuable. Pour les professionnels, cela suppose de rendre compte des résultats de leur action, avec la rigueur et l'impartialité requises. Ce mode

21. « Study on co-regulation measures in the media sector », janvier 2006, Commission européenne, Audiovisual and Media Policies, Studies.

22. On en trouvera le détail sur le site www.bvp.org.

de gouvernance est souhaité par les autorités européennes, et applicable par tous les pays de l'Union qui connaissent un dispositif d'autorégulation reconnu.

399. – Malheureusement, le seul texte européen existant faisant explicitement référence à la corégulation (l'accord interinstitutionnel de décembre 2003) la définit de manière imparfaite, comme « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées ». Cette définition laisse en effet peu de marge de manœuvre aux dispositifs actuels d'autorégulation, chargés seulement d'appliquer une législation décidée sans eux, et sans que leurs normes professionnelles soient explicitement concernées. Il ne s'agit que de faire contrôler une législation, en y associant d'ailleurs d'autres que les professionnels, puisqu'il y a d'autres « parties concernées ». Plus intéressante est la définition qu'avait utilisée le commissaire Oreja en 1999²³, comme une autorégulation agencée dans un cadre légal, ou qui bénéficie d'une base légale. Dans cette autorégulation véritablement concertée, on peut bâtir un partenariat public-privé efficace, qui puisse apporter au législateur, comme à toute autre autorité publique, les avantages d'une autorégulation mise au service au service d'objectifs publics, mais à la condition de respecter l'autonomie des professionnels, sans laquelle elle ne servirait à rien. Le Parlement européen a d'ailleurs reconnu, dans un amendement voté le 13 décembre 2006 sur le projet de nouvelle directive AMS, que la définition de l'accord institutionnel devait être remplacée par une formulation « qui reflète mieux la nature des systèmes nationaux d'autorégulation ». Le projet de texte actuel prévoit en conséquence une définition nouvelle de la corégulation, comme « une forme de régulation basée sur une coopération entre les autorités publiques et les organes d'autorégulation ».

Conclusion. **VERS UNE RECONNAISSANCE LÉGALE ?**

400. – Ces perspectives montrent le champ ouvert à l'autorégulation par la recherche en Europe d'une meilleure gouvernance. À l'évidence on va de plus en plus parler de ce mécanisme de régulation, à Bruxelles comme dans chacun des pays membres de l'Union. La recherche, universitaire et juridique, devrait la prendre un peu plus en considération. L'exemple de l'autodiscipline montré par la publicité pouvait donc être légitimement présenté, comme ayant ouvert la route pour d'autres activités.

401. – L'autorégulation, notamment dans le domaine des médias, parce qu'elle permet le respect de leur liberté, est appelée à se développer. Pour la publicité, la transposition de la prochaine directive audiovisuelle va obliger les États membres à se pencher

23. M. Orteja, discours au séminaire sur l'autorégulation dans les médias, Saarbrücken, 19-21 avril 1999, disponible à http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/saarbruck_en.htm.

sur cette notion. Dans le domaine de l'information financière, la transposition de la directive sur les abus de marché entraîne déjà dans chaque pays de l'Union la mise sur pied par les journalistes financiers d'un dispositif d'autorégulation pour mieux encadrer leurs recommandations d'investissements. C'est ainsi qu'en France a été créée une nouvelle association professionnelle déontologique baptisée Fideo. On peut penser que l'autorégulation dans les médias peut s'étendre aux autres journalistes, si on veut inciter à une plus grande confiance envers les médias, tout en respectant leur liberté ainsi que celle de leurs collaborateurs.

402. – Il est désormais pertinent, sinon même nécessaire, pour la loi, et le législateur, de ne plus ignorer ce mode de production de normes. Rares pourtant sont les pays où la loi reconnaît l'autorégulation, ou y fait référence, pour aider à l'encadrement professionnel des comportements d'un secteur. On ne trouve une référence à l'autorégulation publicitaire que dans la législation néerlandaise, comme on l'a dit, ainsi que de nouveaux États membres comme la Hongrie, la Slovaquie et la Lituanie. En France le législateur, comme les régulateurs, ignore superbement ce mode complémentaire de régulation. Le BVP, qui a plus de soixante-dix ans d'existence, n'a été cité pour la première fois dans une loi qu'en 2004, avec la nouvelle loi de santé publique imposant des messages sanitaires à la publicité alimentaire, et uniquement pour qu'il soit consulté avant l'adoption des textes d'application. Le CSA s'est toujours refusé à écrire et préciser dans une convention, ou même une simple lettre de mission, la collaboration qu'il a confiée depuis plus de quinze ans au BVP, de peur d'être accusé de déléguer irrégulièrement une de ses missions de service public. Il est donc urgent de donner une base légale à l'autorégulation.

403. – Cette reconnaissance est aujourd'hui indispensable pour donner à l'autorégulation une base légale, ne serait-ce que pour justifier ses décisions aux yeux des tribunaux, ou contraindre tous les acteurs du secteur professionnel en cause à s'y conformer. Elle permettrait surtout à tous les acteurs publics, et notamment les régulateurs, d'y recourir plus volontiers, et plus clairement. Il est temps pour le législateur de reconnaître et d'aider le développement de ce mécanisme original, pragmatique et efficace au service d'une meilleure gouvernance en Europe.

Le pouvoir de composition de l'Autorité des marchés financiers Vers une contractualisation de la répression en matière boursière ¹

Nicolas Cellupica et Charles Joseph Oudin
*Anciens étudiants du master de droit économique
de Sciences Po Paris*

404. – Aux termes de l'article 2044 du Code civil, la *transaction* se définit comme le contrat par lequel les parties mettent fin à un litige né ou à naître. L'engorgement contemporain des tribunaux a favorisé le recours à cette mesure alternative de règlement des différends dans des domaines divers tels que le droit du travail, le droit des assurances et, plus récemment, le droit pénal, avec la procédure de condamnation sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il n'est donc pas étonnant que le droit boursier ait voulu se doter d'un instrument comparable.

L'idée de doter l'Autorité des marchés financiers (AMF) d'un pouvoir de transaction avait été formulée par son président Michel Prada, lors de la présentation du rapport annuel de 2004². À l'époque, elle avait reçu le soutien du Gouvernement par la voix du directeur général du Trésor. Bien que ne figurant pas dans le projet de loi Gaymard (rebaptisé projet de loi Breton), le souhait du régulateur boursier de se voir doter d'une procédure alternative aux poursuites par le biais d'un pouvoir de transaction a perduré. Ainsi, l'Autorité des marchés financiers a-t-elle rédigé un nouveau

1. Cet article prend notamment appui sur un entretien avec M^{me} Roussel, secrétaire général adjoint de l'Autorité des marchés financiers.

2. Pour une présentation du projet initial, voir O. Dufour, « Et si le gendarme boursier transigeait ? », *Petites Affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 3.

texte proposant la mise en place d'une procédure dite de « composition administrative » à l'attention du Trésor et de la Chancellerie.

405. – La composition administrative est toutefois sujette à débats. En effet, dans une conception traditionnelle du droit, la sanction a pour objet de punir un comportement défini comme répréhensible. Classiquement, la sanction s'inscrit dans une relation individuelle entre celui qui commet un acte répréhensible et l'autorité de sanction.

Dans une optique de régulation, « la mission du régulateur a un objet collectif, l'efficacité du marché³ ». Cette conception autopoïétique du droit, tournée vers des objectifs d'efficacité, explique que le régulateur soit plus enclin à adopter une approche systémique de la sanction qu'une approche purement individuelle. Dans cette perspective nouvelle de régulation, la composition administrative permettra à l'Autorité des marchés financiers de mettre en œuvre une sanction pécuniaire plus rapide et d'autant plus dissuasive que le quantum des sanctions sera relevé. Il est possible que la « perspective juridique traditionnelle en France soit perturbée par cette contractualisation de la répression⁴ ».

406. – L'objectif de la composition est également de pallier l'impossibilité matérielle de l'Autorité des marchés financiers, en général, et de sa commission des sanctions, en particulier, d'absorber l'ensemble des procédures de sanction que sa mission lui impose. Malgré un indice de productivité élevé par rapport aux autres régulateurs boursiers, la capacité d'absorption de l'AMF est par nature limitée. À ce titre, il est intéressant de noter que la fusion de la Commission des opérations de bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) ne s'est pas traduite par une augmentation des moyens matériels et humains du régulateur. De plus, l'alourdissement procédural, rendu nécessaire notamment par les exigences européennes du procès équitable, a contribué à augmenter la durée de traitement des affaires et à réduire d'autant la réactivité de l'autorité publique. Réactivité et efficacité sont donc bien au cœur des réflexions sur le droit de la régulation.

407. – La composition aura ainsi vocation à ne s'appliquer qu'aux situations dans lesquelles les manquements reprochés ne relèvent pas de l'intentionnalité — ce qui est généralement le cas en matière de manquement — et, on peut le penser, n'entraînent qu'un risque assez réduit pour le bon fonctionnement du marché. Elle permettra donc au régulateur de se concentrer sur les affaires les plus graves en termes de risques pour le marché. Aux États-Unis, la procédure de transaction est largement pratiquée par la *Securities and Exchange Commission* (SEC)⁵ conformément à

3. M.-A. Frison-Roche, Entretien, *Petites Affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 3.

4. Rapport parlementaire sur les Autorités administratives indépendantes par Patrice Gelard, sénateur, et, plus particulièrement, annexé au rapport, l'étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes, réalisée par Marie-Anne Frison-Roche, § 8.1.7 et s.

5. Pour une présentation complète, voir P.-H. Conac, « Le pouvoir de transaction de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) », *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} février 2005, n° 2, p. 99 et s.

cette logique de réactivité. Toutefois, le parallèle avec la SEC n'est pas sans limite puisque la SEC dispose d'un pouvoir de sanction administrative très limité en dehors du domaine disciplinaire⁶.

408. – De nombreuses associations professionnelles, dont l'Association nationale des sociétés par actions⁷ et l'Association française des entreprises d'investissement (AFEI)⁸, ainsi qu'une partie de la doctrine⁹ se sont prononcées en faveur d'une procédure de composition. Toutes ont cependant émis de vives critiques sur trois principaux points : le relèvement du plafond des sanctions, l'insertion d'un mécanisme d'indemnisation des victimes et le principe d'une reconnaissance de culpabilité.

409. – Le nouveau projet de l'Autorité des marchés financiers transmis au Trésor et à la Chancellerie a corrigé certains de ces défauts en instaurant dans la composition administrative (I) des garanties (II).

I. L'INSTAURATION DE LA COMPOSITION ADMINISTRATIVE

410. – Nous présenterons le mécanisme de la composition administrative (A), ainsi que l'articulation entre la procédure administrative devant l'Autorité des marchés financiers et celle existant devant les juridictions répressives (B).

A. LE MÉCANISME DE LA COMPOSITION ADMINISTRATIVE

411. – Comme en matière pénale — et pour les manquements de faible gravité —, l'Autorité des marchés financiers doit pouvoir mettre en œuvre une procédure de règlement alternatif des litiges. La nouvelle procédure imaginée par l'AMF pose des difficultés quant à sa mise en œuvre et à son résultat.

6. F. Martin-Laprade et J. Sulman, Entretien, *Petites Affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 3.

7. ANSA, *Rapport annuel 2004*, projets de réforme (http://www.ansa.asso.fr/site/rapport_annuel_2004.asp).

8. AFEI, *Bulletin d'information* mars-avril 2005, n° 69, p. 2.

9. Voir par exemple M.-A. Frison-Roche qui, dans l'étude annexée au rapport parlementaire précité, § 8.1.9, parle même de « l'efficacité régulatoire d'un mariage entre pouvoir de répression et accord des parties », situation dans laquelle la négociation « aboutit à un engagement réciproque de l'Autorité et de la partie prenant ce qui accroît la prévisibilité et la confiance ». Cet engagement sur un mode bilatéral peut s'avérer supérieur à l'unilatéralisme d'une décision générale ou particulière, constituant ainsi « une alternative au pouvoir réglementaire ».

1. La mise en œuvre de la composition administrative

412. – La création de la composition administrative devant l’Autorité des marchés financiers pose la question de la désignation, par la loi, de l’autorité compétente en matière de composition. Deux options apparaissent possibles.

La première consisterait à désigner le collège plénier comme organe compétent. En raison de sa position hiérarchique à la tête de l’Autorité des marchés financiers, ce dernier pourrait veiller à la mise en œuvre judicieuse de la nouvelle procédure. Un rôle de « parquet¹⁰ » pourrait alors lui être confié, comparable à son rôle en matière de poursuite lors l’ouverture de la procédure de sanction.

La deuxième option consiste à reconnaître compétente une des commissions spécialisées du collège. Cette solution est retenue par l’Autorité des marchés financiers, comme exposée par M^{me} Roussel, lors du colloque organisé par l’AEDBF le 8 février 2005¹¹. Il n’existe cependant aucune opposition de principe entre les deux solutions : les commissions spécialisées sont des émanations du collège, exclusivement composées de ses membres et agissant sur délégation de celui-ci en application de la loi.

413. – La définition précise de l’organe compétent pour mettre en œuvre la composition administrative répond à l’objectif primordial de séparation des pouvoirs d’instruction et de jugement. Il est en effet bien acquis aujourd’hui que la logique de protection des libertés et des garanties fondamentales s’applique pleinement à la matière boursière¹². C’est en réponse à cette critique que le nouvel organigramme de l’Autorité des marchés financiers, tel que prévu par la loi, a distingué clairement le collège, le secrétariat général et la commission des sanctions.

414. – Le choix de l’organe compétent illustre également les concurrences qui existent au sein de l’AMF entre le collège et la commission : en effet, le régulateur boursier n’est pas un bloc monolithique. Le projet retenu permet au collège, c’est-à-dire en quelque sorte à l’exécutif de l’AMF, de reprendre le pouvoir de sanction à la commission, qui se trouve ainsi désinvestie de son monopole de sanction au profit du collège. Cette tentative est confirmée par la volonté affichée du collège d’être investi

10. J.-J. Daigre et P.-H. Cornac, « Vers un système de règlement des litiges à l’amiable », *Analyse, option finance* 18 octobre 2004, n° 804, p. 44.

11. « Faut-il accorder à l’Autorité des marchés financiers le pouvoir de transiger ? », compte rendu du colloque organisé par l’Association européenne pour le droit bancaire et financier (AEDBF) le 8 février 2005, et animé par Bertrand de Saint Mars, délégué général de l’Association française des entreprises d’investissement (AFEI). Compte rendu disponible en ligne (www.aedbf.asso.fr/COLLOQUES/resumetransactionamf.doc).

12. F. Martin Laprade, « La contractualisation de la répression exercée par le régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », vol. 4, 2004, p. 197, § 360 et s. Dans cette logique, et même si cela n’allait pas de soi à la seule lecture de l’article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme (CESDH), le juge judiciaire a sanctionné la confusion des pouvoirs au sein de l’ancienne COB.

du pouvoir de contester, devant la cour d'appel, les décisions de sa propre commission des sanctions. Un tel recours n'est aujourd'hui admis que dans la mesure où il émane des personnes ou entreprises sanctionnées.

2. Le résultat de la composition administrative

415. – Une des principales réticences des entreprises à l'encontre de la transaction tient à la reconnaissance de culpabilité. En effet, de nombreuses voix et, notamment, celle de l'AFEI¹³ se sont élevées contre le principe d'une reconnaissance de culpabilité, qu'elle soit formelle lorsqu'une sanction pénale est parallèlement encourue, ou même implicite lorsque la procédure est exclusive devant l'Autorité des marchés financiers. Pour l'Association française des entreprises d'investissement, « poser un tel principe ne peut que conduire à l'échec de la procédure de transaction en vidant celle-ci d'une grande partie de son intérêt¹⁴ ».

416. – C'est pourquoi le nouveau projet de composition administrative de l'Autorité des marchés financiers ne retient pas le principe de la reconnaissance de culpabilité : le système américain du *without admitting nor denying*¹⁵ a en effet semblé plus satisfaisant pour le régulateur français.

La composition devant l'Autorité des marchés financiers consisterait donc en une description précise des faits, qui n'engagerait pas pour autant de discussion quant à leur qualification juridique. Cette caractéristique nouvelle de la procédure illustre un changement de logique du régulateur. Traditionnellement, l'AMF se plaçait volontiers dans une logique de répression par laquelle le mis en cause devait reconnaître sa culpabilité qui était alors sévèrement réprimée¹⁶. Au contraire, la composition se place dans une logique de responsabilité : le mis en cause prend acte des faits sans pour autant reconnaître sa culpabilité et accepte, en échange de l'abandon des poursuites, de se soumettre à deux types de mesure.

417. – La *première mesure* consiste en une amende transactionnelle versée au Trésor ou au mécanisme de garantie lorsqu'il s'agit d'un professionnel. La personne mise en cause qui accepte la procédure de composition administrative bénéficiera d'une sanction pécuniaire au quantum réduit, alors que parallèlement le projet prévoit le relèvement du plafond des sanctions. Ce relèvement, très critiqué par la doctrine¹⁷ et les opérateurs¹⁸, correspond à l'idée de prime telle qu'elle existe déjà devant le Conseil

13. AFEI, *Bulletin* précité.

14. AFEI, *Bulletin* précité.

15. P.-H. Conac, « Le pouvoir de transaction de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) », article précité, paragraphe 23.

16. F. Martin Laprade, dans « La contractualisation de la répression exercée par le régulateur », article précité, § 371, remarque qu'il « s'agit avant tout de punir les contrevenants, et même plutôt deux fois qu'une ».

17. Voir par exemple F. Martin Laprade, « La contractualisation de la répression exercée par le régulateur », article précité, § 380.

18. AFEI, *Bulletin* précité.

de la concurrence — même si la situation est ici légèrement différente car elle repose sur l'engagement des parties à ne pas reproduire le comportement litigieux.

Le projet initial permettait au régulateur boursier de choisir le plafond le plus élevé entre une somme forfaitaire, le décuple des profits réalisés, ou « 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe ». Ce quantum a été très abaissé dans le nouveau projet et le chiffre d'affaires ne sera probablement pas retenu comme référence. L'Autorité des marchés financiers considère ce relèvement des sanctions comme un instrument essentiel de régulation. En effet, les sanctions pécuniaires que peut imposer l'AMF, en l'absence de profits réalisés, ne sont pas suffisamment dissuasives¹⁹. Cela est d'autant plus vrai qu'il apparaît difficile, dans un grand nombre de cas, de prouver et de quantifier les profits réalisés. Comme le rappelle l'adage « l'incitation est la fille de la peur », l'efficacité de la mission de régulation repose sur la menace d'une sanction importante²⁰. Plus le quantum de l'amende peut être élevé, plus le levier d'action du régulateur est efficace et pousse les opérateurs à entrer dans une logique de contractualisation de la régulation.

418. — La *seconde mesure* consiste en des obligations de remise en état que le régulateur peut, toujours dans une optique de responsabilité, imposer. La composition sera par essence proposée pour les infractions qui désorganisent le marché le moins gravement et ne relèvent pas de l'intentionnalité. Dans ces cas précis, le régulateur aura intérêt, en plus de l'amende de composition, à subordonner la mise en œuvre de la composition à une remise en état ou une correction des faits reprochés. La non-exécution des engagements aura un effet résolutoire.

En réalité, les obligations de remise en état existent déjà dans la pratique : les parties dont un comportement ou un mode d'organisation a fait l'objet d'une enquête de la part de l'AMF essayent le plus souvent de présenter à la commission des sanctions les mesures particulières qu'elles ont prises pour y remédier et inciter de ce fait la commission à alléger le montant de la sanction.

419. — L'idée de responsabilité n'est pas exclusive de la possibilité d'une poursuite pénale engagée par le parquet. Se pose alors la question de l'articulation des actions entre la procédure administrative devant l'Autorité des marchés financiers et celle devant les juridictions répressives.

19. Sur la faiblesse des sanctions, notamment lorsque ces sanctions sont appliquées à des grands acteurs de marchés, J.-J. Daigre et P.-H. Cornac, « Vers un système de règlement des litiges à l'amiable », article précité et M. Germain, *Chronique de droit de la régulation*, *Petites Affiches* 4 avril 2005, n° 66, p. 3.

20. Voir sur ce point l'intervention de Gilbert Parleani lors du colloque organisé par l'AEDBF, compte rendu précité.

B. L'ARTICULATION ENTRE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE DEVANT L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS ET CELLE DES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES

420. – La mise en place de la composition administrative s'avère très complexe dans la mesure où certains manquements sont susceptibles d'une double qualification administrative et pénale.

1. La procédure exclusive devant l'Autorité des marchés financiers

421. – La procédure est exclusive devant l'AMF lorsque les faits reprochés n'emportent pas de qualification pénale, à savoir les hypothèses de manquement à des obligations professionnelles dans la grande majorité des cas. La procédure est alors interne à l'Autorité des marchés financiers.

Contrairement à ce qui avait été initialement proposé, le projet ne retient pas de mécanismes de réparation. En effet, le projet initial prévoyait que la transaction comporterait, en plus de l'amende transactionnelle et de la correction des insuffisances constatées chez le prestataire, une réparation du dommage causé, soit immédiatement si celui-ci était quantifié, soit appuyée sur un mécanisme de séquestre²¹. Cette prise en compte indemnitaire des victimes est très développée par les régulateurs étrangers et, notamment, la SEC américaine et la FSA anglaise.

L'Autorité des marchés financiers n'a cependant pas retenu cet aspect dans son dernier projet. En France, deux types d'arguments ont milité en faveur de cet abandon. D'une part, le projet initial posait d'importantes questions techniques de gestion des fonds. D'autre part, l'indemnisation dans la composition risquait de prendre un temps considérable, incompatible avec les objectifs d'efficacité qui prévalent pour la composition.

En conséquence, afin de préserver les droits des victimes, le nouveau projet ne prévoit aucune procédure particulière et laisse le principe général de l'inopposabilité des conventions aux tiers s'appliquer : l'accord passé entre l'Autorité des marchés financiers et le mis en cause n'aura d'effets qu'entre les parties. Une telle disposition n'est pas sans rappeler la nature contractuelle de la composition administrative. Les tiers restent ainsi fondés à agir au civil pour obtenir réparation d'un préjudice qu'ils auraient subi du fait du manquement reproché.

2. Les procédures concomitantes de l'Autorité des marchés financiers et des juridictions répressives

422. – Dans l'hypothèse d'une concomitance entre le manquement et la qualification pénale, la composition administrative n'est *a priori* attractive que si elle emporte l'extinction de la poursuite pénale. Tel sera le cas, par exemple, lorsque les faits seront

21. Voir sur ce point AFEI, *Bulletin* précité.

susceptibles de constituer une manipulation de marché par le biais d'une diffusion de fausses informations, l'exploitation d'une information privilégiée ou d'une manipulation de cours.

Le nouveau projet a, comme l'ancien, retenu une solution assez peu innovante en ne prévoyant pas d'articulation complètement sécurisée pour les parties mises en cause. En effet, la mesure de composition administrative signée avec l'Autorité des marchés financiers ne constituera pas une garantie absolue contre une procédure qui pourrait être ouverte par le juge pénal.

423. – Si le législateur a prévu une autonomie absolue des deux procédures, la pratique montre qu'une articulation existe déjà, le cumul des sanctions se résolvant en pratique au bénéfice de l'Autorité des marchés financiers, dont la procédure est beaucoup plus rapide que celle des autorités judiciaires. Le juge pénal n'intervient donc qu'en second lieu et doit prendre en compte la sanction prononcée par l'AMF. De plus, le champ d'investigation du juge pénal est souvent beaucoup plus large que celui du régulateur et axé sur les infractions les plus graves, ce qui conduit souvent à une répartition implicite des rôles entre régulateur et juge pénal. Ainsi, de 1989 à 2000, sur un total de 62 affaires ayant donné lieu à une procédure de sanction administrative, on n'a relevé que sept cas de cumul²². Depuis la loi de sécurité financière, il faut souligner que le pouvoir répressif conféré à l'AMF a pour conséquence de marginaliser la sanction pénale, qui tend à devenir exceptionnelle en matière d'abus de marché²³.

424. – Cette répartition des rôles a été prise en compte par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière : le législateur a prévu que, lorsque l'Autorité des marchés financiers ouvre une procédure susceptible de concerner le juge pénal, elle doit en informer le parquet et lui transmettre le rapport d'enquête et la notification des griefs. Ainsi, si le parquet devait décider d'ouvrir une procédure pénale, l'AMF déciderait certainement de ne pas aller plus loin dans sa propre procédure.

De même, le législateur a confié au seul parquet du tribunal de grande instance de Paris la compétence exclusive « pour la poursuite, l'instruction et le jugement des délits prévus aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier. Cette compétence s'étend aux infractions connexes. Le procureur de la République et le juge d'instruction de Paris exercent leurs attributions sur toute l'étendue du territoire national²⁴ ».

22. « La sanction des manquements en matière boursière : bilan d'application du pouvoir de sanction administrative de la COB », *Bull. COB*, octobre 2000, n° 350, p. 34, cité par Y. Paclot, « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future AMF », *JCP éd. E*, 12 juin 2003, n° 24, act. 174.

23. Nicolas Rontchevsky, in « Révision des délits et manquements boursiers », *Banque et droit* juillet-août 2006, n° 108, p. 12, note qu'un seul arrêt de la Cour de la cassation a été rendu en 2004 et 2005 concernant les délits boursiers des articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code des marchés financiers (Cass. crim., 4 novembre 2004, *Bull. Joly Bourse* 2005, p. 257) alors que la commission des sanctions de l'AMF a rendu depuis le début de l'année 2004 de nombreuses décisions.

24. Article 704-1 du Code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi du 1^{er} août 2003, art. 15 I, *JO* 2 août 2003.

Aller au-delà aurait supposé que la composition administrative s'effectue sous le contrôle du juge pénal, ce qui ne paraît compatible ni avec l'objectif de célérité de la composition, ni avec le principe de la constitution de partie civile.

425. – L'objectif affiché d'efficacité de la régulation boursière n'entre pas nécessairement en contradiction avec le respect du droit fondamental du procès équitable. Dès lors, certaines garanties doivent encadrer la composition administrative devant l'Autorité des marchés financiers.

II. LES GARANTIES ATTACHÉES À LA COMPOSITION ADMINISTRATIVE

426. – La composition administrative, comme le projet précédent de transaction, offre des garanties à la défense (A). La procédure d'homologation (B) doit permettre quant à elle un contrôle de légalité effectif.

A. LES GARANTIES OFFERTES À LA DÉFENSE

427. – Les garanties offertes à la défense sont nombreuses. D'une part, comme dans toute procédure répressive, la composition administrative a été pensée dans le strict respect des droits de la défense. D'autre part, à l'instar de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la publicité de la composition est exigée.

1. Les droits de la défense

428. – La composition administrative présente un caractère répressif dans la mesure où elle peut entraîner le prononcé de sanctions. C'est pourquoi elle doit être mise en œuvre dans le strict respect des droits de la défense.

429. – Le mis en cause et le régulateur doivent disposer d'armes égales pour arbitrer entre la composition ou le droit commun.

Pratiquement, cette exigence se traduit tout d'abord par une notification formelle des griefs aux personnes mises en cause et au droit à l'assistance d'un avocat.

Ensuite, les parties disposent d'un accès au dossier, devant leur permettre d'expertiser la solidité des éléments qu'il contient. Le projet tente ainsi de conduire les parties et le régulateur à négocier, en réservant la possibilité d'écarter certains éléments de poursuite qui seraient inexistantes ou mal fondés. Cet aspect de la composition est très développé dans la procédure devant la SEC : la négociation porte géné-

ralement sur la nature des griefs, sur la nature des sanctions, ainsi que sur la formulation des griefs et du communiqué de presse annonçant la transaction²⁵.

La question de la motivation est également un aspect fondamental du respect des droits de la défense. Les exigences d'efficacité et de réactivité ne sauraient en effet dispenser le régulateur de son obligation de motivation, condition essentielle d'une bonne justice.

Enfin, le mis en cause et le régulateur restent libres de ne pas conclure de composition et de décider d'un retour vers le droit commun : il n'existe aucune obligation pour les parties de signer la composition. Dans l'hypothèse où la négociation ne déboucherait pas sur une procédure alternative, l'ensemble des discussions qui ont eu lieu dans le cadre de la procédure de composition ne pourra pas être produit devant la commission des sanctions.

2. La publicité de la composition

430. – Le nouveau projet de l'Autorité des marchés financiers retient le principe de la publicité de la composition, principe accueilli favorablement par la doctrine²⁶ qui estime que la composition ne peut rester secrète. La publicité présente en effet plusieurs avantages.

D'abord, elle permet de faire jouer à la composition un rôle pédagogique, le cercle des destinataires étant plus large que les seuls mis en cause. Ainsi, la composition permettrait non seulement de régler une situation particulière que le régulateur juge inappropriée, mais également et surtout d'envoyer au marché un message sur le comportement à adopter dans des cas analogues.

Ensuite, la publicité constitue une garantie supplémentaire en faveur des mis en cause : elle est la garantie de ce que la procédure et le résultat de la composition respectent les contraintes qui s'imposent au régulateur. Elle présente donc l'avantage d'apaiser les craintes exprimées²⁷ quant au risque de partialité du régulateur cumulant les rôles d'accusateur et de juge.

Enfin, la publicité constitue également une garantie pour les tiers et le marché : elle est le gage que la composition a préservé non seulement l'intérêt collectif du marché, mais également celui des investisseurs victimes du manquement en cause, puisque ces derniers pourront toujours utiliser les éléments de la composition rendus publics et les invoquer devant un juge civil lors d'une procédure indemnitaire.

431. – Il n'est cependant pas certain que les mis en cause acceptent facilement cette publicité de principe. Comme le montre le droit positif en matière de publicité des

25. Voir sur ce point P.-H. Conac, « Le pouvoir de transaction de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) », article précité, paragraphe 20.

26. J.-J. Daigre et P.-H. Cornac, « Vers un système de règlement des litiges à l'amiable », article précité.

27. F. Peltier, « Ne pas transiger avec la transaction », *D.* 2005, chron. p. 958. L'auteur insiste lourdement sur les risques que représenterait la procédure de transaction devant le régulateur boursier.

sanctions prononcées par la commission des sanctions, les mis en cause la contestent fréquemment car, informant le marché du comportement sanctionné, elle s'apparente à une peine complémentaire. La commission des sanctions décide très généralement la publicité de ses décisions, qui n'est cependant pas automatique. Il demeure possible de demander, ce qui n'est pas obtenu, un sursis à exécution, soit devant les juridictions judiciaires soit devant les juridictions administratives, selon le cas. Paradoxalement donc, la publicité est sans doute un des points sur lesquels la composition risque d'entraîner la plus grande frilosité des opérateurs de marché.

432. – Ainsi, le projet de l'AMF respecte-t-il un certain équilibre entre les objectifs de réactivité du régulateur et les droits de la défense. Cet équilibre est d'autant mieux assuré que la composition administrative est soumise à homologation.

B. HOMOLOGATION ET PRINCIPE DE LÉGALITÉ

1. Le risque redouté

433. – Certaines voix se sont élevées pour dénoncer une dérive productiviste de la justice²⁸ : la procédure ne serait organisée qu'autour d'une nécessaire productivité, tant en termes de réduction des coûts pour le régulateur qu'en termes d'efficacité de la répression. En ce sens, un danger démocratique guetterait : celui de voir se constituer une justice parallèle ne respectant pas les principes fondamentaux du procès, notamment le contrôle de légalité. Il existe en effet un risque que la composition administrative ait pour conséquence de « court-circuiter le contrôle de la légalité des décisions de l'Autorité des marchés financiers opéré par la cour d'appel de Paris²⁹ ».

2. Le risque conjuré

434. – Face à ce risque, l'Autorité des marchés financiers propose de mettre en place une procédure d'homologation de la composition administrative.

435. – Le projet initial envisageait une procédure d'homologation par le président du tribunal de grande instance. Toutefois, la cour d'appel de Paris bénéficiant d'une compétence d'attribution en matière de contentieux avec l'AMF, il serait plus approprié de lui confier une telle mission³⁰. Ce n'est finalement pas l'option qui pourrait être retenue.

Le nouveau projet propose en effet que l'homologation soit donnée par une formation *ad hoc*, la commission des sanctions. Cependant, l'intervention d'un juge

28. J.-J. Daigre et P.-H. Cornac, « Vers un système de règlement des litiges à l'amiable », article précité.

29. F. Peltier, « Ne pas transiger avec la transaction », article précité.

30. F. Martin Laprade, « La contractualisation de la répression exercée par le régulateur », article précité, § 387 et note 19.

serait préférable à un traitement « en interne » par l'AMF, même par une commission différemment composée de celle ayant proposé la composition. En effet, l'homologation étant une garantie du principe de la légalité, il importe que l'autorité reconnue compétente pour la délivrer puisse se prononcer pleinement sur la légalité de la composition, avec la possibilité de la refuser en cas de non-respect des droits de la défense ou de non-lieu. Enfin, ce contrôle par l'homologation, tout comme la publicité de la composition, permettra de « laisser une trace³¹ » et contribuera ainsi au développement jurisprudentiel d'un droit boursier « en chantier³² ».

On peut également s'interroger sur la nécessité de prévoir une phase ultérieure de contestation de l'homologation devant une juridiction. Cette deuxième phase présente l'avantage de renforcer le contrôle de la légalité. Elle n'est peut-être pas nécessaire et risque au contraire de ruiner tous les efforts d'efficacité mis en œuvre. Elle n'est d'ailleurs pas reprise dans le projet de l'AMF.

*

* *

436. – En définitive, le pouvoir de composition administrative du régulateur boursier présentera des avantages certains tant pour les acteurs régulés que pour l'Autorité des marchés financiers. Il devrait permettre de répondre rapidement à des manquements qui ne nécessitent pas un traitement approfondi, dans un objectif constant d'efficacité et de protection du marché, sans pour autant sacrifier les droits de la défense sur l'autel du rendement. Les garanties procédurales inhérentes au respect du procès équitable seront ainsi pleinement intégrées à la procédure nouvelle.

Il n'est cependant pas du tout acquis que le nouveau projet de composition administrative soit un succès. Deux éléments rendent cet échec prévisible. D'une part, on peut regretter que l'articulation entre la procédure administrative devant l'AMF et celle devant le juge pénal ne soit pas entièrement sécurisée³³. Il est presque certain qu'aucun acteur de marché ne prendra le risque d'une procédure devant les juridictions répressives. Ce risque est d'autant plus grand que la composition aboutira implicitement mais nécessairement à une reconnaissance de culpabilité par le mis en cause qui accepterait de transiger. D'autre part, la volonté de transparence du régulateur le conduit à décider de la publication des compositions. Or, il est fort à parier que la

31. F. Peltier, « Ne pas transiger avec la transaction », article précité. L'auteur considère que « la tentation d'une sanction rapide [...] a pour conséquence de ne pas laisser de trace. Plus de jurisprudence donc » selon lui, alors que le droit boursier est encore à l'état de chantier.

32. F. Peltier, « Ne pas transiger avec la transaction », article précité.

33. Voir D. Linotte et G. Simonin, « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *AJDA*, janvier 2004, n° 3, p. 144, qui regrettent le parti pris par le législateur de ne pas réduire le nombre des hypothèses de cumul de sanctions administratives et pénales, et de laisser au parquet le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites lorsqu'il considère que la sanction administrative prononcée par la commission des sanctions ne revêt pas un caractère suffisant.

publicité de la composition, comme celle du rescrit, laisse présager un court avenir au nouvel instrument réglementaire.

437. – En tout état de cause, le débat reste ouvert et il appartiendra à la nouvelle législature de réfléchir sur une telle réforme. Les acteurs du marché, les praticiens du droit, le législateur³⁴ ainsi que l'AMF disposent donc encore de temps pour discuter, modifier et s'acclimater à cette nouvelle donne de la régulation boursière³⁵.

34. Le sénateur Gelard préconise dans la recommandation n° 3 du rapport de l'Office d'évaluation de la législation précité d'autoriser cette procédure de composition administrative pour le régulateur boursier.

35. Pour une confirmation du projet décrit précédemment, voir un article de Bertrand Legris, responsable du département juridique de la direction des enquêtes de l'AMF, et Maxime Galland, chargé de mission à la direction des enquêtes de l'AMF, in *Option Finance*, hors série n° 20, lundi 26 mars 2007, « Les enquêtes de l'Autorité des marchés financiers », p. 15.

L'affaire *LG & E vs Argentine Republic*

Quelques réflexions sur le rôle du Centre international pour le règlement de différends relatifs aux investissements

Francisco Abriani

*Avocat au barreau de Buenos Aires, ancien étudiant
du master de droit économique de Sciences Po Paris*

438.– Le 3 octobre 2006, un tribunal du Centre international pour le règlement de différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu la décision sur le fond dans l'affaire qui oppose LG & E, investisseur américain, et l'État argentin¹, concernant les mesures d'urgence prises par le gouvernement argentin lors de la crise économique de 2001-2002.

439.– L'analyse effectuée par le tribunal dans cette affaire, la deuxième à obtenir une solution sur le fond parmi celles initiées à l'issue de la crise argentine de 2001-2002, est particulièrement intéressante du fait du contexte dans lequel les mesures d'urgence ont été prises.

En effet, l'objectif de garantir un traitement juste et équitable, et non discriminatoire à l'égard des investisseurs étrangers, demande aujourd'hui un contrôle de plus en plus sophistiqué des régulations mises en place par les États. Cela rend pertinent de s'interroger pour savoir si ces affaires sont en train de montrer une évolution dans le rôle du CIRDI et dans quel sens une telle évolution s'orientera : se rapprochera-t-il du rôle de régulateur, ou, au contraire, se bornera-t-il au contrôle strict du respect au droit international public ? La jurisprudence semble montrer que, aujourd'hui, ce dernier rôle semble de moins en moins détachable du premier.

1. On peut trouver la décision en anglais sur <http://www.worldbank.com/icsid/cases/awards.htm#awardARBO415>.

I. LE SENS DE LA DÉCISION

A. LES FAITS DONNANT LIEU À LA DISPUTE

1. La privatisation et la régulation des tarifs dans le secteur de la distribution de gaz

440. – Comme il est expliqué par le tribunal dans le rappel des faits, en ce qui concerne en particulier le secteur du gaz, la privatisation en 1992 de Gas del Estado SE, entreprise détenue à 100 % par l'État argentin et ayant le monopole dans le marché du transport et de distribution de gaz, a donné lieu à l'entrée sur le marché argentin de plusieurs investisseurs étrangers, dont LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. et LG & E International Inc., entreprises américaines, demandresses dans le cas d'espèce (ci-dessous appelées ensemble LG & E).

441. – Les principales régulations concernant ce secteur ont été fixées par la loi dite « du gaz » et par son décret réglementaire², qui étaient complétés par un décret relatif aux « règles basiques de la licence », dans lequel une série de mesures visant la détermination des tarifs étaient prévues, et dont les effets ont été au cœur de la crise de 2001 et de la décision du tribunal CIRDI.

442. – Parmi les principales dispositions contenues dans les règles basiques de la licence on peut citer les suivantes, qui sont en fait celles qui font l'objet de l'analyse du CIRDI dans cette affaire et qui constituaient une garantie pour les investisseurs étrangers :

- détermination des tarifs des services de distribution de gaz en dollars américains ;
- révision semestrielle des tarifs sur la base du *US Producer Price Index* (PPI) ;
- compensation obligatoire par le gouvernement argentin en faveur des bénéficiaires de la licence pour toute perte dérivée d'un changement dans le système tarifaire déterminé dans celle-ci.

443. – Il faut souligner que les bénéficiaires de la licence étaient des entreprises privées créées par l'État argentin qui constituaient des véhicules pour l'investissement, son capital social ayant été ouvert aux investisseurs nationaux et internationaux intéressés. En l'année 2001, LG & E détenait une participation de 14,4 %, 19,6 % et 45,9 % respectivement dans trois des entreprises bénéficiaires de licences pour la distribution de gaz dans différentes régions géographiques de l'Argentine.

2. Loi dite « du gaz » ou « MRG » (*Marco Regulatorio del Gas*) n° 24.076 et décret n° 1738/92 du 28 septembre 1992.

2. Le déclenchement de la crise et les mesures prises par l'État argentin

444.– En 2001, l'Argentine a été confrontée à une crise politique, financière et sociale qui a conduit l'État argentin à adopter la loi dite d'*emergencia económica*³, à dévaluer sa monnaie de plus de 70 % (et donc de modifier la loi de *convertibilidad*)⁴, à geler tous les tarifs des services publics et à déterminer ces tarifs en pesos argentins, et à imposer la renégociation de tous les contrats concernant les concessions de services publics.

445.– Même si les problèmes de renégociation avec les contrats afférant aux investissements de LG & E avaient commencé dès 2000 avec la renégociation des tarifs, c'est la crise de 2001 qui a déclenché la modification unilatérale de tout le régime de détermination des tarifs du service public de distribution de gaz. C'est ainsi que LG & E a déposé une demande d'arbitrage auprès du CIRDI le 21 décembre 2001.

B. LES SOLUTIONS APPORTÉES PAR LE CIRDI

446.– Un tribunal *ad hoc* du CIRDI a rendu à l'égard du litige opposant LG & E et l'État argentin deux décisions. La première rendue le 30 avril 2004 concerne les exceptions à la juridiction du CIRDI, opposées par l'État argentin, tandis que la deuxième a été rendue le 3 octobre 2006 et concerne le fond du litige, c'est-à-dire la décision portant sur la responsabilité de l'État argentin pour le non-respect du *Bilateral Investment Treaty* (BIT) signé entre l'Argentine et les États-Unis pour la protection des investisseurs ressortissants des États contractants.

Les principales questions traitées par le tribunal sont les suivantes :

1. L'admission de la juridiction par le tribunal

« ... The proper distinction between a national company having the licence and the investors is reaffirmed in the decision on jurisdictions cited above in the CMS Gas Transmission Company case, according to which : “Because, as noted above, *the rights of the Claimant can be asserted independently from the rights of TGN and those related to the License, and because the Claimant has a separate cause of action under the Treaty in connection with the protected investment, the Tribunal concludes that the present dispute arises directly from the investment made and that therefore there is no bar to the exercise of jurisdiction in this count*” (§ 68)⁵... »

3. Loi n° 25.561, adoptée le 6 janvier 2002, qui a déclaré l'urgence publique en matière sociale, économique, administrative, financière et cambiaire.

4. Loi qui disposait l'arrimage du peso argentin au dollar américain et qui a été en vigueur de 1991 à 2002.

5. Décision sur les exceptions à la juridiction, § 60.

447. – La compétence du tribunal était contestée par l'Argentine sur la base de l'argument selon lequel seules les sociétés bénéficiaires de la licence étaient en mesure de faire des réclamations la concernant, et non pas ses actionnaires pris isolément. Ainsi, l'Argentine considérait que LG & E ne se trouvait pas protégée par le BIT dans le cas d'espèce car les sociétés bénéficiaires de la licence étaient des sociétés argentes ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses actionnaires, et la protection accordée par le BIT ne bénéficie qu'aux sociétés nord-américaines.

Pourtant le tribunal a débouté l'Argentine des exceptions opposées en s'appuyant sur une jurisprudence assez constante dans les décisions du CIRDI. Ainsi, le tribunal a statué que LG & E détient, selon le traité, une cause pour agir indépendante de celle des sociétés bénéficiaires de la licence en ce qui concerne son investissement.

448. – En effet, la jurisprudence du CIRDI est claire sur certains points concernant sa compétence et qui font l'objet des exceptions opposées par l'Argentine dans cette affaire. Plus précisément, deux questions ressortent de manière assez claire de cette jurisprudence :

- les actionnaires étrangers des sociétés locales se trouvent protégés par les BIT du fait de leurs investissements, indépendamment des réclamations faites par la société locale réceptrice de l'investissement, et indépendamment du pourcentage de participation dans le capital de celle-ci (distinction *ratione personae*)⁶ ;

- le fondement des réclamations posées par l'investisseur peut différer selon la juridiction devant laquelle on dépose la demande. De ce fait, un même litige pourrait donner lieu à des réclamations devant les juridictions locales portant sur la clause de règlement des différends des contrats de concessions de service public mis en question, et, en même temps, à des réclamations devant le CIRDI sur le fondement des clauses incluses dans des traités internationaux pour la protection des investisseurs étrangers⁷. La première a pour objet le respect du contrat par les parties, la seconde vise le respect des engagements internationaux de l'État d'accueil de l'investissement (distinction *ratione materiae*).

2. La loi applicable

449. – En ce qui concerne la loi applicable, le tribunal a statué :

« In order to settle this controversy, the present Tribunal shall apply first the *Bilateral Treaty*; second and in the absence of explicit provisions therein, *general international law*, and, third, the *Argentine domestic law*, particularly the Gas Law that governs the

6. Voir parmi d'autres nombreux exemples, la décision du CIRDI dans l'affaire *Lanco International vs Argentine Republic* du 8 décembre 1998.

7. Sur cette question voir spécialement les décisions *Vivendi Universal vs Argentine Republic* (décision sur annulation) et *Wena Hotels Limited vs Arab Republic of Egypt*, et les commentaires faits par Emmanuel Gaillard sur les clauses de choix irrévocables incluses dans les traités (« *fork in the road* ») in *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 758 et s.

natural gas sector. The latter is applicable in view of its relevance for determining the Argentine Republic's liability and the defences to which it may resort vis-à-vis the allegations made by Claimants. »

450. – Pour déterminer la loi applicable, le tribunal a fait une analyse détaillée de l'article 42(1) de la Convention CIRDI⁸, ainsi que de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En effet, selon le tribunal, le droit international général et, par conséquent, les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et la coutume internationale sont applicables au cas d'espèce⁹.

451. – Dans le cas particulier de l'Argentine, le tribunal conclut que le droit argentin est applicable en vertu de l'article 42(1) et que celui-ci comprend le BIT du fait que les traités internationaux jouissent, dans l'ordre juridique argentin, d'une hiérarchie supérieure aux lois nationales¹⁰, et que le BIT constitue *lex specialis* par rapport aux litiges concernant la violation des engagements en matière de protection des investissements¹¹.

452. – Finalement le tribunal a procédé à une analyse générale, à la fois historique¹² et jurisprudentielle¹³, sur la loi applicable aux litiges portant sur la protection des investissements, ainsi que sur l'existence — ou non — d'un ordre de prélation entre la loi internationale et la loi nationale.

3. La détermination de la responsabilité

453. – Pour évaluer l'existence de responsabilité de la part de l'État argentin pour violation de ses engagements internationaux, le tribunal s'appuiera sur l'analyse de quatre points essentiels :

– la violation au traitement juste et équitable ;

8. Article 42 : « (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière... »

9. Décision sur la responsabilité, § 89.

10. Constitution nationale de la République argentine, article 75, § 22.

11. G. Tawil, « Los conflictos en material de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable, a propósito de las recientes decisiones en los casos "Vivendi", "Wena" y "Maffezini" », RAP, Buenos Aires octobre 2002, Año XXV, n° 239, p. 241 et s., cité par le tribunal dans la décision sur la responsabilité, § 92.

12. Sur l'inclusion du mot « and » au lieu du mot « or », dans la version anglaise de l'article 42(1), ce dernier étant présent dans le projet original de la convention CIRDI et ayant été remplacé par le mot « and » dans la version définitive. Lors de cette analyse (et à plusieurs reprises pour aborder d'autres questions traitées dans la décision), le tribunal s'appuie sur l'ouvrage de Christoph Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 2001.

13. Notamment la référence faite à la décision *Wena Hotels Limited vs Arab Republic of Egypt*, § 96. Pour une analyse détaillée de cette décision et sur la question de la loi applicable, voir E. Gaillard et Y. Banifatemi, « The meaning of "and" in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention : The role of International Law in the ICSID choice of law process », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2003, vol. 12, n° 2.

- le caractère arbitraire et discriminatoire des mesures adoptées par l'Argentine ;
- la clause de respect des engagements (ou *umbrella clause*) ;
- l'existence d'une expropriation indirecte ;
- l'existence de l'état de nécessité.

a. **Le traitement « juste et équitable »**

« ... The fair and equitable standard consists of the host State's consistent and transparent behaviour, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor¹⁴. »

454. – Selon le tribunal, quatre garanties avaient été accordées par l'Argentine aux investisseurs étrangers dans le secteur du gaz : la détermination des tarifs en dollars américains¹⁵, l'ajustement semestriel des tarifs sur la base du PPI américain, la garantie d'un taux de rendement raisonnable, et la garantie de ne pas geler les tarifs sans compensation.

Le tribunal considère que le standard du traitement juste et équitable comporte trois critères :

- la stabilité du système légal et commercial du pays d'accueil de l'investissement¹⁶ ;
- le respect des attentes qu'aurait eu l'investisseur au moment d'investir dans le pays concerné¹⁷ ;
- la transparence des décisions prises par l'État d'accueil de l'investissement par rapport aux investissements¹⁸.

455. – Sur cette base, le tribunal a considéré que la détermination des tarifs en pesos argentins, l'abandon du calcul des tarifs sur la base du PPI américain, le gèle des tarifs, et l'imposition d'un processus de renégociation obligatoire des contrats entre l'État et les bénéficiaires de la licence, ont été des mesures injustes et inéquitable à l'égard de LG & E selon les engagements pris dans le BIT signé entre l'Argentine et les États-Unis. Le tribunal retient que, nonobstant l'existence réelle des difficultés économiques, politiques et sociales, « Argentina went too far by completely dismantling the very legal framework constructed to attract investors¹⁹ ».

14. Décision sur la responsabilité, § 131.

15. Ce qui pour LG & E constituait une garantie contre le risque de fluctuation du taux de change (§ 106).

16. Pour considérer ce critère, le tribunal renvoie à une série de précédents, dont la décision *CMS Gas Transmission Company vs Argentine Republic* et *Metalclad Corporation vs United Mexican States*.

17. Pour considérer ce critère, le tribunal s'appuie sur la jurisprudence *Técnicas Medioambientales Tecmed SA vs United Mexican States*, ICSID, case n° ARB(AF)/00/02.

18. Le tribunal fait référence à la décision *Waste Management, Inc. vs United Mexican States*, ICSID, case n° ARB(AF)/00/3.

19. Décision sur la responsabilité, § 139.

b. Le caractère arbitraire et discriminatoire des mesures adoptées par l'Argentine

456. – Quant au caractère arbitraire, le tribunal a considéré que, si les mesures prises par l'Argentine ont constitué un comportement injuste et inéquitable, elles n'ont pas été arbitraires. En effet, le tribunal a retenu que, dans le cas d'espèce :

« Even though the measures adopted by Argentina may not have been the best, they were not taken lightly, without due consideration. [...] the charges imposed by Argentina to Claimants' investment, though unfair and inequitable, were the result of reasoned judgement rather than simple disregard of the rule of law²⁰. »

457. – En ce qui concerne le caractère discriminatoire, le tribunal retient quatre caractéristiques pour définir le caractère arbitraire d'une mesure : 1) un traitement intentionnel, 2) en faveur d'un national, 3) contre un investisseur étranger et 4) que la mesure adoptée ne soit pas prise dans des circonstances similaires contre un autre national²¹.

Dans le cas d'espèce le tribunal a retenu que le fait que l'Argentine ait suspendu l'ajustement des tarifs sur la base du PPI, deux ans avant la sanction de la loi dite d'*emergencia económica* en 2002 à l'égard du secteur de distribution du gaz, sans qu'une telle mesure ait été adoptée à l'égard d'autres secteurs tels que la distribution d'électricité et la distribution d'eau, dont les tarifs ont continué à être ajustés selon le PPI jusqu'à la sanction de la loi de 2002, constitue un comportement discriminatoire. Ainsi, le tribunal a retenu que :

« Even though it was not proved that these measures had been adopted with the purpose of causing Claimants' foreign investments damage, discrimination against gas distribution companies vis-à-vis other companies, such as water supply and electricity companies, is evident²². »

c. La clause de respect des engagements (ou *umbrella clause*)

458. – Ce que l'on considère comme *umbrella clause* dans le cas d'espèce c'est l'article II(2) du BIT signé entre l'Argentine et les États-Unis, qui dispose que chaque partie respectera les engagements qu'elle a pris à l'égard des investissements²³. Cette clause comporte l'obligation de respecter tous les engagements à l'égard des investisseurs étrangers, y compris ceux avec lesquels le compromis a été pris par voie contractuelle. Ainsi, le tribunal retient que :

20. Décision sur la responsabilité, § 162.

21. Décision sur la responsabilité, § 146. Critères adoptés sur le fondement d'un précédent de la Cour internationale de justice, *ELSI Elettronica Sicula SpA (United States of America vs Italy)*, ICJ Report 1989, R.L.A. 56.

22. Décision sur la responsabilité, § 148.

23. Article II(2) : « c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments. »

« Such obligations receive extra protection by virtue of their consideration under the bilateral treaty. »

459. – Le tribunal a décidé que les dispositions de la loi du gaz, ainsi que celles des règlements ne comportent pas de simples obligations légales de nature générale mais que, au contraire, celles-ci étaient très spécifiques à l'égard de l'investissement de LG & E en Argentine, et sa dérogation constitue une violation génératrice de responsabilité à l'égard de la clause de respect des engagements ou *umbrella clause*²⁴.

d. L'existence d'une expropriation indirecte de l'investissement de LG & E

460. – LG & E invoquait dans le cas soumis à la décision du CIRDI que la valeur des actions détenues par LG & E sur la société bénéficiaire de la licence s'était dépréciée de 90 % à cause de la dérogation des principales garanties du système tarifaire exécutée par l'Argentine. Ils soutiennent que l'Argentine aurait dû compenser LG & E pour la dépréciation de la valeur de ses actions du fait de la prétendue « expropriation indirecte » occasionnée.

461. – L'analyse faite par le tribunal sur ce point est intéressante, et repose sur des principes consacrés dans des décisions précédentes du CIRDI. Après avoir distingué entre l'expropriation graduelle (ou *creeping expropriation*) et l'expropriation simultanée (ou *de facto*), le tribunal établi qu'il doit trouver l'équilibre entre deux intérêts divergents : le degré d'interférence des mesures adoptées sur le droit de propriété de l'investisseur et le pouvoir de l'État d'adopter ses propres politiques²⁵.

462. – Pour parvenir à équilibrer correctement ces deux intérêts, le tribunal a considéré qu'il faut d'abord analyser le degré d'interférence de l'État. Ceci impose l'analyse de l'impact économique de la mesure, c'est-à-dire son interférence avec les attentes de l'investisseur, d'une part, et de la durée des mesures adoptées, d'autre part. Dans ce sens le tribunal a considéré qu'il ne suffit pas de prendre en compte les effets des mesures adoptées par l'État à l'égard de l'investissement mais qu'il faut également considérer le contexte dans lequel ces mesures ont été adoptées²⁶.

463. – Ensuite, le tribunal a procédé à une analyse du pouvoir de l'État d'adopter ses politiques. À ce respect le tribunal retient que les mesures adoptées par celui-ci doivent être acceptées par l'investisseur sans aucun droit à demander la responsabilité de l'État, sauf si l'actuation de l'État est manifestement disproportionnée par rapport à la nécessité à laquelle s'adresse la régulation étatique²⁷.

464. – Dans le cas particulier de LG & E, le tribunal a finalement considéré que les mesures adoptées par l'Argentine n'ont pas constitué une expropriation, notamment

24. Décision sur la responsabilité, § 174 et § 175.

25. Décision sur la responsabilité, § 189.

26. Décision sur la responsabilité, § 194.

27. Décision sur la responsabilité, § 195.

parce que l'effet des mesures adoptées ne s'était pas reflété de manière permanente sur la valeur des actions détenues par LG & E et que l'investissement n'avait pas cessé d'exister²⁸.

e. L'état de nécessité

« Argentina is excused under article XI from liability of any breaches of the Treaty between 1 December 2001 and 26 April 2003²⁹. » [...]

« ... It would be unreasonable to conclude that during this period the Government should have implemented a tariff increase pursuant to an index pegged to an economy experiencing a high inflationary period (the United States). Similarly, the Government deemed that freezing gas tariffs altogether during the crisis period was necessary, and Claimants have not provided any reason as to why such measure would not provide immediate relief from the crisis³⁰. »

465. – Afin d'analyser si l'état de crise politique, économique et sociale subi par l'Argentine justifie la violation des obligations à cause de l'existence d'un état de nécessité, le tribunal a considéré qu'il était nécessaire de procéder à une double analyse : celui de la situation argentine et celui de la réelle nécessité des mesures adoptées lors de la crise³¹.

466. – En ce qui concerne la situation argentine, le tribunal a déterminé qu'entre le 1^{er} décembre 2001 et le 26 avril 2003 l'Argentine s'est trouvée dans une période de crise, pendant laquelle il a été nécessaire de prendre des mesures destinées à maintenir l'ordre public et à protéger ses intérêts essentiels de sécurité.

Pour statuer ainsi, le tribunal a considéré que la suspension du calcul des tarifs sur la base du PPI américain a été une manière légitime de protéger son système économique et social³². De même, le tribunal a considéré que, dans la période d'urgence délimitée, il est acceptable que l'Argentine ait suspendu le calcul des tarifs en dollars américains et l'ajustement de celles-ci selon le PPI américain, car il aurait été déraisonnable d'augmenter les tarifs selon un index lié à une économie qui se trouvait dans une situation complètement différente.

467. – Le tribunal a pris également en compte le fait que les mesures adoptées étaient générales et ne visaient pas exclusivement les investisseurs étrangers, ce qui était l'une des conditions prévues dans le BIT pour considérer l'existence de l'état de nécessité.

28. Pour statuer ainsi, le tribunal a pris en compte que les actions détenues par LG & E se sont revalorisées dans la période postérieure à la crise de 2001 et 2002 (décision sur la responsabilité, § 198 et § 200).

29. Décision sur la responsabilité, § 229.

30. Décision sur la responsabilité, § 242.

31. Décision sur la responsabilité, § 205.

32. Décision sur la responsabilité, § 239.

468. – Finalement, le tribunal considère que l'état de nécessité se trouve prévu aussi dans le droit international public général. Selon celui-ci, trois conditions permettent de déterminer son existence :

- un danger pour la survie même de l'État (il doit s'agir d'un intérêt essentiel pour l'État) ;

- l'état de nécessité ne doit pas avoir été créé par l'État concerné ;

- il ne doit pas être possible d'éviter ce danger par d'autres moyens³³ du fait de la gravité et le caractère imminent du danger.

469. – Ainsi, le tribunal considère que l'existence même de l'État argentin était compromise pendant la période de crise et que la preuve présentée a démontré qu'une solution était nécessaire et que la régulation des tarifs des services publics devait se trouver incluse dans celle-ci. Cependant, une fois l'état de nécessité passé, le 27 avril 2003, les obligations de l'Argentine se sont trouvées à nouveau en vigueur, ce qui sera pris en compte par le tribunal pour la détermination de la compensation due par l'Argentine à l'investisseur.

II. LA PORTÉE DE LA DÉCISION

470. – Les décisions prises par le CIRDI dans cette affaire (celle concernant les exceptions à la juridiction et celle sur la responsabilité) présentent des intérêts différents. Les deux décisions ont pour mérite de maintenir avec cohérence la jurisprudence développée par le CIRDI, notamment en ce qui concerne la compétence juridictionnelle et la détermination de la loi applicable. Ces deux questions font l'objet d'une jurisprudence stable qui fait de celle-ci une véritable source de droit.

471. – Mais l'aspect le plus marquant de cette affaire³⁴ consiste dans le fait que le CIRDI se trouve, avec la crise argentine de 2001-2002, face à la nécessité d'analyser des mesures économiques générales et non pas seulement des mesures relatives à un secteur industriel ou à un investisseur particulier. Cette nouvelle situation dans laquelle se trouveront les tribunaux *ad hoc* pose la question de s'interroger de la possibilité d'une évolution du CIRDI vers un rôle de régulateur.

33. Décision sur la responsabilité, § 247.

34. Au-delà du fait que le CIRDI, partant des mêmes faits que dans l'affaire *CMS vs Argentine*, a apprécié de manière différente dans le cas d'espèce les mesures adoptées par l'Argentine lors de la crise. Même si on fait référence à cet aspect ci-dessous, celui-ci ne constitue pas l'objet central de cette présentation.

A. LE RÔLE DU CIRDI À L'ÉGARD DES POLITIQUES ADOPTÉES PAR LES ÉTATS

1. La coexistence de la régulation par les États et la détermination de l'existence des violations aux traités par le CIRDI

472. – Dans la décision *CMS vs Argentine Republic*, le tribunal a exprimé à deux reprises de manière explicite qu'il n'a pas à se prononcer sur les politiques économiques adoptées par l'Argentine. Il lui appartient, cependant, de se prononcer sur l'effet défavorable que de telles mesures auraient pu avoir à l'égard des engagements pris par l'Argentine selon le droit interne et le droit international applicables³⁵. Cette volonté de clarifier son rôle semble être également présente dans la décision *LG & E vs Argentine Republic*, lorsque le tribunal affirme de manière explicite que l'État a le droit d'adopter des mesures en vue de l'obtention du bien-être général (*general welfare*) ou lorsqu'il poursuit un but social. Dans ce cas, les mesures doivent être acceptées sans qu'aucune action en responsabilité ne puisse être intentée, sauf s'il s'agit d'une mesure manifestement disproportionnée³⁶.

473. – L'on peut se demander pour quoi le tribunal fait une référence si explicite sur une question qui semble à première vue évidente. Une première réponse consiste à mettre en avant la nécessité de répondre aux exceptions et argumentations soulevées par l'Argentine dans les deux cas cités précédemment, à l'égard desquelles le CIRDI doit se prononcer³⁷. Mais une autre explication pourrait à notre avis être envisagée.

474. – En effet, l'essor du CIRDI en tant que centre de règlement de différends et la complexité accrue des affaires dans lesquels il intervient depuis quelques années permettent de s'interroger sur une évolution dans son rôle. Cette évolution pourrait inciter les arbitres à clarifier de manière explicite que son rôle n'est que celui de trancher les litiges et de veiller au respect des BIT et de la Convention. En revanche, leur rôle ne serait pas celui de contrôler la mise en place des politiques publiques par les États lorsque ceux-ci prennent en charge la fonction de régulation qui leur appartient.

35. *CMS vs Argentine Republic*, ICSID, case n° ARB 01/08, § 159 et § 318.

36. Décision sur la responsabilité, § 195.

37. Il faut noter que l'Argentine avait affirmé dans l'affaire *CMS vs Argentine Republic* que l'exercice du pouvoir public ne peut pas être gelé car cela équivaudrait à une renonciation interdite par le droit et par le principe constitutionnel de service public (affaire *CMS vs Argentine Republic*, § 148). Dans l'affaire *LG & E vs Argentine Republic*, le gouvernement argentin soutient que le Tribunal ne serait compétent pour connaître de cette affaire que dans le cas où la violation à ses engagements internationaux aurait été prouvée (affaire *LG & E vs Argentine Republic*, § 78). Dans la décision sur la compétence de cette dernière affaire, l'Argentine affirme que la plainte déposée par LG & E est irrecevable car les mesures en cause sont des mesures générales adoptées par le gouvernement argentin (et non pas des décisions particulières prises à son encontre) (décision sur la juridiction, § 30).

475.— Cependant, on ne se trouve plus aujourd'hui uniquement face à des litiges concernant des situations ponctuelles à l'égard d'un investisseur étranger lésé par une régulation ou par une action particulière prise à son encontre³⁸.

Aujourd'hui, en revanche, les nuances entre l'exercice légitime d'un pouvoir de régulation de la part des États et la violation des engagements internationaux sont beaucoup plus importantes. Cela se manifeste de manière particulière dans l'affaire *LG & E*, dans laquelle l'État a pris des mesures générales qui ne visaient pas de manière particulière les investisseurs étrangers (ni un groupe particulier parmi ceux-ci). Ces mesures avaient pour objectif de faire face à une situation de crise économique et sociale généralisée³⁹.

476.— Ainsi, les tribunaux sont contraints d'analyser de très près la nécessité des régulations mises en place et leurs effets économiques, afin de constater l'existence d'une violation aux engagements internationaux des États, ou l'existence d'une expropriation donnant lieu à une compensation.

2. L'affaire *LG & E*

477.— Dans l'affaire *LG & E*, le tribunal a conclu que les mesures adoptées par le gouvernement argentin, même si elles étaient en contradiction avec les engagements pris par la signature du BIT avec les États-Unis, étaient nécessaires lors de la période de crise reconnue, c'est-à-dire entre le 1^{er} décembre 2001 et le 26 avril 2003. En particulier, le tribunal a décidé que, dans la période d'urgence délimitée, il est acceptable que l'Argentine ait suspendu le calcul des tarifs en dollars américains et l'ajustement de ceux-ci selon le PPI américain. Cela a constitué une manière légitime de protéger son système économique et social.

« Il serait irraisonnable, affirme le tribunal, de conclure que le gouvernement aurait dû adopter une augmentation des tarifs selon un index lié à une économie qui traversait une période de haute inflation (comme c'était le cas des États-Unis à l'époque)⁴⁰. »

38. Tel était le cas, pour prendre un exemple parmi d'autres, dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. vs Republic of Sri Lanka*, dans laquelle l'investisseur, une compagnie de Hong Kong, demandait une compensation en vertu de la destruction de sa ferme suite à l'occupation de celle-ci par les forces de sécurité du gouvernement de Sri Lanka (ICSID, case n° ARB/87/3). Tel était également le cas dans l'affaire *Emilio Agustin Maffezini vs Kingdom of Spain* (ICSID, case n° ARB/97/7), dans laquelle l'investisseur se considérait lésé par une action particulière à l'égard de son investissement du fait de la mauvaise information donnée par une entité étatique de la région de Galicie et des irrégularités constatées dans l'action de cette entité à l'égard de l'investissement.

39. Parmi d'autres cas dans lesquels des tribunaux internationaux ont dû évaluer la légitimité de mesures qui visaient l'intérêt public de manière assez général on peut citer, par exemple, l'affaire *SD Myers vs Government of Canada* (décision partielle du 12 novembre 2000, 40 *International Legal Materials* (2001) 1408), dans lequel le Canada a été sanctionné pour avoir bloqué l'exportation aux États-Unis de produits dangereux. Une autre décision, *Metalclad vs United Mexican States*, ICSID, case n° ARB(AF)/97/1, concernait également des mesures de protection de l'environnement prises par le Mexique.

40. Décision sur la responsabilité, § 242.

478. – Le tribunal arrive à une telle conclusion grâce à l'existence, dans le BIT applicable au cas d'espèce, d'une clause d'exemption de responsabilité en cas de survenance d'un état de nécessité pouvant mettre en danger l'existence même de l'État. Cela à condition que les mesures adoptées constituent le seul moyen à la disposition de l'État pour faire face à une telle situation⁴¹ et que l'État ne soit pas à l'origine de l'état de nécessité invoqué.

C'est justement lors de la détermination des moyens à disposition de l'État que le rôle du CIRDI devient très important. Ainsi, dans l'affaire *LG & E*, le tribunal conclut que la prise d'un ensemble de décisions pour le redressement de l'économie était nécessaire et que la régulation des tarifs des services publics devait y être incluse⁴².

479. – Au contraire, dans l'affaire *CMS vs Argentine Republic*, qui portait sur les mêmes régulations que l'affaire *LG & E*, le tribunal a considéré que le gel des tarifs et la suspension de l'ajustement selon le PPI américain ne constituaient pas les seuls moyens à la disposition de l'État argentin pour faire face à la crise⁴³. En outre, le tribunal a considéré que l'inclusion des coûts financiers dans le calcul des tarifs est essentielle et que les tarifs ne sont ni justes ni raisonnables car ils ne reflètent pas le coût réel de l'opérateur⁴⁴. Certains auteurs ont considéré qu'il existait d'autres moyens à la disposition de l'Argentine lors de la crise : l'Argentine aurait pu geler temporairement les tarifs et accompagner une telle mesure d'un processus de renégociation des contrats de concession des services publics limité dans le temps, avec un allongement des délais pour la réalisation des investissements à la charge des investisseurs et un assouplissement des plans d'investissement prévus dans les contrats. L'objectif étant de rétablir l'équilibre économique et financier des contrats en question⁴⁵.

480. – Aussi, une telle analyse, sans doute faite par les tribunaux respectifs dans chacune des décisions citées, ne relève-t-elle pas d'une fonction de régulation ou, du moins, d'un contrôle des politiques économiques prises par les États soumis à la juridiction du CIRDI ?

Il serait alors pertinent de s'interroger si le CIRDI connaît aujourd'hui une évolution dans son rôle. Celle-ci s'ajouterait à la régulation assurée par les États, et aurait pour but la préservation du système international d'investissements.

41. Article IV(3) du BIT, cité au § 243 de la décision sur la responsabilité.

42. Décision sur la responsabilité, § 257.

43. *CMS vs Argentine Republic*, décision sur la responsabilité, § 324 et s.

44. *CMS vs Argentine Republic*, décision sur la responsabilité, § 178 et s.

45. J. C. Crivelli, « Emergencia y servicios públicos », *El Cronista Comercial*, Buenos Aires, 17 novembre 2006.

B. LE CIRDI EN TANT QUE RÉGULATEUR EN DERNIER RESSORT

1. Le CIRDI et le cas argentin

481. – Comme on l’a constaté, la protection des investisseurs par le CIRDI requiert un contrôle exhaustif des régulations mises en place par les États; et même si cela induit une analyse de la jurisprudence interne des États⁴⁶. De même, il ne s’agit pas, comme on l’a vu, de vérifier la violation des engagements internationaux sans évaluer les effets économiques de la régulation mise en place par l’État et des moyens utilisés. Au contraire, il semble plutôt que la protection des investissements s’inscrit, au moins dans le cas d’espèce, dans le cadre de la régulation adoptée par l’État.

482. – En effet, l’Argentine avait mis en place tout un système de protection des investissements (ce qui a été pris en compte dans l’affaire CMS et dans l’affaire LG & E) à travers la signature de plus de 40 BIT, la sanction de lois nationales pour la protection des investissements, et l’adoption de dispositions spécifiques dans les licences et les contrats de concession de services publics. Tout cela jouait un rôle très important dans le système de régulation des services publics adopté par l’Argentine dans les années 1990, et avait favorisé la participation des grandes entreprises multinationales au processus de privatisation.

483. – Dans ce contexte, il n’est pas surprenant que le CIRDI soit le garant ultime d’un système auquel il apportait une garantie d’impartialité et de sécurité juridique. De plus, une grande partie de la décision est fondée sur une analyse téléologique des mesures adoptées, basée sur les attentes créées par l’Argentine à l’égard des investisseurs lors de la mise en place de son système de régulation des services publics⁴⁷.

2. Le CIRDI et le système international de protection des investissements

484. – La situation décrite précédemment ne se présente pas seulement dans le cas argentin. D’un point de vue plus général, le CIRDI serait appelé à être le garant du maintien d’un véritable système de protection des investissements à l’échelle globale. Et, à partir du moment où on constate l’existence d’un véritable système, le rôle du CIRDI devient encore plus important puisque tout système requiert des institutions qui le soutiennent et qui le guident vers son objectif.

L’évolution du CIRDI semble bien montrer le développement d’un véritable système de protection des investissements. Comme on l’a vu dans la première partie,

46. Voir, par exemple, la référence faite à la jurisprudence de la Cour suprême argentine dans la décision sur la responsabilité dans l’affaire CMS en ce qui concerne l’état de nécessité, § 215.

47. Voir par exemple CMS vs Argentine Republic, décision sur la responsabilité, § 133 et s., et LG & E vs Argentine Republic, décision sur la responsabilité, § 130.

la décision *LG & E* garde sa cohérence avec une jurisprudence stable du CIRDI en ce qui concerne la compétence du centre et la loi applicable⁴⁸.

485. – Le développement de ce système de protection des investissements se trouve fortement renforcé par la publication des décisions rendues par le CIRDI dans le *Foreign Investment Law Journal* et sur Internet. Cette initiative, exceptionnelle pour une instance arbitrale, paraît très pertinente lorsqu'il s'agit de juger l'action des États qui renoncent à une partie de leur souveraineté pour se soumettre à la juridiction arbitrale. Cela montre également la responsabilité du CIRDI dans le développement d'un véritable *corpus of law*⁴⁹.

486. – Certains auteurs sont allés jusqu'à considérer que l'arbitrage prévu dans les traités de protection des investissements constituait une manifestation du développement d'un droit administratif global. En effet, l'action régulatrice des États se trouverait soumise au contrôle par l'arbitrage international de manière à ce que les arbitres décident de la légalité des comportements des États, évaluent l'impartialité des décisions prises par ceux-ci, déterminent la portée et le contenu des droits de propriété et se prononcent sur l'allocation des risques et des coûts entre les entreprises et la société⁵⁰.

487. – Mais quel est le rôle du CIRDI dans ce système qui se développe de plus en plus⁵¹ ? Peut-on affirmer qu'il est devenu un régulateur de dernier ressort ?

Pour répondre à une telle question, il faut d'abord garder à l'esprit que la notion de régulation est une notion politico-économique qui, dans l'une de ses acceptions, concerne les lois visant à l'implémentation d'un système déterminé⁵². Cette notion de régulation, applicable aux systèmes de régulation internes aux États, pourrait être transposée au système international de protection des investissements dans lequel le CIRDI serait chargé de veiller au respect des engagements pris par les États pour maintenir le système. Il reste pourtant à déterminer comment le CIRDI, en tant qu'instance juridictionnelle, peut-il diriger ou encourager le comportement des États (ce qui lui donnerait le caractère de régulateur).

48. L'importance de la jurisprudence est évidente dans les décisions du CIRDI, qui fonde très souvent ses analyses sur les solutions adoptées dans le passé, comme il est souvent le cas dans les questions concernant le traitement juste et équitable, la détermination de l'existence d'une expropriation ou la question des BIT prévoyant la clause de la nation la plus favorisée, entre autres.

49. Nigel Blackaby, « Public interest and investment treaty arbitration », *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, mars 2003, vol. I, issue n° 2.

50. G. Van Harten et M. Loughlin, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *The European Journal of Administrative Law*, vol. 17, n° 1, *EJIL* 2006, p. 121-150.

51. Il faut garder à l'esprit que, selon la convention de Washington, le CIRDI est un centre qui offre les moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les litiges, mais que ceux-ci sont tranchés par des tribunaux *ad hoc*.

52. A. I. Ogus, *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004. L'auteur affirme qu'une telle notion de régulation est applicable aux systèmes collectivistes, dans lesquels l'État cherche à diriger ou encourager un comportement qui n'aurait pas lieu sans une telle intervention.

488. – À notre avis, cela pourrait avoir lieu à travers deux processus. D'abord, on pourrait considérer que le CIRDI exerce une activité de régulation à travers la fixation de « standards » visant à garantir le maintien du système. Ainsi, il pourrait s'agir, dans l'espèce, de la fixation de *standards*⁵³ par lesquels le CIRDI exigerait des États un comportement particulier lorsqu'il applique des mesures régulatrices à l'égard des investisseurs étrangers. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de délimiter la frontière entre mesures régulatrices et expropriation donnant lieu à compensation à travers, par exemple, des standards pour la détermination de la sévérité et de la durée des mesures adoptées. Dans ce sens, le CIRDI a développé une jurisprudence à laquelle les tribunaux *ad hoc* successifs font référence dans ces décisions⁵⁴. Il en est également ainsi lors de la fixation de standards pour déterminer l'existence d'un traitement juste et équitable (par exemple, l'exigence de transparence dans l'action des États, le respect des attentes de l'investisseur, ou la garantie d'un procès équitable)⁵⁵.

489. – D'autre part, si l'on transpose sur le plan international les fonctions du juge sur le plan interne, le CIRDI pourrait être considéré comme ayant une fonction de régulation grâce à l'apport de la méthode juridictionnelle, par laquelle il contrôle les régulateurs nationaux et par laquelle il les inspire dans l'incorporation de garanties processuelles et des règles du procès⁵⁶, selon les principes et les garanties consacrés dans les traités. Il reste encore à savoir si cette coordination entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir de régulation, qui a été récemment observée en France à l'égard du contrôle des décisions de l'ART⁵⁷, peut-elle avoir lieu dans le système de protection des investissements.

*

* *

490. – Si l'essor du CIRDI en tant que centre de règlement de disputes est une réalité incontestable, les débats sur l'évolution de son rôle ne font que commencer. L'affaire *LG & E* apporte dans ce sens quelques éléments intéressants. Il reste encore à obser-

53. Pour une analyse de ce type de régulation sur le plan interne, voir R. Baldwin et M. Cave, *Understanding regulation – Theory, strategy and practice*, Oxford University Press, 1999, p. 119.

54. Pour une analyse plus détaillée de cette question, voir A. Newcombe, « The boundaries of regulatory expropriation in international law », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2005, n° 1, p. 1-57; C. Schreuer, « The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties », *Transnational Dispute Management*, juin 2005, vol. 2, issue n° 3; L. Y. Fortier et S. L. Drymer, « Indirect expropriation in the law of international investment : I know it when I see it, or Caveat Investor », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 293-327.

55. Voir sur cette question C. Schreuer, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, p. 357-386.

56. G. Canivet, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz-Presses de Sciences Po, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », vol. 1, 2004.

57. P. Idoux, « Juger la régulation, c'est encore réguler... », *RD publ.* 1^{er} novembre 2005, n° 6, p. 1643. Commentaire relatif à la décision du Conseil d'État du 25 février 2005, affaire *France Télécom*.

ver quelle sera la réaction des États et du CIRDI face à des situations de plus en plus complexes. Celles-ci requièrent le développement du système de protection des investissements et des compétences du CIRDI dans le contrôle. Certains auteurs ont proposé le passage vers un nouveau traité avec la création d'un corps judiciaire stable⁵⁸, ce qui contribuerait à la formation d'un *corpus of law* et à la cohérence des décisions adoptées. D'autres craignent le transfert de souveraineté à une autorité supranationale⁵⁹. Il appartiendra alors à la jurisprudence, au moins dans le court terme, de s'occuper de montrer dans quel sens ira le système de protection des investissements.

58. N. Blackaby, « Public Interest... », article précité.

59. Voir dans ce sens G.Gagné et J.-F. Morin, « The Evolving American Policy on Investment Protection : Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model Bit », *Journal of International Economic Law*, mai 2006, vol. 9, n° 2.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.)

A.

Abus de position dominante, 100.
Accident :
– bilatéral, 12 et s.
– unilatéral, 12 et s.
Accord de cartel, 79, 94.
Accountability, 127. V. aussi *Rendre des comptes*,
Reddition des comptes.
Accroissement du passif, 190, 210.
Advertising Standard Authority (ASA), 355.
Acte :
– futur, 120.
– illégal, 65.
– passé, 120. V. aussi *Faute*.
Action :
– en comblement du passif, 210.
– juridictionnelle, 69.
– récursoire, 61.
Activité disciplinaire, 141 et s.
Adage culpa lata dolo acquiparatur, 259.
Agent générateur du risque, 16, 19, 22 et s.
Agrément, 180.
Aléa, 68.
Annonces non commerciaux, 325.
Anormalité du préjudice, 68.
Aptitude à être responsable, 111 et s.
Association de défense des déposants, 285.
Association européenne pour le droit bancaire
et financier (AEDBF), 412.
Association française des banques (AFB), 273.

Association française des entreprises d'investis-
sement (AFÉI), 408.
Association nationale des sociétés par actions,
408.
Asymétrie d'information, 18, 78 et s., 181-182.
V. aussi *Carence d'informations*.
Autocontrôle, 321 et s., 338.
Autodiscipline, 321 et s.
Autorégulation, 128 et s., 318 et s.
Autorité des marchés financiers (AMF), 404
et s.
Autorités administratives indépendantes, 239.
Avantages de l'autorégulation, 378 et s.

B.

Banque de France, 273.
Banque Worms, 211, 229.
Bank Holding Company Act, 218, 219.
Banking Act (1979), 236.
Bank of England, 236.
Bien-être collectif, 71 et s., 115, 118.
Bilan Investment Treaty (BIT), 446 et s.
Blanchiment, 180, 216.
Bordereau Daily, 205.
Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, 237.
Bundesbank, 237.
Bureau de vérification de la publicité (BVP),
319 et s. V. aussi *Organisme d'autodiscipline*,
Rôle consultatif.

C.

- Capture, 85, 147, 283.
- Carence d'informations, 81 et s., 313. V. aussi *Asymétrie d'information*.
- Cash flow, 230.
- Cautionnement, 201.
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), 438 et s.
- Cessation de paiement, 303.
- Cession Dailly, 203.
- Charte européenne pour l'autodiscipline en publicité (2004), 384.
- Check and balance*, 158.
- Choses fongibles, 205.
- Class actions*, 214 ets.
- Clause de réserve de propriété, 203.
- Client :
- averti, 185.
 - profane, 185.
- Codes de conduite, 343 et s. V. aussi *Déontologie, Recommandations*.
- Collège (de l'AMF), 414 et s.
- Comblement de l'insuffisance d'actifs, 228.
- Comité économique et social européen, 386.
- Commission bancaire, 239 et s.
- Commission de concertation de la publicité, 391.
- Commission de contrôle des banques, 242.
- Commission des opérations de bourse (COB), 280.
- Commission européenne, 157, 384.
- CMS vs Argentine Republic*, 479.
- Communication :
- argumentative, 329.
 - expressive, 329.
 - informative, 329.
 - politique, 330.
 - publicitaire, 327.
 - publique, 326 et s.
- Competitive failures*, 84.
- Complaints Committee*, 357.
- Complicité de banqueroute, 216.
- Comportement :
- cognitif, 163.
 - illicite, 94.
- Copy advice*, 343.
- Conception autopoïétique, 405.
- Concurrence loyale, 333.
- Conseil constitutionnel, 381.
- Conseil d'État, 42, 43, 57, 67, 222.
- Contrôle :
- *a priori* des spots publicitaires, 322.
 - *a posteriori*, 341.
- Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF), 406.
- Conseil des marchés financiers (CMF), 406.
- Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), 319, 340 et s.
- Convention CIRDI, 450.
- Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), 450.
- Convention européenne des droits de l'homme, article 6, 153. V. aussi *Procès équitable*.
- Convention de Lugano ou la législation américaine (CERCLA), 27.
- Corégulation, 322.
- Corporate governance*, 333.
- Corporatisme, 373.
- Cour de cassation, 50.
- Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), 42, 54.
- Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 154.
- Coût :
- de la structure, 7 et s.
 - de transaction, 7 et s.
 - des accidents, 15.
 - des indemnisations, 2.
 - d'information, 7 et s.
 - marginal de la pollution, 3.
- Créance de restitution, 205, 209.
- Créancier, 61.
- chirographaires, 293.
- Crédit :
- à durée déterminée, 188.
 - excessif, 201.
- Crédit-bail, 203.
- Critique de Cooter, 8 et s.
- Cumul des sanctions, 423 et s.

D.

Débiteur :

- principal, 181.
- solvable, 61.
- Décision juridictionnelle, 36.
- Déclaration de créances, 288.
- Défaut du produit, 18.
- Défauts de régulation, 84.
- Délais de paiement, 200.
- Délateurs, 94 et s.
- Délict d'initié, 80.
- Déontologie, 136, 331, 358. V. aussi *Codes de conduite*, *Recommandations*.
- Déposants, 292 et s.
- Dépôt :
 - de titres, 291.
 - en numéraire, 292.
- Déresponsabilisation, 24.
- Devoir :
 - de conseil, 184.
 - de mise en garde, 184, 224.
- Deutsche Werberat*, 370.
- Directive Télévision sans frontières, 340, 372.
- Direction générale de la santé et de la protection du consommateur (DG Sanco), 387.
- Distribution de gaz, 440 et s.
- Doctrine du droit de la régulation, 62, 63.
- Doctrine *respondeat superior*, 26.
- Domage, 47.
- Domages et intérêts, 49 et s.
- Double qualification, 420 et s.
- Droits de la défense, 426 et s., 435. V. aussi *Procès équitable*.

E.

- Effet rétroactif, 198.
- Efficience économique, 9, 11 et s. V. aussi *Coût social des accidents*.
- Enforcement*, 134.
- Enron, 215.
- Erreur, 62.
 - non fautive, 251, 255.
- État de concurrence pure et parfaite, 72.
- European Advertising Standards Alliance (EASA)*, 337.
- Ex ante*, 7, 25, 29 et s., 71, 77, 101, 118-119. V. aussi *Régulation ex ante*.

- Ex post*, 7, 15, 29 et s., 71, 77, 101, 119. V. aussi *Régulation ex post*.
- Entiercement, 206.
- Externalité, 2.

F.

- Facilité essentielle, 73, 100.
- Faillites bancaires, 233.
- Fait :
 - dommageable, 38.
 - générateur, 38.
- Fausses factures, 193. V. aussi *Fraude*, *Traites de complaisance*.
- Faute, 40 et s., 62. V. aussi *Acte passé*.
 - lourde, 54, 57 et s., 242 et s.
 - qualifiée, 57, 279.
 - simple, 58, 59, 245 et s.
- Federal Reserve (FED)*, 213 et s.
- Federal Tort Claims Act*, 235.
- Filialisation de l'activité, 100.
- Fidélité au cartel, 94.
- Fiducie-sûreté, 204.
- Fixation de *performance standards*, 488.
- Fonction normative, 39 et s.
- Fonds de garantie des dépôts, 275, 294. V. aussi *Garantie des dépôts*.
- Fonds propres, 300 et s.
- Force de chose jugée, 242.
- Franchise de responsabilité, 59, 61, 282.
- Fraude, 193. V. aussi *Fausses factures*, *Traites de complaisance*.

G.

- Garantie des dépôts, 274 et s. V. aussi *Fonds de garantie des dépôts*.
- Garanties :
 - disproportionnées, 195.
 - personnelles, 203.
- Guilty plea*, 217.

H.

- Hans Bredow Institute*, 395. V. aussi *Rapport sur la corégulation dans les médias*.

Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALD), 381.

Hypothèque :

- inversée, 223.
- rechargeable, 223.

I.

Incitation-sanction, 108.

Indépendance du régulateur 160 et s. V. aussi *Régulateur indépendant*.

Infotainment, 328.

Injonction, 240.

Insolvabilité, 24 et s.

Instruction, 98.

Intérêts collectifs, 114.

Intentionnalité, 115.

Investissements publicitaires, 323.

J.

Juge administratif, 58 et s.

Jurisprudence administrative, 42 et s, 54, 68.

Jurys d'autorégulation, 353 et s.

L.

Laisser- faire, 74. V. aussi *Théorème de la main invisible*.

Länder, 370.

Législation audiovisuelle, 339.

Levier d'action, 417.

Lien de causalité, 46 et s, 61, 310.

Liquidation judiciaire, 195, 210, 287 et s.

Lobbying, 86. V. aussi *Capture*.

Loi d'*emergencia económica*, 444.

Loi fondamentale allemande, 237.

Loi Sarbanes-Oxley, 215.

M.

Mainlevée partielle, 207.

Mandat *ad hoc*, 195, 197.

Médias de masse, 326.

Monopole, 73.

Montant de la sanction, 107, 151. V. aussi *Principe de proportionnalité des sanctions*.

Mouvement *Law and Economics*, 119.

N.

Nantissement, 206.

Negative pledge, 203.

Non-substitution des responsabilités, 57.

Normes professionnelles, 141 et s., 337.

Nullité relative, 208.

Nullité-sanction, 209.

O.

Obiter dictum, 180.

Obligation :

- de conseil, 182.
- de mise en garde, 182, 187.
- de non- immixtion, 182.
- de résultat, 83.

Office de contrôle des annonces, 338.

Office of Fair Trading (OFT), 367.

Ombudsman, 370.

Opérateurs cruciaux, 172.

Organisme d'autodiscipline, 345 et s. V. aussi *Autorégulation, Bureau de vérification de la publicité*.

P.

Pacte d'actionnaires, 229.

Parquet fédéral, 213 et s.

Perte de chance, 61.

Perturbations :

- comportementales, 73.
- exogènes, 75.
- structurelles, 73.

Pige, 393 et s.

Plaider coupable, 97. V. aussi *Transaction*.

Plan de sauvegarde, 210.

Pouvoir :

- de perquisition, 272.
- de règlement des différends, 149.
- de saisie, 272.
- de sanction, 149.

– d'injonction, 149.

Pre-clearing, 341 et s. V. aussi *Contrôle a priori des spots publicitaires*.

Prêt participatif, 301.

Préjudice, 47.

Prévention des risques, 11 et s.

Principe :

- d'anticipation, 162 et s.
- d'égalité, 43, 44. V. aussi *Principe de non-concurrence*.
- de la négligence contributive, 20.
- de la publicité de la composition, 430 et s.
- de la reconnaissance de culpabilité, 416.
- de liberté du commerce et de l'industrie, 43, 71, 126, 283.
- de non-concurrence, 43. V. aussi *Principe d'égalité*.
- de non-responsabilité du créancier, 178.
- de précaution, 165 et s.
- de proportionnalité des sanctions, 153. V. aussi *Montant de la sanction*.
- de transparence, 430 et s.
- d'indépendance, 125, 126 et s.
- général de non-responsabilité du banquier, 191.
- pollueur-payeur, 2, 165.

Procédure :

- contradictoire, 98, 298. V. aussi *Droit de la défense*.
- d'alerte des salariés, 102. V. aussi *Whistle-blowing*.
- de clémence, 97.
- de dénonciation, 102.
- d'homologation, 434 et s.
- de médiation informelle, 355.

Procès équitable, 406. V. aussi *Cour européenne des droits de l'homme, Droits de la défense*.

Produits spéculatifs, 187.

Programming, 328.

Publicité des sanctions, 360 et s.

Q.

Quantum des sanctions, 405, 407.

R.

Rapport d'inspection, 297 et s.

Rapport sur la corégulation dans les médias, 395. V. aussi *Hans Bredow Institute*.

Recapitalisation, 300.

Recherche de l'optimum, 9 et s.

Recommandations, 352. V. aussi *Déontologie, Codes de conduite*.

Reddition des comptes, 169 et s. V. aussi *Rendre des comptes, Accountability*.

Redressement judiciaire, 195, 210, 287 et s.

Réduction de sanction, 97.

Règle :

- permissive, 4 et s.
- restrictive, 4 et s.

Régulateur indépendant, 33. V. aussi *Indépendance du régulateur*.

Régulation, 33, 116 et s.

- des risques, 11 et s.
- des tarifs, 440 et s.
- *ex ante*, 37. V. aussi *Ex ante*.
- *ex post*, 37. V. aussi *Ex post*.

Règlement du litige, 33.

Rendre des comptes, 124. V. aussi *Reddition des comptes, Accountability*.

Remord, 136.

Rente, 73.

Responsabilité :

- de l'autorité de contrôle, 54 et s. V. aussi *Responsabilité du régulateur*.
- de l'État, 242 et s.
- des opérateurs, 150 et s.
- disciplinaire, 145.
- du fait des produits défectueux, 18.
- du producteur, 18.
- du régulateur, 52 et s., V. aussi *Responsabilité de l'autorité de contrôle*.
- morale, 136.
- pour faute, 14 et s., 40, 57 et s.
- sans faute, 14 et s., 39.

Restatments, 143.

Révélation de l'information, 84.

Risques :

- environnementaux, 17, 27.
- technologiques, 27.

Rôle consultatif, 348. V. aussi *Bureau de vérification de la publicité*.

Rôle de la responsabilité civile, 34 et s.
Rupture abusive de crédit d'exploitation, 188.

S.

Sanction disciplinaire, 240, 302.
Scène publique, 326.
Secteurs régulés 126.
Securities and Exchange Commission (SEC), 407.
Sentencing guide lines (réglementation bancaire), 219.
Sociétés *offshore*, 285.
Soft law, 171, 371.
Soutien abusif, 189 et s., 227.
Stake-holders, 371.
Standard du traitement juste et équitable, 454 et s.
Stiching Reclame Code (SRC), 370.
Summa divisio, 117.
Sûretés, 202 et s.
Surrendettement, 186, 223.
Sursis à exécution, 431.
Système cognitif, 120.
Système de plainte, 445.
Système international de protection des investissements, 484 et s.

T.

Taux de couverture, 202, 230.
Téléologique, 173.
Théorème de Coase, 2 et s.V. aussi *Transaction coopérative*.
Théorème de Hobbes, 9 et s.
Théorème de la main invisible, 71. V. aussi *Laisser-faire*.

Théorie :

- de la causalité adéquate, 46, 61, 279.
- de l'apparence, 211.
- de l'économie de l'information, 87.
- économique des accidents, 2 et s.

Traitement juste et équitable, 439 et s.

Traites de complaisance, 193. V. aussi *Fraude*, *Fausse factures*.

Transaction coopérative, 10. V. aussi *Théorème de Coase*.

Transactions, 97 et s., 404 et s. V. aussi *Plaider coupable*.

Transfert de responsabilité, 24 et s., 103 et s.

Tutelle de l'État, 247 et s.

U.

Umbrella clause (art. II(2) du BIT), 458 et s.

United Banking Corporation (UBC), 242.

US Producer Price Index (PPI), 442 et s.

W.

Whistleblowing, 102. V. aussi *Procédure d'alerte des salariés*.

Without admitting nor denying (système), 416.

Z.

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (WBZ), 333.