

*Les décisions des juges et des régulateurs
favorisent-elles la compétitivité des
entreprises françaises*

In La compétitivité de la règle de droit

Colloque annuel de l'Association Droit & Affaires, 22 novembre 2013

(Texte intégral disponible sur www.mafr.fr)

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

Plan

INTRODUCTION

I. LA NECESSITE DE LIMITER LA DISCRETION DES JUGES ET DES REGULATEURS PAR LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS

Introduction

- Exigences formulées sur les décisions des juges et des régulateurs, mais qui ne leur sont pas propre : prévisibilité, simplicité, sécurité.
- Caractère artificiel de la distinction entre procédure et décisions prises par un juge ou un régulateur agissant *ex post*.
- Approche du sujet à travers les théories économiques davantage que juridiques.

I. LA NECESSITE DE LIMITER LA DISCRETION DES JUGES ET DES REGULATEURS PAR LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE

1. La question de l'*ex ante* et de l'*ex post*

- Tentation de valoriser la sécurité de l'*ex ante* des Autorités Administratives Indépendantes (AAI) « à la française » contre l'*ex post* incertain des juges omniprésents dans les pays de *Common Law*.
- Mais l'économie fonctionne sur de l'*ex ante* cognitif : importance de la motivation.
- Nécessité d'une motivation pour l'avenir, qui limite le juge particulier et le régulateur particulier.

= Emission d'une doctrine

I. LA NECESSITE DE LIMITER LA DISCRETION DES JUGES ET DES REGULATEURS PAR LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE (suite)

2. Définition de la jurisprudence « dont les entreprises ont besoin »

- Les économistes demandent aux administrations, aux régulateurs d'avoir une « jurisprudence ».
- Une jurisprudence n'est pas une accumulation des décisions des juges.
- La jurisprudence, c'est un corps de doctrine d'une institution qui contraint celle-ci pour l'avenir.

I. LA NECESSITE DE LIMITER LA DISCRETION DES JUGES ET DES REGULATEURS PAR LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE (suite)

2. Définition de la jurisprudence « dont les entreprises ont besoin »

- Conception très classique : Carbonnier « la jurisprudence est une autorité ». Il ne distingue pas la doctrine et la jurisprudence.
- Guy Canivet a fait en sorte que la Cour de cassation développe pareillement une puissance doctrinale. Il est le juge « idéal » des marchés.
- Définition que la Cour suprême des Etats-Unis a d'elle-même.

Définition de la jurisprudence = Emission d'une doctrine

I. LA NECESSITE DE LIMITER LA DISCRETION DES JUGES ET DES REGULATEURS PAR LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE (suite)

3. La question de l'autosuffisance ou non de cette fiabilité doctrinale

- Aux Etat-Unis, conflits doctrinaux violents au sein de la Cour suprême : *Scalia Versus* Breyer, mais méthode doctrinale (opinion dissidente).
- En France, proposition de Jean Tirole d'éliminer le contentieux du licenciement en échange et substitution d'un système de paiement d'une taxe par l'entreprise qui licencie.
- Critique de la proposition pour « ultralibéralisme » et souci exclusif de la puissance d'embauche des entreprises.

I. LA NECESSITE DE LIMITER LA DISCRETION DES JUGES ET DES REGULATEURS PAR LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE (suite)

3. La question de l'autosuffisance ou non de cette fiabilité doctrinale

- Mais la taxe peut être très élevée et financer *Pôle Emploi*.
- Enjeu : soustraction à l'aléa juridictionnel des Conseils des Prud'hommes.
- L'essentiel est qu'une entreprise puisse calculer ses coûts.
- Or, problème dans le Conseil des Prud'hommes, mais la chambre sociale était « dogmatique ».
- Ainsi, jurisprudence fiable, même si elle est hostile.

Conclusion de la première partie

Les entreprises doivent pouvoir tabler sur des « jurisprudences » telles que les économistes l'entendent, c'est-à-dire des doctrines stables, qui émanent des décisions particulières des juges, des régulateurs et des administrations, encadrant et restreignant leur marge de discrétion à l'avenir.

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS

1. Analyse de l'arrêt de chambre mixte du 13 mai 2013, *Bar le Paris c/ Sté Siemens Lease*

- Deux contrats : contrat de location de matériel plus contrat de leasing.
- Non-fonctionnement du matériel plus refus de payer le leasing.
- Stipulation d'indépendance du contrat de partenariat et du contrat de leasing.
- Cour d'appel de Paris 6 avril 2011 : déclaration d'indivisibilité des deux contrats.

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS

1. Analyse de l'arrêt de chambre mixte du 13 mai 2013, *Bar le Paris c/ Sté Siemens Lease* (suite)

- Pourvoi « hormis le cas où la loi le prévoit, il n'existe d'indivisibilité entre deux contrats juridiquement distinct que si les deux parties contractantes l'ont stipulé »
- Rejet du pourvoi : « Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; ... sont réputées non-écrites les clause des contrats inconciliables avec cette interdépendance. »

= porosité du double juridique par rapport à l'opération économique
= les opérateurs doivent savoir ce qu'ils font avant de savoir ce qu'ils écrivent

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

2. Analyse de l'arrêt de la première chambre civile du 10 juillet 2013, *Madame X*

- Injection du vaccin contre l'Hépatite B puis apparition de sclérose en plaque
- Arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 5 avril 2012 : fait générateur et liens de causalités prouvés mais rejet de la demande d'indemnisation.
- Justification : beaucoup de vies sauvées contre peu de risque de maladie. Pourvoi.
- Cassation pour manque de base légale : interdiction pour un juge de faire une appréciation générale du coût/bénéfice.

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

2. Analyse de l'arrêt de la première chambre civile du 10 juillet 2013, *Madame X*

= rejet formel de l'analyse économique du droit

= désincitation à la recherche

= accroissement de la mutualisation des risques (augmentation des primes d'assurance des laboratoires)

= enjeu de jurisprudence : cohérence avec la doctrine de propriété intellectuelle si elle-même est conçue comme une doctrine d'incitation à la recherche scientifique

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

3. Analyse de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2013, *Sté Colruyt France et Etab. FR Colruyt*

- L'autorité de la Concurrence s'autosaisit d'office le 6 mai 2011 pour ouvrir une procédure de sanction contre une société qui n'a pas sollicité son accord pour une opération de concentration
- L'entreprise sanctionnée pécuniairement saisit le Conseil d'Etat, estimant que le droit d'autosaisine est contraire au principe d'impartialité d'une part, et que d'autre part, de fait, en matière de concentration, l'ADLC aurait la faculté de choisir librement les parties à la concentration sur laquelle pèse l'obligation de notification : ainsi, elle choisit librement qui elle sanctionnera si la notification n'est pas faite. Or, cela est contraire au principe de l'égalité des délits et des peines.

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

3. Analyse de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2013, *Sté Colruyt France et Etab. FR Colruyt (suite)*

- Rejet de la requête.
- « le principe de l'égalité des délits et des peines, lorsqu'il est appliqué à des sanctions qui n'ont pas le caractère de sanctions pénales, ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles sont soumises une personne en raison de l'activité qu'elle exercer, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève ; ... cette notification incombe aux personnes qui acquièrent le contrôle ... ; ... le contrôle découle des droits, contrat ou autre moyen qui confère la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ; ... le contrôle pour être direct ou indirect. »

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

3. Analyse de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2013, *Sté Colruyt France et Etab. FR Colruyt (suite)*

= Très grande marge de discrétion du régulateur

+ pouvoir de sanction

+ droit d'autosaisine

+ admission du cumul du droit d'autosaisine et du pouvoir de sanction

= impossibilité très souvent pour l'entreprise de calculer son risque juridique

= arrêt à première vue critiquable

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

4. Analyse de la décision du 7 novembre 2013, Commission des Sanctions de l'AMF, *Chevallier et Shedlock*

- Deux personnes averties tiennent deux blogs où ils abordent des questions financières.
- Le 3 août 2011, ma Société générale publie ses comptes et détaille sa structure financière, notamment au regard des normes de Bâle III

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

4. Analyse de la décision du 7 novembre 2013, Commission des Sanctions de l'AMF, *Chevallier et Shedlock* (suite)

- Le jour même, le blogueur publie un article intitulé « Les mécanos de la Générale » et écrit que le « montant des capitaux propres publiés par les mécanos de la Générale ne correspond pas à la réalité ». Il conclut que pour respecter Bâle III, il faudrait augmenter les capitaux propres de 90 milliards. Durant le mois d'août, des rumeurs circulent sur la faillite de la Société Générale. Le cours de bourse baisse de 30%. Le 10 août, en une seule séance, il perd 20%. Le 11 août, l'AMF interdit toute prise de position sur le titre. Le 14 août, le blogueur publie un article en anglais réaffirmant ses propos. Son article de blog est relayé par de nombreux autres blogs.
- Le Secrétaire générale de l'AMF ouvre une enquête sur le titre

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

4. Analyse de la décision du 7 novembre 2013, Commission des Sanctions de l'AMF, *Chevallier et Shedlock* (suite)

- Plus tard, des griefs sont notifiés aux deux bloggeurs pour diffusion d'informations inexactes ou trompeuses sur le marché.
- Condamnation des deux bloggeurs par la Commission des Sanctions.
- La Commission insiste sur le fait que les deux bloggeurs se présentent sur leur site Internet comme des experts de la finance et se réclament de leur professionnalisme.

II. ADEQUATION DES DECISIONS DES JUGES ET DES REGULATEURS FRANCAIS AUX ENTRPRISES, ANALYSEES AU CAS PAR CAS (suite)

4. Analyse de la décision du 7 novembre 2013, Commission des Sanctions de l'AMF, *Chevallier et Shedlock* (suite)

= Le régulateur est en prise directe avec l'espace où sont émis les opinions crédibles et influentes

= Internet n'est pas un espace de non-droit

= publication de la décision et de la communication de presse

= punition par atteinte de la crédibilité des auteurs