

Le droit et la Justice aujourd'hui. Et demain ?

Le juge, le régulateur et le Droit



Par Marie-Anne Frison-Roche¹
Professeur de droit à Sciences po (Paris)

Et si dans un nouveau monde sans frontière et par ce nouveau souci d'autrui imposé ou revendiqué par les organisations puissantes, le Droit comme protection de la personne existait de nouveau ?

Vint en premier le « Régulateur » : sur injonction du juge mais aussi pour créer un rapport de confiance entre l'État et ceux qui l'observent. L'État français institua des Régulateurs non seulement par souci de bonne gestion, pour que cet organe administratif soit plus proche du secteur économique concerné (mécanisme de l'« agence »), mais encore, voire surtout, parce que l'État a choisi de conserver le contrôle d'une entreprise (entreprise publique) sur un secteur qui s'ouvrait à la concurrence tandis qu'il voulait continuer d'exprimer l'intérêt général à travers le pouvoir de régulation du secteur. Ce conflit structurel d'intérêts impliquait juridiquement la création d'une Autorité administrative indépendante (AAI).

En cela, l'indépendance, laquelle n'est que la condition de l'impartialité, n'est pas seulement un atout procédural des Régulateurs, c'est la condition même de leur existence : créés par la loi et marque de la puissance publique, ils ne peuvent constitutionnellement qu'être en distance du gouvernement, parce qu'ils sont nés de l'exigence du non-cumul « Régulateur/Opérateur ». C'est pourquoi ils ne devraient pas pouvoir élaborer de « politique », laquelle ne devrait être conçue que par le législatif et l'exécutif.

Le premier mouvement fut donc, corrélativement à la libéralisation de secteurs régulés, la menace subie par l'État français de condamnations par les juridictions européennes pour abus de position sur ceux-ci, celui de l'électricité, par exemple via la position qu'y occupe EDF, amenant l'État à accepter la création d'un Régulateur de l'énergie afin de conserver la maîtrise publique de l'opérateur de service public.

L'évolution a conduit à concevoir plus largement le conflit d'intérêt, notion certes motrice mais notion « négative » et qui n'est pas première. En effet, la Cob fut créée dès 1967 et sans contexte de libéralisation. Il s'agit plutôt d'instaurer un « rapport de confiance », perspective positive adoptée par les Britanniques : dans une stratégie de confiance, l'État allant au-delà

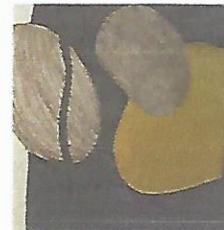
d'une bonne gestion par agence captant mieux les informations et sans souci d'extension du principe de concurrence, élabore un lien de confiance structurelle avec ceux qui l'observent : entreprises, consommateurs, opinion publique, etc. (les parties prenantes). Cela est particulièrement pertinent en matière bancaire et financière et c'est aujourd'hui l'enjeu du numérique.

Pour cela, il faut que l'État donne à voir à la fois son « engagement impartial », ligne de crête sur laquelle les Régulateurs ont réussi à danser, attirant la confiance des parties prenantes mieux que ne le font les gouvernements et les politiques. Cet exercice est vital par exemple pour les Banques centrales qui sont des Régulateurs. Mais si les Régulateurs ont réussi à créer un rapport de confiance en justifiant le crédit qui leur est fait, c'est précisément parce que les Juges les y ont contraints : en les obligeant à se comporter comme des tribunaux.

Le « Régulateur » est assimilé de jure à un juge

Alors même que la Commission européenne et des directives n'obligeaient l'État français qu'à créer des Régulateurs indépendants dans les secteurs nouvellement ouverts à la concurrence, les lois successives de transposition choisirent systématiquement la forme institutionnelle de l'Autorité administrative indépendante (AAI) et élaborèrent un droit administratif répressif comme outil désormais naturel de la Régulation, préférant délaissier les tribunaux de droit commun et les droits ordinaires.

L'idée de l'administration comme bras de l'État pour agir, même sous forme indépendante, a donc prévalu sur deux autres idées, celle du juge, pourtant expression première de l'indépendance, et celle du juge judiciaire comme juge naturel de l'activité économique. Cela est moins net aux États-Unis où les tribunaux conservent l'apanage sur ces matières, notamment le droit de la concurrence. Dans ce siècle qui court aujourd'hui partout dans le droit économique français d'AAI, le second A est central : c'est



encore et toujours l'Administration qui parle, même lorsqu'elle sanctionne.

Mais c'est le juge judiciaire français qui, par une saga débutant en 1999 à propos de la Cob, affirma que les autorités de régulation sont des juridictions, qualification découlant de leurs activités, lorsqu'elles « sanctionnent » puisqu'elles sont alors en « matière pénale » ou lorsqu'elles tranchent des différends qui ont des incidences sur les droits et sur les patrimoines (« matière civile »). En conséquence, le Régulateur doit donner à voir son impartialité. Cette qualification des Régulateurs qui sont comme des Juges lorsqu'ils exercent les mêmes pouvoirs que ceux-ci leur est imposée désormais par toutes les juridictions : la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel, la CEDH, etc... C'est donc sur le modèle du Juge que le Régulateur ajuste son comportement. Ainsi l'État n'a conservé son pouvoir de Régulation qu'à la condition de revêtir la tunique de Nessus du Juge. Mais celui qui en est revêtu sur ordre du Juge n'en est pas forcément satisfait.

Mésentente et bonne entente entre Juge, Régulateur et Droit

Cette évolution ne s'est pas faite facilement. Tout d'abord parce que le Juge s'est imposé comme modèle à coup d'annulation de procédure, ce qui est une façon peu aimable de faire, les contentieux montant à chaque fois d'un cran. Dans un dialogue souvent crispé, les Régulateurs ont reçu le plus souvent l'appui du gouvernement pour développer de solides raisons de rejeter ce qui est parfois présenté comme un « handicap », c'est-à-dire la part du Droit dans une Régulation dont l'efficacité devrait être le seul souci : par exemple, à quoi bon passer du droit pénal au droit administratif si c'est pour retrouver tout le poids procédural du premier, alors que la rapidité est requise en matière de régulation ? Ainsi, c'est souvent devant le Conseil constitutionnel que les épées se sont croisées, par exemple dans le cas *EADS*, où le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 mars 2015 imposa à la France de faire respecter par l'Autorité des marchés financiers la règle *Non bis in Idem*. Car, à ce jeu, le juge gagne, puisque c'est devant lui que les recours contre les décisions prises par les Régulateurs sont portés. Certes, les AAI peuvent suggérer au gouvernement de modifier les textes pour briser une jurisprudence. Les Régulateurs comptent aussi sur notre fameuse dualité des ordres de juridictions, pour être mieux compris par l'un ou par l'autre.

Mais ce sont davantage des anicroches qu'une mésestimation profonde. Sans doute en matière de droit applicable aux secteurs régulés et aux marchés concurrentiels, c'est davantage la tension entre ces deux ordres que sont le droit et l'économie qui transparait. En effet, même en matière économique le Droit conserve sa logique propre et le juge en est le gardien. C'est pourquoi une conception trop radicale de l'analyse économique du droit tendant à faire prévaloir sans partage une logique d'action publique sans considération pour la logique juridique est inadéquate même dans ce droit économique que l'on pourrait dire « dur » que sont le droit de la concurrence et le droit de la régulation (transport, télécommunication, poste, énergie, banque, finance, assurance, etc.). Dans ces branches du Droit, qui correspondent à autant de secteurs sur lesquels l'État a prise, et à autant de soucis (propriété intellectuelle, numérique, etc.), l'opposition entre le droit et l'économie laquelle vise à imposer des principes d'efficacité comme alpha et oméga, est perceptible. Or, le Droit ne peut se réfugier dans la seule défense des principes de procédure. Sont aussi directement en cause le droit des biens, le droit des sociétés ou le droit des contrats, notions que le juge manie depuis toujours mais qui sont aujourd'hui transformées par les Régulateurs. Qui doit avoir le dernier mot ? La question est aujourd'hui ouverte.

La réconciliation entre l'État, le juge et le droit par l'Europe

L'Europe est une construction juridique. Elle est en perpétuelle construction. Les Régulateurs y ont un rôle fondateur, y compris la Commission européenne qui utilise son pouvoir de sanction pour bâtir l'espace commun. Les trois Autorités, ESMA - EBA - EIOPA, nées de la crise financière par trois règlements de 2013, tissent le maillage bancaire et financier. La BCE active une politique monétaire qui jouxte l'économie. La jurisprudence de la Cour de Justice a fixé les limites des pouvoirs de la BCE en matière de dettes souveraines et contrôle le pouvoir de contrôle de celle-ci ex ante et ex post dans la supervision des banques. En cela, le système institutionnel européen a changé pour tendre vers un mécanisme de *Check & Balance* entre la BCE et les institutions politiques, dont la CJUE tient le fléau.

Lorsque les économistes ne voient de salut que dans le *Common Law* (et la langue anglaise), peut-être est-ce aussi par absence de considération pour la solidité de cette

construction qui s'opère sous nos yeux, qui s'invente et qui n'emprunte pas. L'Europe peut d'autant plus construire cela qu'elle est en train de s'unifier, et cela grâce aux Juges. En effet, au-delà des « dialogues », de la « souplesse » vantée mais parfois peu fiable et du discours très coûteux, il ne convient plus d'opposer les 2 Europes : l'une qui serait l'Europe de l'économie et des finances (l'Union européenne) et l'autre qui serait l'Europe des êtres humains (le Conseil de l'Europe).

En effet, non seulement la CJUE et la CEDH ont rapproché leurs jurisprudences, mais il va devenir possible pour les tribunaux français de demander à la CEDH un avis comme ils posent une question préjudicielle à la CJUE, mais c'est bien celle-ci qui a conçu la jurisprudence de 2014 *Google Spain* et le « droit à l'oubli », point-clé du règlement de protection des données transposé en 2018. En effet, le Juge est par essence le protecteur des personnes, le Juge de l'Union, devant lequel convergent les Régulateurs, l'est tout autant que les autres juges. Sa conception d'un système économique dont la personne doit être le centre rayonne au-delà de l'Europe. Par le droit de la compliance, le droit transforme les entreprises en juges pour mieux atteindre les « buts monumentaux » fixés par les Régulateurs

Enfin, la globalisation a souvent incité les observateurs à présenter un nouveau paysage dont les États et le Droit seraient effacés. Seuls quelques juges privés, les heureux arbitres internationaux, y survivraient. C'est faux. Est en train de naître le droit de la compliance. Par cette branche nouvelle du Droit, les États formulent des prétentions que l'on pourrait dire « monumentales » : la fin de la corruption, le sauvetage de la planète face à la pollution, l'élimination du travail des enfants, la lutte efficace contre le terrorisme international, etc. Pour atteindre ces fins, des dispositifs nouveaux permettent à des Régulateurs d'enjoindre à des entreprises globales de se structurer pour prévenir de tels fléaux, pour combler de telles espérances, en interne et en externe, sans aucune considération de frontière, à leur frais, faute de quoi des amendes astronomiques sont prononcées. Des lanceurs d'alertes sont récompensés, l'entreprise devenant son propre dénonciateur, son propre juge, son propre bourreau, celui de ceux dont elle doit répondre. ■

1 - Cet article prend appui sur un document de travail bilingue et doté de références techniques et renvois de liens hypertextes. Il est accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/le-juge-le-regulateur-et-le-droit-in-la-justice-de>