

RIDAI

LA REVUE DE L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES



Notamment dans ce numéro

Arbitrage

- *La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ?*, par Didier FERRIER, page 19

Droits de l'Homme

- *Les migrants clandestins par voie maritime ont aussi des droits : focus sur l'affaire HIRSI et JAMAA c. Italie (CEDH, 23 février 2012)*, par Arnaud MONTAS, page 37

Entretien

Avec le Professeur Raafat FOUDA, page 45

Comité scientifique de la RIDAI

Stéphane BRENA

Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier II
Directeur de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Rafat FOUDA

Professeur de droit public à l'Université du Caire
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire

Philippe NEAU-LEDUC

Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Doyen de la Faculté de droit des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Coordinateur de l'IDAI
Président du Conseil National des Universités

Les propositions de contribution peuvent être expédiées à l'attention de Melle Alaa Abdel Hafiz à l'adresse suivante : alaa.abd-el-hafiz@univ-paris1.fr

Les contributions sont en principe d'un volume maximal de 30.000 caractères.

La Revue de l'Institut de droit des affaires internationales peut être citée de la manière suivante :
RIDAI n°1, mai 2014, p. 1

Editorial - Faire-part de naissance

Philippe NEAU-LEDUC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, coordinateur du programme de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Doyen de la faculté de droit des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président du Conseil National des Universités

Stéphane BRENA, Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier II, directeur de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Revue : publication périodique spécialisée dans un domaine donné.

C'est une publication semestrielle à caractère juridique que nous avons le plaisir et l'honneur de lancer avec ce premier numéro de la *Revue de l'Institut de droit des affaires internationales (RIDAI)*.

L'IDAI est un institut universitaire de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, accueillie par l'Université du Caire et qui, avec le soutien de l'Ambassade de France en République Arabe d'Egypte et de l'Institut Français d'Egypte, offre, depuis 25 ans, à des étudiants francophones –Égyptiens mais aussi de tous autres horizons- la formidable opportunité d'obtenir au Caire la licence en droit et le master en droit international et européen des affaires de l'Université Paris 1 (cinq années d'études) ainsi que la licence en droit de l'Université du Caire (quatre années d'études). Grâce à ses partenaires, à son équipe de direction, aux enseignants-chercheurs et professionnels qui y interviennent (dont une cinquantaine chaque année en provenance de France), l'IDAI a su évoluer, traverser bien des épreuves et démontrer son ancrage dans le paysage –juridique et judiciaire, universitaire et professionnel- non seulement égyptien, mais aussi français et d'Afrique francophone.

L'IDAI tourne aujourd'hui à plein régime sur le terrain de la formation de ses étudiants. Au plan de la recherche, l'IDAI enregistre également de belles réussites : nombreux docteurs de l'Université française ayant effectué tout ou partie de leur cursus à l'IDAI (dont 12 thèses soutenues à la seule Université Montpellier I sous la direction du professeur Didier Ferrier et plusieurs thèses en cours, notamment sous la direction du Professeur Philippe Neau-Leduc) ; présence permanente de deux doctorants ATER de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ; nombreux mémoires de master 2 réalisés ; organisation de conférences (13 déjà pour l'année universitaire 2013/2014) ; participation à des colloques et conférences... Manquait à l'IDAI cette publication périodique permettant de diffuser et de faire partager, sur un plan académique, *l'esprit* qui anime cette institution unique.

Aussi cette Revue se veut-elle, d'une part, accueillante. Accueillante, d'abord, au plan disciplinaire : toutes les matières juridiques –voire au delà- ont vocation à y être abordées, au gré des propositions faites à ou par les contributeurs à la Revue. C'est la raison pour laquelle celle-ci est principalement divisée en cinq rubriques thématiques : Sources, Civil, Affaires, Pénal et Public. Accueillante, ensuite, à tout type de contributions, identifiées, au sein de chaque rubrique thématique, par « Législation » (commentaire de texte normatif), « Jurisprudence » (commentaire de décision de justice), « Doctrine » (expression d'une opinion sur un sujet déterminé) et « En bref » (informations traitées de manière plus superficielle). Sera ajouté, en fin de numéro, un (ou plusieurs) entretien avec une personnalité marquante. Accueillante, enfin, à tout contributeur : universitaires et professionnels de toutes provenances, doctorants, étudiants souhaitant participer au rayonnement scientifique de l'IDAI. Les langues de travail pourront être le français, mais aussi l'arabe ou l'anglais. C'est d'ailleurs ici l'occasion de remercier chaleureusement les contributeurs à ce premier numéro, d'autant plus que leur participation est totalement bénévole et que la Revue sera distribuée gratuitement –principalement par voie électronique (notamment en libre accès sur le site de l'IDAI) mais aussi par l'édition, à titre complémentaire, d'exemplaires papier disponibles auprès de l'IDAI et de ses partenaires (Université du Caire, Université Paris 1, Institut Français d'Egypte...).

La Revue se veut néanmoins et d'autre part, rigoureuse, tant sur la forme que sur le fond. C'est pour cette raison qu'un comité scientifique procède systématiquement à la sélection et à la relecture des contributions proposées.

C'est donc accueillante et rigoureuse que naît la *Revue de l'Institut de Droit des Affaires Internationales*. Nous mettrons tout en œuvre pour que ces qualités perdurent et que bien d'autres lui soient attachées.

Paris – Le Caire – le 15 mai 2014

RIDAI n°1, mai 2014

Sommaire

Edito, par Philippe NEAU-LEDUC et Stéphane BRENA – Page 1

Sommaire – Page 3

CIVIL

Jurisprudence : *Le maintien de la distinction entre le titre et la finance sous le régime légal pour l'acquisition d'un fonds de commerce*, par ALAA ABD EL HAFIZ – Page 5

Doctrines : *Un point – d'interrogation – sur la minimisation du préjudice en droit français de la responsabilité civile*, par Stéphane BRENA – Page 8

AFFAIRES

Législation : *L'action de groupe à la française*, par Anne-Cécile MARTIN – Page 14

Doctrines : *Le gérant majoritaire de SARL : une notion protéiforme*, par Laure NURIT-PONTIER – Page 16

Doctrines : *La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ?*, par Didier FERRIER – Page 19

Doctrines : *Les clés d'un secteur bancaire vertueux*, par Pierre GARELLO et Antoine GENTIER – Page 25

PENAL

Doctrines : *Le procureur de la République, clé de voûte de la procédure pénale ?*, par Frédéric DEBOVE – Page 32

PUBLIC

Jurisprudence : *Les migrants clandestins par voie maritime ont aussi des droits : focus sur l'affaire Hirsi et Jamaa c. Italie (CEDH, 23 févr. 2012)*, par Arnaud MONTAS – Page 37

Jurisprudence : *La consécration du contrôle de proportionnalité sur le choix de la sanction infligée à un agent public*, par Jérôme MICHEL – Page 41

ENTRETIEN avec le Professeur Raafat FOUDA – Page 45

Le maintien de la distinction entre le titre et la finance sous le régime légal pour l'acquisition d'un fonds de commerce



Alaa ABD EL HAFIZ

*ATER Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
IDAI – Le Caire*

Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-28.076, publié au bulletin

« Attendu qu'après avoir, par motifs adoptés, relevé qu'à la date de l'obtention de l'autorisation préfectorale de création de l'officine de pharmacie, la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce, n'existait que de manière potentielle, et retenu, à bon droit, que seule l'ouverture au public entraînait la création d'une clientèle réelle et certaine, la cour d'appel a constaté que l'officine créée par Mme X... avait été ouverte le 29 mai 1961, postérieurement au mariage des époux, le 28 avril 1961 ; qu'elle en a exactement déduit, hors toute dénaturation, que la valeur de cette officine devait être réintégrée dans l'actif de la communauté ».

La détermination de l'actif communautaire constitue le principal enjeu au stade de la dissolution du régime matrimonial dans la mesure où il a vocation à être partagé par moitié entre les époux ou transféré aux héritiers. Néanmoins, si l'actif communautaire est constitué par tous les acquêts des époux et provenant de leur industrie ou des revenus de leurs propres (article 1401 du Code civil), la valeur générée par des professions soumises à réglementation pose parfois des difficultés quant à sa qualification d'autant plus lorsqu'est en jeu l'acquisition d'un fonds de commerce.

C'est précisément ce qu'illustre la première chambre civile dans son arrêt en date du 4 décembre 2013 à l'occasion d'un litige opposant l'administration fiscale à une veuve quant à l'intégration de la valeur d'un fonds de commerce de pharmacie dans l'actif communautaire.

En effet, une épouse mariée sous le régime de la communauté légale avait acquis, avant le mariage, un fonds de commerce de pharmacie. Suite au décès de son époux, l'administration fiscale vient à proposer aux héritiers du *de cuius* une rectification quant à la nature de la valeur du fonds de commerce de pharmacie qui était considérée comme un bien propre à l'épouse et non un acquêt de communauté.

S'ensuit un litige qui conduira la cour d'appel de Rennes dans son arrêt en date du 2 octobre 2012 à reconnaître la nature commune de la valeur du fonds de commerce de pharmacie. Contestant une telle qualification qui débouche sur le prononcé de pénalités fiscales, l'épouse va former un pourvoi en cassation en revendiquant la nature propre de la valeur du fonds de commerce de pharmacie, ce dernier ayant été acquis avant la célébration du mariage.

Néanmoins, la Cour de cassation va retenir une qualification opposée : celle d'acquêt de communauté au motif que l'élément essentiel du fonds de commerce qu'est

la clientèle n'existait que « *de manière potentielle* » au moment de son acquisition. Or l'existence « *réelle et certaine* » de la clientèle n'a été constatée qu'au moment de l'ouverture du fonds de commerce qui est intervenue le 29 mai 1961 soit un mois après la célébration du mariage intervenue le 28 avril 1961.

La clientèle comme élément essentiel du fonds de commerce

Du point de vue du droit commercial, la Haute juridiction ne fait que conforter sa position traditionnelle en rappelant le caractère essentiel de la clientèle qui conditionne alors l'existence du fonds de commerce¹ en ce qu'elle garantit sa valeur patrimoniale². Une telle exigence suppose que la clientèle soit effective et non hypothétique³.

Toutefois, alors que la Cour de cassation semblait dissocier l'effectivité de la clientèle de la date d'ouverture du fonds de commerce, une clientèle pouvant même être préexistante dès lors qu'elle est réelle et certaine, elle subordonne, en l'espèce, la réalité de la clientèle à l'ouverture du fonds de commerce de pharmacie en énonçant que « *seule l'ouverture au public entraînait la création d'une clientèle réelle et certaine* »⁴.

De telles affirmations prônent en réalité une certaine logique pour le moins justifiée par les circonstances d'espèce, car si la chambre commerciale fait abstraction de la date d'ouverture au public d'un fonds de commerce de station-service pour apprécier l'effectivité de la clientèle, c'est notamment en raison du fait que la clientèle était itinérante. Autrement dit, la clientèle était mouvante, même avant l'ouverture du fonds, et empruntait de ce fait les axes autoroutiers. Or une station-service s'adresse nécessairement aux automobilistes de sorte que la clientèle était belle et bien réelle en raison de la fréquentation de l'axe autoroutier comportant la situation de la station-service. *A contrario*, il a été constaté que même si le fonds a été ouvert dans une commune dépourvue de pharmacie, la clientèle ne peut être réelle que par la fréquentation de la pharmacie. Or cette fréquentation n'est possible qu'avec l'ouverture du fonds de commerce et justifiant alors que la

date d'ouverture du fonds ait conditionnée l'effectivité de la clientèle.

La distinction entre le titre et la finance

Ainsi, d'un point de vue matrimonial, l'existence de la clientèle comme garantie de la valeur patrimoniale du fonds est intervenue au cours du mariage. Or la valeur du fonds constitue une acquisition provenant de l'industrie personnelle de l'épouse de sorte qu'elle constitue un acquêt de communauté au sens de l'article 1401 du Code civil. En bref, même si l'épouse se prévaut de la nature propre du fonds de commerce en raison d'une acquisition antérieure au mariage, il demeure qu'un fonds de commerce ne peut exister sans la clientèle, l'épouse ayant en réalité acquis avant le mariage les instruments de travail.

Toujours est-il que ce n'est point le bien en soi qui est qualifié d'acquêt, mais bien sa valeur. Sans ambiguïté, la Cour de cassation ne fait que reprendre la distinction entre le titre et la finance face à la nature hybride du fonds de commerce.

A ce titre, si le droit des régimes matrimoniaux tend à distinguer trois masses de biens au sein du régime de la communauté légale réduite aux acquêts à savoir les propres de chaque époux et la masse commune, il est parfois difficile de maintenir une stricte étanchéité entre les trois masses de biens face à la nature qualifiée de mixte de certains biens.

Tel est le cas lorsqu'est en cause un bien dont l'exercice est subordonné à l'obtention d'une autorisation administrative nominative, mais acquis au cours du mariage. Face à l'impossibilité de céder, en cas de décès, un bien quand bien même son acquisition aurait été faite au cours du mariage au sens de l'article 1401 du Code civil dès lors que son fonctionnement dépend d'une autorisation attribuée à titre *intuitu personae*, la jurisprudence est venue remédier à cette situation en instaurant une distinction entre le titre qui demeure un élément propre à son titulaire car incessible, et la finance qui comme simple valeur patrimoniale peut être transmise aux héritiers.

Force est de constater que si l'acquisition du fonds de commerce de pharmacie par l'épouse s'est réellement faite au cours du mariage avec la création de la clientèle, le bien n'aurait pas pu être transmis aux héritiers en l'intégrant dans la masse communautaire dans la mesure où l'exercice de ce fonds est lié à la licence délivrée par les autorités

¹ Soc., 16 avril 1970, pourvoi n° 68-14366, bull. V, n° 260 : « *L'existence d'une clientèle est une condition indispensable de celle d'un fonds de commerce* ».

² Com. 3 février 1970, pourvoi n° 68-10522, bull. IV, n° 42 : Un fonds de commerce ne peut exister lorsque la clientèle « *n'a pas le caractère d'une valeur patrimoniale* ».

³ Civ. 3°, 15 septembre 2010, pourvoi n° 09-68521, bull. III, n° 155 : Le fonds de commerce doit son existence à une « *clientèle actuelle et certaine et non future ou potentielle* ».

⁴ Com. 14 mai 1973, pourvoi n° 72-11940, bull. IV, n° 170.

administratives à l'épouse en sa qualité de pharmacien titulaire d'un doctorat en pharmacie⁵.

D'où la scission opérée entre le titre et la valeur générée par le fonds tout au long du mariage qui doit nécessairement être soumise au partage entre l'épouse et les héritiers du *de cuius*.

La décision est ainsi rigoureuse dans l'appréciation des conditions acquises en matières commerciale et matrimoniale. Si l'épouse ne peut ainsi se prévaloir des démarches administratives et matérielles accomplies antérieurement au mariage pour échapper aux sanctions infligées par le Trésor public, son titre de docteur en pharmacie lui aura permis de conserver son bien, et poursuivre ainsi son activité professionnelle sans avoir à passer par le mécanisme de l'attribution préférentielle.

⁵ R. MESA, « Fonds de commerce de pharmacie et bien de communauté », *Actualité Juridique Dalloz*, 20 décembre 2013.

Un point – d’interrogation – sur la minimisation du préjudice en droit français de la responsabilité civile



Stéphane BRENA

*Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier II
Directeur de l'IDAI*

Affirmer un principe juridique ne suffit pas ; les modalités de sa mise en œuvre demandent, rapidement, à être précisées. Cette exigence peine néanmoins à être satisfaite lorsque le principe nouveau est introduit en droit positif par la jurisprudence, à qui le principe « dispositif »¹ et l'interdiction des arrêts de règlements² font défense de construire, en une ou peu d'interventions en tout cas, un système général.

L'existence d'un devoir de minimisation du préjudice pesant sur la victime qui le subit n'échappe évidemment pas à l'observation.

La question de l'existence d'un tel devoir consiste à se demander si la victime d'un dommage peut se voir reprocher de n'avoir pas fait ce qui était en son pouvoir pour en limiter les conséquences préjudiciables. La question pourrait de prime abord surprendre, pour plusieurs raisons : tendance forte du droit français à rechercher l'indemnisation de la victime ; principe de réparation intégrale du préjudice subi. Cette tendance n'exclut pourtant pas que la faute de la victime puisse être à l'origine d'une limitation de son droit à indemnisation : cette faute est traditionnellement une cause de limitation du droit à indemnisation de la victime, tant dans le domaine extracontractuel que contractuel. La raison en est que la faute de la victime vient atténuer ou rompre le lien de causalité entre le fait générateur *a priori* imputable à un tiers et le dommage : on parle d'ailleurs de faute causale. C'est incontestablement dans cette

perspective que se situe la question du devoir de minimisation du préjudice.

De fait, ce devoir est en train d'effectuer une percée dans le droit français de la responsabilité civile, dans lequel il tend, actuellement, à être affirmé (I). Mais les conditions de cette affirmation imposent que le devoir de minimisation du préjudice soit, dans l'avenir, affiné (II).

I/ Un devoir de minimisation du préjudice affirmé

Le devoir de minimisation du préjudice fait l'objet, dans les textes, d'une affirmation claire mais limitée (A). Aussi la jurisprudence interne a-t-elle été amenée à intervenir là où les textes ne règlent pas cette question (B).

A/ L'affirmation textuelle limitée du devoir de minimisation du préjudice

Les textes de droit positif faisant une place à ce principe ne concernent que les contrats et encore, les contrats internationaux ; pour ce qui est du droit interne, seuls les projets de réforme du droit des obligations prennent en considération ce devoir. Aussi nous faut-il distinguer entre les textes de droit positif (1) et ceux que l'on appellera de droit prospectif (2).

1/ En droit positif

En vérité, un seul texte applicable dans le système juridique français reconnaît expressément le devoir de

¹ Article 4 du Code de procédure civile.

² Article 5 du Code civil.

minimisation du préjudice. Il s'agit de l'article 77 de la Convention de Vienne des nations unies relative à la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (CVIM), applicable entre des parties à un contrat de vente de biens meubles qui ont leur établissement dans des Etats différents et qui prévoit que « *La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée* ». La reconnaissance de ce principe par la CVIM n'est pas surprenant : le devoir de minimisation est reconnu comme un principe de la *lex mercatoria* et, à ce titre, appliqué par les arbitres en matière de contrats internationaux³.

C'est également pour cette raison que le principe de minimisation du préjudice se retrouve dans les œuvres de synthèse des principes généraux du commerce international, textes qui n'ont néanmoins pas de caractère obligatoire.

Tel est le cas, d'une part, des Principes de droit européen des contrats⁴ :

« Article 9:505: Réduction du préjudice

(1) *Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables.*

(2) *Le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice. »*

Tel est d'autre part le cas des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international⁵ :

« ARTICLE 7.4.8

(Atténuation du préjudice)

1) *Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.*

2) *Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice. »*

D'ailleurs, le projet européen de Cadre Commun de Référence s'inscrit résolument dans cette perspective instrumentaire, volontariste, et le devoir de minimisation devrait logiquement s'y retrouver. Mais c'est déjà se poser la question de l'avenir, donc du droit dit prospectif.

2/ En droit prospectif

Plusieurs projets font référence à ce devoir de minimisation du préjudice.

D'une part, l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoit que « *Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique* »⁶. Ce texte s'applique aussi bien à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle (le groupe de travail ayant retenu après quelques hésitations une approche globale de la responsabilité civile⁷). Le Professeur Geneviève Viney s'exprime sur ce texte de la manière suivante : « *On signalera cependant une disposition qui n'est d'ailleurs pas sans rapport avec l'article 1344 qui vient d'être cité. Il s'agit de l'article 1373 qui autorise le juge à réduire l'indemnisation lorsque la victime, par une négligence caractérisée, a laissé un dommage s'aggraver sans réagir ou n'a rien fait pour le réduire.*

La reconnaissance de cette possibilité de modération répond au souci de responsabiliser les victimes. Elle est admise aujourd'hui par la plupart des droits des pays voisins de la France ainsi que par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les Principes du droit européen du contrat préconisent son adoption. On soulignera que, dans le texte proposé, il ne s'agit que d'une possibilité laissée à l'appréciation du juge et que l'exercice de cette faculté est subordonnée à la constatation que la réduction du dommage pouvait être obtenue par des "mesures raisonnables et proportionnées". En outre, il est précisé, on l'a déjà souligné, qu'aucune réduction ne peut être admise lorsque ces mesures seraient de nature à porter atteinte à l'intégrité physique de la victime. Autrement dit, le refus de soins ne peut jamais motiver une diminution de

⁶ Article 1373 nouveau.

⁷ G. Viney, Sous-titre III – de la responsabilité civile (articles 1340 à 1386), Exposé des motifs, pp. 141 et suiv., spéc. p. 142 : « *Fallait-il maintenir la réglementation de la responsabilité contractuelle dans le titre III à la place que lui avaient assignée les rédacteurs du code civil, en limitant l'objet du titre IV à la responsabilité extra-contractuelle ? Etait-il, au contraire, préférable de regrouper l'ensemble sous un titre unique intitulé "De la responsabilité" ? Les membres du groupe, divisés sur ce point, ont laissé ce problème en suspens tant que les solutions n'ont pas été arrêtées sur le fond. C'est seulement après avoir rédigé l'ensemble et constaté que les règles communes aux deux branches de la responsabilité l'emportent très largement, qu'ils ont adopté, à la majorité, le second parti 5. Un chapitre intitulé "Dispositions préliminaires" a été placé en exergue du titre IV afin de régler les relations entre les deux branches de la responsabilité. »*

³ V. F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, coll. Bibliothèque de Droit privé t. 24, LGDJ 1992, p. 183 et suiv.

⁴ *Principes du droit européen des contrats*, commission pour le droit européen des contrats présidée par O. Lando, Société de législation comparée, 2003.

⁵ *Principes d'UNIDROIT 2010*, Institut international pour l'unification du droit privé, art. 7.4.8, p. 287.

l'indemnisation des préjudices résultant d'un dommage corporel »⁸.

D'autre part, le projet Terré de réforme du droit des contrats⁹, en son article 121, prévoit la réduction des dommages-intérêts lorsque le créancier « *n'a point pris les mesures sûres et raisonnables propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice* ». De la même manière, dans son volet applicable au droit de la responsabilité civile¹⁰, le projet affirme, en son article 53, que « *Sauf en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne, le juge pourra réduire les dommages et intérêts lorsque le demandeur n'aura pas pris les mesures sûres et raisonnables propres à limiter son préjudice* »¹¹.

Bien que présentant quelques différences, ces projets ont le mérite de la clarté et de la généralité ; caractères qui tranchent, évidemment avec le silence dont fait preuve l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, mais aussi avec les nuances dont la jurisprudence actuelle est marquée.

B/ L'affirmation jurisprudentielle nuancée du devoir de minimisation du préjudice

Dans un premier temps, la Cour de cassation a affirmé un principe clair : pas de devoir de minimisation du préjudice pesant sur la victime¹². Dans cette affaire, du 19 juin 2003, une commerçante est victime d'un accident de la circulation qui l'empêche d'exploiter son fonds de commerce... qui périlclite donc, la clientèle ayant disparu et le matériel étant devenu obsolète. Néanmoins, les juges du fond refusent de condamner l'auteur de l'accident à indemniser la victime pour la perte du fonds de commerce, en considérant que la victime aurait parfaitement pu le faire exploiter par un tiers (location-gérance). L'arrêt d'appel est cassé au motif que « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* ». Dans une seconde décision du même jour¹³, la Cour de cassation censure, usant du même attendu de principe, la cour d'appel qui avait reproché à la victime de ne pas avoir suivi de thérapie qui aurait permis d'atténuer ses troubles psychiques. Dans ces deux arrêts, la responsabilité encourue était de nature

extra-contractuelle. Si cette position a été maintenue en ce domaine (2), elle a incontestablement été assouplie en matière contractuelle (1).

1/ En matière contractuelle

Suivant l'opinion doctrinale majoritaire et s'inspirant de la solution retenue en droit du commerce international, la Cour de cassation a esquissé une ouverture, intervenue en matière de responsabilité contractuelle. Dans un arrêt du 24 novembre 2011¹⁴, la Cour de cassation admet l'existence de ce devoir mais très prudemment... à tel point que l'on pourrait presque lire l'arrêt à l'opposé de ce qu'il signifie véritablement. Rappelons les faits de l'espèce : un assureur dénie la qualité d'assuré au propriétaire d'un véhicule (tracteur), à la suite d'une ordonnance de non conciliation. Il s'avère que le propriétaire aurait dû continuer à bénéficier de la couverture assurantielle. Le comportement de l'assureur l'a donc privé de la possibilité de se servir de son véhicule : le préjudice est un préjudice de jouissance. La cour d'appel a néanmoins considéré que la victime aurait pu s'adresser à un autre assureur pour empêcher le préjudice de perdurer et donc de s'accroître. Cassation : « *en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé* » l'article 1147 du Code civil. Cet arrêt pourrait faire l'objet d'une double lecture : on peut y voir une nouvelle fois la condamnation du devoir de minimisation du préjudice, le défaut de réactivité de la victime n'étant pas une faute ; on peut y voir, au contraire, l'admission du bout des lèvres de ce devoir : la cour d'appel n'aurait pas suffisamment caractérisé la faute de la victime. Cette lecture est néanmoins quelque peu brouillée par le cas d'ouverture à cassation retenu, celui de la violation de la loi et non le manque de base légale... Le Conseiller référendaire à la Cour de cassation Hugues Adida-Canac s'est d'ailleurs exprimé pour clarifier le sens de l'arrêt¹⁵, à l'occasion de quoi il affirme, à tort au regard de la lettre de la décision¹⁶, que la cassation est intervenue pour manque de base légale ! Le devoir de minimisation a encore été retenu dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 2 octobre 2013¹⁷, de manière assez compréhensive : après l'installation d'une chaudière, cette dernière ne donne pas satisfaction, empêchant le maître de l'ouvrage de louer le bien dans lequel elle est installée (préjudice de jouissance encore, consistant en une perte de revenus). Néanmoins, la victime ne fait pas procéder à une opération (rincage) qui aurait ensuite

⁸ G. Viney, *Ibid.*, spéc. pp. 148-149.

⁹ *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. Terré, Dalloz 2008.

¹⁰ *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous la direction de F. Terré, Dalloz 2011.

¹¹ Un groupe de travail de la Cour de cassation a préconisé, dans un rapport de février 2012 portant sur le projet de réforme de la responsabilité civile proposé sous la direction de F. Terré, de remplacer les mesures propres à limiter le préjudice par des mesures propres à en empêcher l'aggravation : <http://www.courdecassation.fr/IMG//reforme-droit-RC.pdf>, spéc. p. 21.

¹² Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, n° 00-22302, Bull. civ. II, n° 203.

¹³ Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, n° 01-13289, Bull. civ. II, n° 203.

¹⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 24 novembre 2011, n° 10-25635, Bull. civ. II, n° 217.

¹⁵ H. Adida-Canac, « *Mitigation of damage* » : une porte entrouverte ?, D. 2012, p. 141

¹⁶ « *Vu l'article 1147 du code civil ; [...] Qu'en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » : il s'agit bien d'un cas de violation de la loi.

¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2013, n° 12-19887.

permis le fonctionnement normal de la chaudière. Son droit à indemnisation est réduit par la cour d'appel, suivie en cela par la Cour de cassation.

Les juges du fond tendent également à reconnaître ce devoir, parfois de manière excessive nous y reviendrons. La Cour d'appel de Colmar¹⁸ a ainsi récemment affirmé avec force que la victime « *qui réclame l'indemnisation de son préjudice doit (...) faire ce qui est en son pouvoir pour le minimiser* ».

Néanmoins, la reconnaissance de ce devoir en matière contractuelle n'est pas admise par toutes les formations de la Cour de cassation puisque la troisième Chambre civile, dans un arrêt du 10 juillet 2013¹⁹ l'a, assez fermement d'ailleurs, rejetée. Dans cette décision, un particulier fait réaliser des travaux de terrassement par un entrepreneur (tranchée pour le raccordement à un tout à l'égout). Ces travaux ont des conséquences désastreuses puisqu'une partie de la construction s'effondre (un pan de mur entier). Des étais sont placés pour consolider la construction en attendant les réparations. Ces étais sont volés et la victime se désintéresse du chantier : la construction se fragilise à l'excès et nécessite d'être démolie et reconstruite, emportant un surcoût des réparations. Les juges du fond avaient considéré que la victime s'était montrée négligente et que l'entrepreneur n'était pas tenu du gardiennage du chantier. La cassation qui intervient est sèche, qui plus est au visa de l'article 1147 du Code civil : « *l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et (...) la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* ».

Les choses sont plus nettes en matière de responsabilité extracontractuelle.

2/ En matière extracontractuelle

En ce domaine, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a, encore récemment, rappelé l'absence d'un tel devoir²⁰. Dans cette affaire, une inondation est provoquée par une intervention intempestive sur une alimentation en eau. Une maison voisine est touchée, emportant des dommages au gros-œuvre, au mobilier meublant et à un véhicule de collection situé au sous-sol. Le problème s'est posé au sujet du véhicule : les juges du fond avaient limité le droit à indemnisation de la victime en raison de son absence de réaction pour éviter la corrosion (elle avait sans doute laissé le véhicule dans l'eau ou, au moins, dans une atmosphère humide). La cassation intervient au visa du principe de la réparation intégrale, outre celui de l'article 1382 du Code civil.

¹⁸S. Brena, *Minimisation du préjudice et restitution du local commercial : entre raison et excès*, note sous Colmar, 13 août 2013, RG n° 12/02974, Rev. Loyers 2013/941, n° 1680, p. 456.

¹⁹Cass. civ. 3^{ème}, 10 juillet 2013, n° 12-13851.

²⁰Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 2012, n° 11-14661.

Ces quelques observations suggèrent que ce devoir de minimisation du préjudice demande à être affiné.

II/ Un devoir de minimisation du préjudice à affiner

La reconnaissance du devoir de minimisation du préjudice implique nécessairement quelques précisions : son domaine doit être délimité (A) et son régime clarifié (B).

A/ Un domaine à délimiter

Cette délimitation doit intervenir sur deux points au moins : celui de la responsabilité civile en jeu (1) et celui des dommages concernés (2).

1/ La responsabilité civile concernée

La question se pose de savoir s'il faut étendre le devoir de minimisation à la responsabilité délictuelle. La jurisprudence n'y semble pas prête. La doctrine est partagée : les projets Catala et Terré sont en ce sens ; certains auteurs y sont en revanche hostiles²¹. Il nous semble que la minimisation du préjudice pourrait être considérée comme un comportement que l'on peut légitimement attendre du bon père de famille et, partant, son inobservation une faute ; aussi un positionnement en faveur de la généralisation paraît-il raisonnable. Mais, si ce devoir a plus l'apparence d'un devoir général de conduite qu'une exigence propre aux contrats, le principe d'exécution du contrat de bonne foi²² ou la possible inclusion dans le contrat des suites de l'obligation déterminées par référence à l'équité ou à l'usage notamment²³ constituent des outils bien commodes pour l'introduire en matière contractuelle.

2/ Les dommages concernés

L'étendue du domaine du devoir de minimisation est également fonction des dommages concernés : il semblerait que la jurisprudence se cantonne aux seuls dommages matériels, excluant les dommages corporels. Plus précisément, la jurisprudence admet le devoir de minimisation pour des préjudices, patrimoniaux, résultant d'atteintes, de dommages, matériels²⁴.

Il est vrai que le dommage corporel –les atteintes au corps– présente des spécificités en droit positif²⁵. Mais la

²¹ Ph. Brun et Ch. Quézelambunaz, *Revue Lamy droit civil* 2012, n°89, *Réforme de la responsabilité civile : regards impressionnistes sur un projet académique*, s'appuyant sur la différence de logique existant entre le contrat et la responsabilité extracontractuelle.

²² Article 1134, al. 2, du Code civil.

²³ Article 1135 du Code civil.

²⁴ Voir pour des préjudices patrimoniaux purs, comme tel était le cas dans l'arrêt du 24 novembre 2011, encore que l'on puisse estimer que l'atteinte portait alors sur un contrat ou un droit...

²⁵ V. notamment l'article 3 de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 : cas d'exonération très limités pour l'indemnisation des

distinction entre dommages matériels et dommages corporels est-elle pertinente ? Ne faudrait-il pas plutôt fonder la limite de l'exigence sur l'objet des mesures à prendre, c'est-à-dire exclure l'exigence seulement lorsque la mesure nécessite une intervention sur le corps (comprenant l'esprit) de la victime ? C'est une question de politique juridique, arbitrant entre sacralisation du dommage corporel, dont toutes les conséquences – y compris patrimoniales – doivent être réparées sans qu'aucun effort de la victime ne puisse être exigée, et sacralisation du seul corps humain, permettant alors de demander à la victime qu'elle réduise les conséquences du dommage corporel dès lors que les mesures à prendre ne touchent pas à son corps. Par exemple, le déménagement de la chambre à coucher pour diminuer le besoin d'assistance à domicile, notamment la nuit, pourrait être admis. La jurisprudence n'est pas en ce sens, en matière extracontractuelle il est vrai²⁶.

L'avant-projet Catala interdit les mesures de minimisation portant atteinte à l'intégrité corporelle : autrement dit pas d'obligation de soins ; le projet Terré y inclut les atteintes à l'intégrité psychique, composante de l'intégrité corporelle : pas d'obligation de suivre une thérapie reconstructrice.

Mais l'on glisse là vers le régime du devoir de minimisation qui mérite d'être clarifié.

B/ Un régime juridique à clarifier

La clarification du régime passe par la précision du contenu du devoir de minimisation du préjudice (1) et par celle de la sanction de son inobservation (2).

1/ Un contenu à préciser

La précision du contenu du devoir passe par l'identification précise de son objet et par les modalités de sa mise en œuvre.

L'identification de l'objet du devoir de minimisation, d'une part, consiste à se demander s'il faut le diminuer ou ne pas le laisser s'aggraver. Le devoir de ne pas laisser s'aggraver le dommage fait consensus : la victime doit faire en sorte que le dommage ne s'amplifie pas. Par exemple, il est assez clair que la victime devra prendre les mesures lui permettant de ne plus subir, à l'avenir, le

conséquences résultant d'une atteinte à la personne des victimes non conductrices d'accidents de la circulation ; v. également l'article 2226 du Code civil prévoyant un délai de prescription de 10 ans là où le droit commun retient désormais 5 ans.

²⁶ V. Cass. civ. 2^{ème}, 25 octobre 2012, n° 11-25511, rejetant cette possibilité : la victime d'un accident de la circulation ayant besoin d'une aide à domicile la nuit en raison du fait que sa chambre se trouve à l'étage et qu'elle a besoin d'être aidée en cas d'urgence pour descendre les escaliers ; cassation, au visa de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985 et du principe de la réparation intégrale, de l'arrêt d'appel qui avait reproché à la victime de ne pas avoir adopté une des « solutions plus simples, moins contraignantes et plus économiques » à sa disposition, dont l'aménagement d'une chambre au rez-de-chaussée.

préjudice : s'assurer par exemple pour stopper l'indisponibilité du véhicule. Cela pourrait même aller jusqu'à faire ce qui est à sa portée pour éviter la production du préjudice. Imaginons un plombier qui, par imprudence ou maladresse, provoque une importante fuite d'eau. La réactivité de la victime permettra de limiter le préjudice actuel : la perte d'eau, qu'elle devra payer ; mais aussi de prévenir un dommage et un préjudice futur : par exemple l'inondation d'un sous-sol si la fuite dure... Un autre exemple tiré de la jurisprudence en matière de contrats internationaux et d'application de la CVIM peut être donné : l'acheteur d'une cire destinée à des ceps de vigne mais qui les endommage mais qu'il continue à appliquer, participe à la production d'un dommage qui aurait pu être évité : il est alors fait application de l'article 77 de la CVIM, limitant le droit à indemnisation de la victime²⁷. C'est que nous sommes en réalité dans le domaine classique de la faute de la victime qui, par son comportement, a participé à la production de son propre dommage.

Le devoir de diminuer, voire de supprimer le préjudice pose plus de difficultés. La question se pose pour les préjudices qui ne s'accroissent pas avec le temps : par exemple, la dépréciation d'un bien qui a été endommagé. Faut-il exiger de la victime qu'elle intervienne pour réduire ce préjudice ? N'est-ce pas alors faire peser sur la victime un devoir d'autoréparation du préjudice subi ? La réponse paraît être positive et conduire, par voie de conséquence, à souhaiter le cantonnement du devoir à la seule aggravation du préjudice.

Cela étant dit, et d'autre part, que doit faire la victime pour respecter ce devoir ? Les diligences attendues d'elle doivent être raisonnables, à deux points de vue. D'abord, elles ne doivent pas être excessives. Qu'est-ce à dire ? Les atteintes au corps ou à l'esprit le sont assurément : tout le montre dans la jurisprudence (l'obligation de soins n'est jamais retenue) ; l'article 16-3 du Code civil s'y oppose²⁸ ; tous les projets de réforme du droit des obligations excluent cette possibilité. Mais au-delà de cet exemple finalement évident, que sont ces mesures raisonnables ? La première chambre civile de la Cour de cassation a, semble-t-il, entendu répondre à cette question dans une décision inédite du 9 juillet 2011²⁹. Les faits, un peu complexes, en sont les suivants : une société cède un immeuble, son unique actif patrimonial, à un acheteur. Le créancier de l'un des associés avait préalablement opéré une saisie-attribution sur les parts-sociales, sans demander son dû à la société avant la vente, qui constituait une fraude paulienne. La cour d'appel avait considéré, pour rejeter l'action en responsabilité contre le notaire rédacteur de l'acte de vente (qui aurait

²⁷ Décision de la Cour fédérale allemande du 24 mars 1999, D. 2000, somm. p. 435, obs. C. Witz.

²⁸ « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique (...). Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement (...). »

²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2011, n°10-12926.

dû vérifier la composition du capital social de la société venderesse et ainsi détecter la fraude aux droits du créancier saisissant), que la victime aurait dû agir en temps voulu contre la société ; la Cour de cassation répond que « la victime, tiers à l'acte instrumenté, ne peut se voir imposer l'exercice d'une voie de droit pour pallier la situation dommageable occasionnée par la faute du notaire ». Nous pouvons peut-être en déduire que l'exercice d'une voie de droit n'est pas une mesure raisonnable. En ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 13 août 2013³⁰ est sans doute allé trop loin, en reprochant à la victime d'avoir tardivement agi en justice contre le locataire ne satisfaisant pas à son obligation de restitution du local. On peut relever au sujet de cet arrêt que la cour d'appel exige en réalité de la victime qu'elle contraigne le débiteur à l'origine des dommages à respecter son obligation et donc, à faire cesser le préjudice ! C'est parfaitement déraisonnable et l'arrêt d'appel devrait en toute logique être cassé, d'autant que la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, compétente pour les litiges en matière de baux commerciaux, n'admet pas pour l'instant le devoir de minimisation, comme nous l'avons constaté plus haut.

Ensuite, ces diligences ne doivent pas être disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi : il ne doit pas s'agir pour la victime d'employer des moyens ruineux, pires que le mal, pour parvenir à minimiser le préjudice : par exemple, une victime qui sait le procès inévitable et qui, au préalable, recourt aux services d'une agence de recouvrement de créances, ne devrait pouvoir obtenir remboursement des frais engagés³¹.

Lorsque la victime se sera conformée à ce devoir, les frais générés par les diligences raisonnables adoptées seront prises en charge par le responsable, contrairement aux mesures excessives qui resteront à la charge de la victime.

2/Des sanctions à préciser

Les sanctions de l'irrespect du devoir méritent que l'on s'y attarde, en posant les questions de leur nature, de leur intensité et de leur fondement.

La nature des sanctions devrait consister exclusivement³² en une réduction des dommages-intérêts qui lui sont dus ; ce qui supposera d'adapter la mise en œuvre d'une condamnation à réparer en nature les préjudices subis par la victime³³.

³⁰ Colmar, 13 août 2013, cité *supra* note 18.

³¹ V. C. Witz, *L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale*, P.A. 20 nov. 2002, n° 232, p. 50, spéc. note 21.

³² Ce qui fait dire à certains auteurs qu'il ne s'agit pas d'une véritable obligation. La conclusion est peut-être un peu excessive : faut-il disqualifier l'obligation simplement parce que la sanction n'est que la réduction des dommages-intérêts ?

³³ La diminution des droits de la victime n'affectera pas la possibilité d'appliquer, spécialement en matière contractuelle,

Au plan de l'intensité de la sanction, la réduction des dommages-intérêts dus à la victime interviendra dans la mesure du préjudice (de son aggravation à tout le moins) qui aurait pu ou dû être évité. Dans cette perspective, la question du pouvoir du juge – obligation de réduction des dommages-intérêts ou faculté – devra être résolue, les projets de réforme militent pour une faculté ; les textes relatifs aux contrats internationaux inclinent en faveur d'une réduction de droit.

S'agissant du fondement de la sanction, il nous semble qu'il pourrait consister dans la faute de la victime³⁴, qui n'est toutefois pas concomitante au fait générateur initial, comme à l'accoutumée, mais postérieure. L'inaction de la victime vient s'ajouter à ce fait générateur initial pour participer à la production du dommage et donc au préjudice : progressivement, l'inaction de la victime vient rompre le lien de causalité entre le fait générateur imputable au responsable et l'accroissement du préjudice subi...

Les incertitudes qui entourent ce devoir de minimisation du préjudice sont aujourd'hui encore nombreuses ; sans doute méritent-elles d'être levées par une intervention du législateur.

d'autres mécanismes sanctionnant l'inexécution initiale (par exemple la résolution du contrat).

³⁴ Ce qui impliquerait d'ailleurs que la réduction des dommages-intérêts soit de droit et non une simple faculté pour le juge.

L'action de groupe à la française

Anne-Cécile MARTIN

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Université Paris 13*

A plusieurs reprises annoncée et autant de fois repoussée, une procédure d'action de groupe permet désormais, en France, à des associations de consommateurs agréées d'agir pour obtenir la réparation des préjudices individuels de consommateurs « placés dans une situation similaire ou identique » et victimes de pratiques illicites de la part « d'un ou des mêmes professionnels »¹. Cette nouvelle procédure est présentée comme une « avancée considérable »² qui rééquilibre « le rapport de force entre les parties au procès »³. Elle permet aux consommateurs, jusqu'à présent découragés d'agir à titre individuel pour obtenir la réparation de préjudices de faibles montants, de bénéficier d'un nouveau moyen d'action.

Le champ de l'action de groupe a été, pour l'instant, limité à la réparation des seuls « préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels ». Il exclut donc les préjudices moraux, les préjudices corporels ainsi que ceux (matériels) résultant d'une atteinte à la personne (tels que par exemple les pertes de revenus, frais médicaux, etc)⁴. Toutefois, la loi prévoit que le gouvernement remette au parlement dans les trente mois de sa promulgation un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure, proposant les adaptations nécessaires et envisageant les évolutions possibles de son champ d'application « en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement ».

La loi vient à peine d'être promulguée⁵ et même si certaines des modalités de cette nouvelle procédure (notamment celles de son introduction) devront encore être fixées par des décrets en Conseil d'Etat, il est d'ores et déjà possible d'en présenter les objectifs et le déroulement.

I- Objectifs de l'action de groupe

L'exposé des motifs de la loi instituant l'action de groupe exprime très clairement les deux objectifs qui sous-tendent la réforme.

Il s'agit, tout d'abord, de renforcer la protection des consommateurs en leur offrant une voie de recours de nature à assurer la garantie effective de leurs droits. L'idée n'est pas nouvelle⁶. Plusieurs actions consuméristes existent déjà en France et permettent la représentation en justice de l'intérêt collectif des consommateurs (ex : action en suppression de clauses illicites) voire d'un nombre plus ou moins important d'intérêts individuels (action en représentation conjointe⁷). L'action de groupe n'a d'ailleurs pas vocation à se substituer à ces actions mais bien à les compléter. Elle vise à permettre au consommateur de bénéficier d'un accès au juge simplifié par l'entremise d'une association agréée et d'une réparation facilitée par la constitution par ce dernier d'un groupe de consommateurs victimes auquel il lui suffira d'adhérer.

Il s'agit, ensuite, de renforcer la lutte contre des pratiques illicites non seulement au regard du droit de la consommation mais également de celui des pratiques anticoncurrentielles, en donnant à des associations agréées de consommateurs un instrument procédural dissuasif.

Dans un cas comme dans l'autre la lutte contre ces pratiques illicites est, en effet, largement le seul fait de l'autorité

¹ Article L. 423-1 du Code de la consommation.

² Avis n° 1123, déposé au nom de la Commission des lois sur le projet de loi n° 1015 relatif à la consommation, p 5.

³ Avis n° 1123 précité, p. 36.

⁴ La réparation de tels préjudices par le biais d'une action de groupe ne serait pas juridiquement inconcevable ; elle est au demeurant très délicate à mettre en place en raison de la nécessité d'une évaluation individualisée en considération de la situation de chaque consommateur.

⁵ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁶ La proposition de confier à des groupements la défense en justice des intérêts individuels de consommateurs n'est pas nouvelle. La Commission de refonte du droit de la consommation l'avait déjà formulée dans les années 1990. Elle n'a ensuite eu de cesse d'être reprise, en 2006 notamment dans un projet de loi en faveur des consommateurs abandonné en 2007, puis depuis 2008 notamment sous l'influence de la Commission européenne (Commission de refonte du droit de la consommation, S. Guinchard, Proposition pour un Code de la consommation, La Documentation française, 1990, art. 273 et s. ; Rapport Châtel, du 16 décembre 2005, projet de loi de 2006 ; Livre vert présenté le 27 novembre 2008).

⁷ 5 actions recensées depuis 1992 (Etude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013).

publique (*public enforcement*). Toutes sortes de sanctions sont mobilisées, pénales, civiles, administratives⁸ de montants parfois très élevés pour dissuader autant que possible les professionnels de se livrer à de tels agissements.

Les actions privées (*private enforcement*) sont en revanche rares. En matière de pratiques anticoncurrentielles elles sont en outre difficiles à mettre en œuvre. D'abord pour des raisons économiques car les actions en réparation sont, pour les victimes lourdes en termes de coûts et de temps. Ensuite, pour des raisons d'ordre juridique car la réunion des trois conditions de l'article 1382 du Code civil (faute, préjudice et lien de causalité) est, dans l'hypothèse, particulièrement difficile à démontrer. La possibilité renforcée pour des consommateurs d'obtenir réparation de ce type de préjudice par le recours à l'action de groupe est présentée comme un instrument d'assainissement et de régulation de l'économie. En effet, les actions de consommateurs – concernés au premier plan par de telles pratiques (à coté des concurrents) – pourraient avoir un caractère bien plus dissuasif pour les entreprises que la seule crainte de la sanction, cette dernière fût-elle élevée. Serait ainsi désormais favorisée la réparation des préjudices résultant, pour les consommateurs, d'entente ou d'abus de position dominante (dans des cas, par exemple tels que ceux de pratiques récemment relevées et sanctionnées par l'Autorité de la concurrence sur les marchés de la lessive, des endives ou de la téléphonie mobile⁹).

II.- Déroulement de l'action de groupe

Deux types de procédures sont envisagés : une procédure normale et une procédure simplifiée.

Dans le cadre de la procédure dite normale¹⁰, il appartient au juge ayant retenu la responsabilité du professionnel de définir le groupe de consommateurs à l'égard desquels sa responsabilité est engagée et de fixer les critères de rattachement à ce groupe. Il évalue ensuite le montant du préjudice subi par chaque consommateur ou catégorie de consommateurs et fixe les modalités de sa réparation (financière ou en nature). Il ordonne, enfin, les mesures de publicité générales (affichage, publication) destinées à informer les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe de la possibilité d'y adhérer dans un délai fixé entre deux et six mois (mécanisme d'*opt in*).

Dans le cadre de la procédure dite simplifiée¹¹, applicable lorsque « l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée » c'est-à-dire en cas de préjudices « en série », le juge est dispensé de rechercher les critères de rattachement au groupe car celui-ci s'impose à lui et les consommateurs concernés sont alors informés individuellement de leur possibilité d'y adhérer. Le mécanisme reste celui de l'*opt in* par opposition à un mécanisme d'*opt out* (lequel traduit la manifestation d'une volonté de s'exclure d'un groupe préconstitué). Ses effets sont toutefois, en pratique, très proche de celui d'un *opt out*, car il est peu probable, en raison du caractère individuel de cette information, que le consommateur informé n'adhère pas au groupe...

Enfin, la loi prévoit des aménagements particuliers s'agissant de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles¹². Dans ce cas, le juge ne pourra retenir la responsabilité du professionnel avant qu'une décision prononcée par une autorité de concurrence ne soit devenue définitive. Pour préserver l'efficacité de l'action de groupe, les manquements constatés dans une décision définitive seront, en revanche, considérés comme établis de manière irréfragable.

La procédure d'action de groupe, aux termes de laquelle un groupement, en l'occurrence une association de consommateurs, est désigné pour « exercer par substitution l'action »¹³ d'autrui suscite une certaine méfiance, notamment du point de vue du respect des droits de la défense. Saisi de la question de la conformité à la Constitution du dispositif relatif à l'action de groupe, le Conseil Constitutionnel a levé les dernières barrières à l'instauration de ce mécanisme en droit français en considérant notamment que la procédure d'action de groupe ne méconnaît pas les droits de la défense¹⁴.

Reste donc à présent à mesurer concrètement les capacités de cette procédure d'action de groupe à produire les effets annoncés. A n'en pas douter les conditions de sa réception par les justiciables et par le juge auront à cet égard une grande influence.

⁸ La loi relative à la consommation instituant l'action de groupe, instaure également de nombreuses sanctions administratives de pratiques commerciales déloyales.

⁹ Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012 ; n°11-D-17 du 8 décembre 2011 confirmée par CA Paris 30 janvier 2014 RG n° 2012/00723 ; n° 05-D-65, du 30 mai 2005 confirmée par Cass. Com. 30 mai 2012 pourvoi n° 11-22.144.

¹⁰ Nouveaux art. L. 423-3 à L. 423-9 C. consom.

¹¹ Nouvel art. L. 423-10 C. consom.

¹² Nouveaux art. L. 423-17 à L. 423-19 C. consom.

¹³ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, éd. Thémis 2010, p. 356.

¹⁴ Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014.

Le gérant majoritaire de SARL : une notion protéiforme

Laure NURIT-PONTIER

Professeur de droit privé à l'Université de Nantes

La SARL est aujourd'hui encore, et malgré la concurrence non négligeable de la SAS, la société la plus couramment utilisée en France¹, spécialement par les petites et moyennes entreprises. Le statut de son dirigeant, le gérant, recèle pourtant un certain nombre d'ambiguïtés, voire d'incongruïtés.

L'une d'entre elles tient à l'appréciation de la qualité de majoritaire de ce dernier dont les effets pratiques ne sauraient être ignorés, le gérant non majoritaire se voyant réservées non seulement l'affiliation au régime général de sécurité sociale mais encore la possibilité de cumuler ses fonctions de dirigeant social avec un contrat de travail.

Or la possibilité d'un tel cumul s'avère couramment recherchée en pratique. La raison tient aux avantages qu'il procure à son bénéficiaire : tandis que la seule qualité de gérant présente, sur un plan social, un certain nombre de lacunes, l'obtention cumulative de la qualité de salarié est de nature à pallier efficacement ces dernières.

Les enjeux du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail

Le premier enjeu du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail tient à la pérennité des relations de l'intéressé avec la société. Tandis que le gérant est révocable par décision des associés dans les conditions prévues pour l'adoption des décisions ordinaires, le pouvoir de licencier un salarié appartient au gérant. Sa qualité de gérant permet ainsi à ce dernier de sécuriser sa relation salariale, son licenciement supposant sa révocation préalable de son mandat de gérant par l'assemblée générale suivie de la nomination d'un nouveau gérant qui mettra fin à son contrat de travail.

Par ailleurs, si la perte de son mandat social, à la suite de sa révocation par l'assemblée générale, est susceptible d'ouvrir à l'intéressé la perception de dommages-intérêts dès lors qu'elle a été prononcée sans juste motif, ceux-ci se révèlent en pratique plus difficiles à obtenir que la compensation due au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En outre, alors que le salarié bénéficie, en cas de difficultés de la société, d'une prise en charge privilégiée

de ses créances salariales via l'institution de l'AGS², le gérant est, en cette seule qualité, traité comme un créancier quelconque et, à cet égard, soumis au concours de l'ensemble des autres créanciers sociaux.

Enfin, tandis que la perte de son contrat de travail ouvre droit au profit du salarié à la perception d'allocations chômage, rien de tel n'existe au profit du gérant qui perd ses fonctions sociales.

Ces divers enjeux rendent dès lors la situation de cumul particulièrement attractive. Celle-ci est toutefois soumise au respect d'un certain nombre de conditions destinées à vérifier la réalité de son existence: il s'agit de s'assurer qu'aux deux contrats qui le lient prétendument à la société, correspondent bien deux relations distinctes du gérant avec cette dernière.

Les conditions du cumul

La première vérification à opérer consiste à s'assurer que les fonctions de salarié apparemment exercées par le gérant sont bien distinctes de celles que ce dernier exerce en tant que gérant et que des rémunérations également distinctes corroborent la réalité de ce double lien à la société.

La conclusion par le gérant d'un contrat de travail avec la société entraîne en outre l'application de la procédure prévue à l'article L 223-19 du code de commerce dite des conventions réglementées. Un rapport sur ledit contrat de travail est présenté par le commissaire aux comptes ou, à défaut, par le gérant lui-même, à l'assemblée générale qui statue sur ce rapport, le défaut d'approbation ayant pour effet de mettre à la charge du gérant concerné les conséquences du contrat de travail préjudiciables à la société.

Enfin, la revendication d'un lien salarial suppose de s'assurer de la réalité de la prétendue subordination de l'intéressé à la société et renvoie pour ce faire à la notion de majoritaire ou minoritaire de l'intéressé.

Or ce critère, qui sous-tend également l'affiliation du gérant non salarié au régime général de sécurité sociale, fait dans l'un et l'autre cas l'objet d'une appréciation spécifique et distincte.

¹ Près de 1,5 millions d'unités. V. P.- L. Périn, Complémentarité et concurrence des formes de sociétés commerciales en France: une approche statistique, RTDF 2013/3, p. 65.

² L'AGS intervient en garantie des créances salariales en cas de procédure collective de l'employeur : articles L 3253-6 à L 3253-21 du code du travail.

La condition de subordination et l'appréciation de la majorité

Si la subordination est logiquement exclue par les tribunaux lorsque le gérant a le «monopole des connaissances techniques», il en va systématiquement de même lorsque le gérant est majoritaire. La subordination potentielle du gérant s'apprécie donc à l'aune des parts sociales qu'il détient: ainsi considère-t-on que le gérant détenant plus de la moitié des parts sociales de la SARL ne peut en être le salarié en raison de l'impossibilité d'y être subordonné tandis qu'à l'inverse le gérant détenteur de moins de la moitié des parts peut, sans autre restriction que celles liées au respect des autres conditions évoquées supra, devenir salarié de la société.

Seules les parts détenues personnellement par le gérant sont alors prises en considération.

Or tel n'est pas le cas dès lors qu'il s'agit d'apprécier la possibilité pour le gérant de relever en tant que tel, c'est-à-dire indépendamment de toute conclusion d'un contrat de travail, du régime général de sécurité sociale.

Dans une telle hypothèse, l'article L 311-3 11° du code de la sécurité sociale relatif aux conditions d'affiliation au régime général de sécurité sociale indique en effet que sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales du régime général, «les gérants de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée à condition que lesdits gérants ne possèdent pas ensemble plus de la moitié du capital social, étant entendu que les parts appartenant, en toute propriété ou en usufruit, au conjoint, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité et aux enfants mineurs non émancipés d'un gérant sont considérées comme possédées par ce dernier».

Autrement dit, si l'affiliation au régime général du gérant de SARL est, comme la possibilité de conclure un contrat de travail avec la société, admise sous réserve d'une détention non majoritaire du capital social, cette détention est appréciée dans le premier cas en tenant compte non seulement des parts détenues par le gérant lui-même mais aussi par un certain nombre d'autres personnes alors qu'elle n'a lieu dans le second cas qu'au regard des seules parts détenues par le gérant à titre personnel.

Or cette distorsion d'appréciation de la qualité de minoritaire ou majoritaire du gérant n'est pas neutre.

Les conséquences des modalités d'appréciation de la majorité

Il résulte des règles qui viennent d'être exposées qu'un gérant détenant moins de la moitié des parts d'une SARL, que l'on qualifiera de juridiquement minoritaire, mais qui détient avec le co-gérant, son conjoint, son partenaire ou ses enfants mineurs non émancipés, plus de la moitié du capital de la société, c'est-à-dire «socialement» majoritaire, se trouve dans l'impossibilité, en cette qualité de gérant, d'être affilié, en application de l'article L 311-3 11° du code de la sécurité sociale, au régime général de sécurité sociale.

En revanche, rien ne l'empêche, compte tenu de sa «minorité juridique», de conclure avec la société un contrat de travail qui lui confère la qualité de salarié et lui ouvre, de ce fait, l'affiliation au régime général au titre

de l'article L 311-2 du code de la sécurité sociale, aux termes duquel «sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, ... toutes les personnes ... salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat».

Autrement dit, dans un tel cas de figure, l'affiliation du gérant au régime général découle directement de la possibilité qui lui est reconnue de conclure avec la société qu'il dirige un contrat de travail.

La situation est alors singulière: le refus d'affiliation du gérant au régime général, prononcé au vu des modalités de répartition du capital social, peut finalement être contourné par l'application d'un cumul du mandat social avec un contrat de travail, jugé licite sur la base de ce même critère de répartition du capital social, mais autrement apprécié!

En outre, la situation est d'autant plus paradoxale qu'elle impose une plus grande exigence dans l'appréciation de la situation de majoritaire du gérant demandeur d'une simple affiliation au régime général de sécurité sociale que dans celle du gérant désireux de cumuler à son mandat social un contrat de travail de nature à lui permettre non seulement de bénéficier de ce même régime de protection sociale mais, au-delà, de l'ensemble des conséquences attachées à la qualité de salarié.

Enfin, la solution est critiquable dès lors qu'elle conduit, dans un tel cas de figure, à écarter plus fréquemment du régime général les gérants de petites SARL dans lesquelles l'admission du cumul d'un mandat social avec un contrat de travail est plus malaisée à retenir du fait de la plus grande difficulté à reconnaître l'existence de fonctions distinctes.

L'opportunité d'une appréhension unitaire de la qualité de majoritaire du gérant paraît ainsi s'imposer: il en va de la lisibilité et de la cohérence du statut de gérant de SARL. Mais quelle lecture de la majorité retenir alors? Faut-il étendre à l'appréciation de la validité du cumul des fonctions sociales avec un contrat de travail la compréhension «sociale» large de la majorité, conformément à la solution retenue à l'article L 311-3 11° du code de la sécurité sociale? Une telle appréhension élargie de la notion de majorité est-elle expédiente?

L'appréhension pertinente de la notion de majorité

La prise en compte, pour déterminer la position majoritaire du gérant, des parts détenues par ce dernier mais aussi des parts détenues par le co-gérant, le conjoint, le partenaire et les enfants mineurs non émancipés repose sur une présomption.

La règle posée à l'article L 311-3 11° du code de la sécurité sociale selon laquelle «les parts appartenant, en toute propriété ou en usufruit, au conjoint, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité et aux enfants mineurs non émancipés d'un gérant sont considérées comme possédées par ce dernier» confond en effet les parts détenues par le gérant avec celles que détiennent ses proches. Elle tend de ce fait à envisager ceux-ci comme de simples prête-noms du gérant et laisse entendre qu'ils ne disposeraient à l'égard de ce dernier d'aucune

autonomie décisionnelle de sorte que lors de la prise de décisions en assemblée générale, leurs parts viendraient systématiquement s'ajouter à celles du gérant dont ils adopteraient l'ensemble des positions. Autrement dit, quand bien même il ne détiendrait personnellement qu'une fraction minoritaire du capital social, le gérant devrait être traité comme majoritaire, ses enfants mineurs non émancipés, son conjoint ou son partenaire étant présumés joindre en toutes circonstances leur voix et leurs parts aux siennes.

Or s'il est vraisemblable qu'il puisse en aller effectivement ainsi pour les enfants mineurs non émancipés, le doute est permis pour le conjoint³ ou le partenaire pacsé dont rien ne permet de présupposer une telle soumission au gérant.

En outre, le texte apprécie la condition de détention majoritaire du capital au regard de l'ensemble des gérants de la SARL. Or, ajouter de manière systématique aux parts du gérant celles du co-gérant et opter ainsi pour une appréhension globale de la gérance tend à nier l'indépendance juridique de chacun de ses membres, ce qui heurte le principe, posé à l'article L 223-18 al 7 du code de commerce, reconnaissant à chacun, en cas de pluralité de gérants, le même pouvoir d'engager la société.

Autrement dit, l'appréciation systématique de la qualité de majoritaire du gérant à la lumière de l'article L 311-3 du code de la sécurité sociale nous semble inopportune et injustifiée. Sauf à démontrer que les enfants mineurs non émancipés, le conjoint ou le partenaire du gérant sont des associés fictifs, il conviendrait d'apprécier, tant pour l'affiliation que pour le cumul, la qualité de majoritaire du gérant au regard des seules parts qu'il détient personnellement⁴.

Une réécriture en ce sens de l'article L 311-3 du code de la sécurité sociale serait d'autant plus justifiée que la prétendue supériorité du régime général sur le régime social des indépendants a désormais vécu et fait perdre beaucoup de leur intérêt à de telles tentatives de fraude⁵.

Elle rendrait plus cohérent et plus simple le statut de gérant de SARL.

A l'heure où la simplification du droit⁶ est de mise, ne pourrait-on y songer ?

3 Notamment du conjoint marié sous un régime de communauté qui a décidé d'utiliser la possibilité offerte par l'article 1832-2 du code civil de revendiquer la qualité d'associé à hauteur de la moitié des parts sociales en cas d'apport de biens communs par son époux.

4 L'appréhension fiscale du gérant majoritaire (art 211 du code général des impôts) nous semble toutefois pouvoir être maintenue dès lors que cette approche de la majorité n'est pas susceptible d'entrer en conflit avec l'approche juridique de cette dernière.

5 On doit cependant réserver la situation, issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, des cotisations sociales sur les dividendes supérieurs à 10 % du capital social: art. L 131-6 du code de la sécurité sociale

6 V. ainsi la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des procédures, la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, ou encore le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, modifié en 1ère lecture par l'Assemblée nationale le 16 avril 2014.

La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ?



Didier FERRIER

*Professeur émérite de l'Université de Montpellier
En collaboration avec le Président Jean-Claude MAGENDIE
Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Paris*

1. L'indépendance et l'impartialité parce qu'elles sont consubstantielles à l'acte de juger (6-1 CEDH), sont requises tant du juge professionnel (L. 111-5 C. org. jud.) que de l'arbitre (1456 et 1506 CPC).

Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage a introduit de manière explicite les notions d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre à l'article 1456 du code de procédure civile aux termes duquel : « il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ». (Cette disposition relative à l'arbitrage interne étant également applicable à l'arbitrage international, conformément aux dispositions de l'article 1506 du code de procédure civile).

Ces notions d'indépendance et d'impartialité sont également présentes dans nombre de lois sur l'arbitrage et de règlements institutionnels, où elles sont visées parfois ensemble, parfois séparément (par ex : 12 loi CNUDCI, 12 règlement CNUDCI, 11(2) et 14 règlement CCI, 180 2(1c) loi fédérale suisse sur le droit international privé, 9 et 10 règlement suisse d'arbitrage international, 24(1a) English Arbitration Act et 5.2 règlement de la LCIA ; 8 loi suédoise sur l'arbitrage ; 14(1) règlement SCC).

2. L'article 1456 en se référant à l'indépendance et à l'impartialité invite à distinguer ces deux notions qui sont, à tort, considérées parfois comme synonymes.

En effet l'indépendance est caractérisée par l'absence de soumission de l'arbitre aux pressions qui seraient exercées par des tiers ou des parties. Elle est donc appréciée à travers une approche objective : existe-t-il des

facteurs externes à l'arbitre susceptibles d'affecter sa liberté de jugement, tels que des liens économiques, intellectuels ou de toute autre nature existant entre lui et les co-arbitres, les avocats ou les parties ?

L'impartialité, quant à elle, est caractérisée par l'absence de préjugé ou de parti pris (CEDH, 1^{er} oct. 1982, Piersack) qui serait susceptible d'affecter le jugement de l'arbitre. Elle est donc appréciée à travers une approche subjective : des facteurs personnels et contextuels tels que la nationalité de l'arbitre (Par exemple, de nombreux règlements d'arbitrage imposent par exemple que l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral soit d'une nationalité différentes de celles des parties : art. 13(5) du règlement CCI, art. 6 (1) du règlement de la LCIA et 39 de la Convention CIRDI), son environnement social, culturel ou juridique (Par exemple, l'arbitre a publiquement fait état d'une opinion concernant l'objet du litige soumis à l'arbitrage), sont-ils susceptibles d'influencer son jugement ? Elle est donc plus difficile à établir même si, comme le décide la Cour de cassation, elle doit s'apprécier objectivement (Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, 94-17709, *Société Bord Na Mona c/ SA Norsk Hydro Azote*, D 1999 J p 1.) Et, en réalité c'est davantage l'apparence d'impartialité que l'impartialité qui est considérée.

Parce que plus objective que l'impartialité, et dès lors plus facile à caractériser, il est fait plus souvent référence à l'indépendance qu'à l'impartialité (Au demeurant très peu de décisions se réfèrent à l'obligation d'impartialité et celles qui le font n'en relèvent pas la spécificité). Aussi cette réflexion se focalisera sur la notion d'indépendance.

3. Pour l'arbitre, comme pour le juge, l'indépendance est considérée comme une qualité essentielle car de l'essence de sa fonction juridictionnelle (Cass. civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, Gaz. Pal., II 17189, note P. Level Pris ; CA Paris, 1^{ère} chambre, 28 juin 1991, *KFTCIC v. Icori Estero*, Rev. arb. 1992, 568, note P. Bellet). Et certains voient même dans l'exigence d'indépendance de l'arbitre la manifestation d'un ordre public procédural en gestation dans l'arbitrage international (Mantilla Serrano, Towards transnational procedural public policy, Arbitrage international 2004, volume 20, n°4, p 333).

Cependant, à la différence du juge dont l'indépendance est garantie par le caractère permanent de sa fonction ainsi que par ses conditions de nomination, par son inamovibilité et même par sa rémunération fixée, déterminée et versée par l'Etat (ce régime statutaire n'excluant pas la possibilité de récusation dans certaines situations où l'indépendance peut être mise en doute), l'arbitre, dont les fonctions sont par nature temporaires et qui ne dispose pas de statut au sens technique du terme, voit son indépendance de plus en plus souvent discutée et contestée comme le montrent de nombreuses décisions judiciaires et de vifs débats doctrinaux (Voir, par exemple, Ch. Jarosson sous Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 2012, 11-20299, *Noelectra / Tecso* in Rev. arb., 2013,129).

4. Pour s'assurer de son indépendance est affirmé aujourd'hui un impératif de « transparence » qui alimente le contentieux en plaçant l'arbitre et de manière plus large l'arbitrage en situation de grande vulnérabilité. Cette dernière appelle une réflexion sur la façon dont l'exigence d'indépendance de l'arbitre peut être soumise à l'épreuve de la transparence (I) sans que soit créé un risque pour l'intervention de l'arbitre (II).

I. L'indépendance de l'arbitre à l'épreuve de la transparence

5. L'épreuve s'entend ici au sens de l'examen auquel il faut se soumettre. En l'occurrence, elle peut consister dans une démarche négative avec la recherche de l'absence de lien susceptible d'affecter l'indépendance de l'arbitre (A) ou dans une démarche positive avec la révélation par l'arbitre de ce qui à ses yeux serait de nature à affecter son indépendance (B).

A. L'épreuve négative : le contrôle de l'indépendance de l'arbitre

6. L'essence même de l'arbitrage, par opposition à la justice étatique, réside dans le libre choix de l'arbitre par une partie ou par les deux parties, qui crée un lien évident entre eux. Un arbitre ne saurait, pour autant, être récusé du seul fait de ce choix ; serait-il celui d'une seule partie. Son investiture doit d'ailleurs le rendre indépendant de la

partie qui l'a désigné. Encore convient-il de contrôler cette « indépendance dite « directe ».

Mais l'arbitre doit également être indépendant tant de ses co-arbitres que des avocats et, de manière large, de tous les autres protagonistes présents à l'arbitrage, parmi lesquels, le cas échéant, l'institution d'arbitrage. Il convient là encore de contrôler cette indépendance dite « indirecte ».

7. « L'indépendance directe » exige que l'arbitre ne soit pas lié à l'une des parties en raison notamment de rapports financiers, économiques, sociaux, familiaux, professionnels ou contractuels.

A titre d'illustration, la liste « rouge » des « Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international » prohibe, sans possibilité pour les parties de renoncer à cette protection, toute relation étroite entre une partie et l'arbitre, que l'arbitre soit un représentant légal d'une personne morale partie à l'arbitrage, qu'il soit administrateur, dirigeant ou membre d'une autorité de surveillance d'une des parties, qu'il ait un intérêt financier significatif lié à l'une des parties ou à la solution du litige, qu'il conseille régulièrement une des parties ou que l'organisation à laquelle il appartient perçoive des revenus financiers importants de cette partie (*AT&T c/ Saudi Cable* [2000] 2 All ER (Comm) 625 ; CA Paris, 1^{ère} chambre, 12 février 2009, *Avax c/ Société Tecnimont*, Rev. arb. 2009, 186).

8. L'exigence de cette « indépendance directe » conduit tout particulièrement le juge à rechercher si l'arbitre, par la régularité et la fréquence, voire le caractère systématique de sa désignation par une partie, n'entretient pas avec celle-ci un courant d'affaires de nature à le placer dans une relation de dépendance économique envers elle (CA Paris, 1^{ère} chambre, 29 janvier 2004, *Société Serf*, Rev. arb. 2005, 709 ; Cass. civ 1^{ère}, 20 octobre 2010, 09-68997, *Somoclest Bâtiment v DV Construction*, Rev. arb. 2011, 669 ; Cass. civ 1^{ère}, 20 octobre 2010, 09-68131, *Marcel X et Eliane Y v Prodim*).

9. « L'indépendance indirecte » exige, quant à elle, que l'arbitre n'ait pas de lien matériel ou intellectuel avec des intervenants à la procédure arbitrale, autres que les parties, de nature à affecter sa liberté de jugement (CA Paris, 28 juin 1991 précité).

A titre d'illustration, là encore, la liste « orange » des « Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international » relève, de façon non exhaustive, des situations dans lesquelles les liens existant entre les arbitres ou entre les arbitres et les conseils, consultants, experts à l'arbitrage sont susceptibles d'affecter l'indépendance de l'arbitre : deux des arbitres appartiennent au même cabinet ou à la même entreprise, l'arbitre et le conseil de l'une des parties ou un témoin ou un expert ont des liens d'amitié étroits,

L'arbitre a été nommé plus de trois fois au cours des trois dernières années par le même conseil ou le même cabinet, l'arbitre exerce des fonctions au sein de l'institution arbitrale agissant comme autorité de nomination dans l'arbitrage.

Cette recherche d'éléments susceptibles d'établir la dépendance alléguée d'un arbitre pourra s'opérer également en recourant à la notion voisine de « conflits d'intérêts », qui peut être définie par référence au « Rapport sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique » (remis le 26 janvier 2011 au Président de la République par la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique), comme « une situation d'interférence entre la mission d'arbitre et un intérêt de celui-ci lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions. » (Paris, 2 juill. 2013, D. 2013, 2944).

10. L'appréciation de l'indépendance de l'arbitre pose alors la question des modalités de son contrôle : le juge doit-il opérer une appréciation *in concreto*, à travers l'examen minutieux de l'indépendance de l'arbitre en fonction des circonstances de l'espèce, ou peut-il réaliser une appréciation *in abstracto* et sanctionner le simple « doute raisonnable » sur cette indépendance ?

La question est fondamentale, mais la réponse n'est pas bien assurée. L'étude de la jurisprudence révèle une grande variété de solutions, au prix d'une certaine incohérence, ce qui a conduit certains auteurs à qualifier la jurisprudence française d'excessive (M. Henry, Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente, de la rigueur à l'excès, LPA 21 février 2011, 17 et s.).

Au demeurant l'excès se manifeste surtout dans l'épreuve positive de la révélation par l'arbitre lui-même de son éventuelle dépendance.

B. L'épreuve positive : la révélation de sa dépendance par l'arbitre

11. Afin de donner corps à l'exigence d'indépendance, une obligation de révélation a été mise à la charge de l'arbitre qui doit « révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité » (CPC art. 1456 al.1).

L'objectif est d'éviter qu'un arbitrage puisse être engagé alors qu'un arbitre aurait eu connaissance de faits de nature à mettre en cause son indépendance sans que les parties en aient, elles-mêmes été informées. Cette obligation de révélation subsiste toutefois pendant toute la durée de l'arbitrage, et il est précisé à cette fin que l'arbitre doit « révéler sans délai toute circonstance de

même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. » (CPC art. 1456 al. 2).

Une telle obligation se retrouve aujourd'hui dans la plupart des lois et règlements d'arbitrage internationaux ou étrangers (12(1) loi CNUDCI ; 11 règlement CNUDCI ; 11(2) règlement CCI ; 9.2 règlement suisse d'arbitrage international ; 5.3 règlement LCIA ; 9 loi suédoise sur l'arbitrage ; 14(2) règlement SCC).

12. Pour autant, aucune définition précise de ce qui doit être révélé n'est établie par la loi, ni même par les différents règlements d'arbitrage.

Les juges se bornent à rappeler que la personne sollicitée pour exercer les fonctions d'arbitre doit faire connaître « toutes les circonstances de nature à affecter dans l'esprit des parties [son] indépendance » ou « de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur [son] indépendance » (CA Paris, 1^{ère} chambre, 12 février 2009, *Avax c/ Société Tecnimont* précité ; Civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, 96-12748, *Creighton c/ Qatar*, Rev. arb. 1999, 308).

En pratique, cela impose à l'arbitre, pressenti ou en fonction, de déterminer lui-même ce qu'il lui appartiendrait de révéler (M. Henry, Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente, Rev. arb. 1999. 193), de manière évidemment subjective, mais tout en se plaçant dans l'esprit des parties pour apprécier ce qui, compte tenu du contexte dans lequel elles se situent, serait susceptible de les faire douter de son indépendance.

13. Il a été avancé que cette obligation devrait aller jusqu'à la révélation exhaustive de tout ce qui pourrait concerner directement ou indirectement de manière immédiate ou lointaine l'arbitrage en cause (en ce sens : cf. Th. Clay, L'arbitre, 2001, n° 385, qui estime nécessaire de révéler « tous les liens antérieurs avec les parties, les conseils et les co-arbitres, sans distinction de notoriété, d'ancienneté et de qualité »). Imposer une obligation de révélation aussi large conduirait cependant à vulnérabiliser l'arbitrage en exposant la sentence à l'annulation pour toute omission ou erreur quelle qu'en soit la portée. La vulnérabilité serait d'autant plus grande que la bonne exécution de cette obligation est devenue le critère de référence des juges dans l'exercice de leur contrôle.

14. La cour d'appel de Paris a ainsi remplacé le contrôle de l'obligation d'indépendance par celui, plus facile à opérer, de la révélation effectuée par les arbitres (CA Paris, 12 février 2009, *Avax c/ Société Tecnimont*, précité). La démarche a été approuvée par une certaine doctrine : « en matière d'indépendance de l'arbitre, il y aura un avant et un après 2009. La cour d'appel de Paris a en effet rendu un arrêt particulièrement remarqué qui a

transformé les modalités d'exercice de l'indépendance des arbitres, faisant littéralement disparaître l'exigence au profit de l'obligation de révélation qui, désormais, la remplace. Ainsi, la cour d'appel de Paris annule une sentence arbitrale pour non-respect de l'obligation de révélation par l'arbitre, alors que son indépendance réelle n'est pas douteuse. On ne pourra qu'approuver cette conception réaliste du contrôle de l'indépendance que nous défendons depuis longtemps. » (T. Clay : L'arbitre [...] » (D 2009, p. 2959 et s.).

Pourtant, l'accent étant ainsi mis sur la qualité des révélations incombant à l'arbitre plus que sur la réalité de son indépendance, la démarche a été critiquée au motif qu'elle aboutit à « sanctionner plus gravement un vice moindre » (Ch. Jarosson, Rev. arb., 2013 précité) et à délaissier la réalité de l'indépendance pour l'apparence de la dépendance : « l'évolution contemporaine dans un grand nombre de pays débouche sur un déclassement de l'obligation d'indépendance de l'arbitre : loin d'être exigée comme un impératif d'ordre catégorique, elle se trouve remplacée (ravalée ?) par l'obligation de révélation imposée à l'arbitre » (D. Cohen, Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts, Rev. arb. 2011 n° 3, p 640). L'affirmation est à nuancer mais elle a le mérite de souligner le glissement des concepts et de révéler le danger de cette dérive.

15. Si la transparence qui est à l'œuvre dans l'arbitrage ne saurait être contestée en ce qu'elle contribue à assurer la confiance dans cette forme de justice, l'exigence qu'elle emporte d'une l'obligation de révélation peut, à défaut d'application raisonnable, constituer un risque majeur pour l'intervention de l'arbitre.

II. L'intervention de l'arbitre au risque de la transparence

16. Comme la plupart des remèdes, la transparence pourrait devenir un poison si une application excessive et en l'occurrence vétilleuse de celle-ci devait s'imposer. Elle pourrait, en effet, menacer l'existence même de l'arbitrage.

Ce risque est facilement identifiable (A), son traitement est tout aussi facilement praticable (B).

A. L'identification du risque

17. Le risque pour l'avenir de l'arbitrage tient non seulement à l'importance excessive donnée à la transparence et au soupçon qu'elle incline à nourrir à l'encontre des arbitres et de l'arbitrage mais également aux palliatifs qui pourraient se révéler pire que le mal.

Le contrôle de la révélation opérée par l'arbitre peut conduire à « instrumentaliser le contentieux de la récusation » (A. de Fontmichel, Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale, Cahiers de l'arbitrage,

2010-2) en ouvrant des actions contre l'arbitre ou la sentence rendue, au seul motif que n'auraient pas été révélés des faits, alors même qu'ils n'étaient pas de nature à affecter son indépendance voire qu'il les aurait ignorés.

A titre de comparaison, une telle obligation de révélation transposée à la justice étatique la paralysierait entièrement, en particulier dans les petites juridictions où les magistrats et avocats se connaissent nécessairement, et particulièrement dans les contentieux spécialisés où les mêmes avocats se présentent devant les mêmes magistrats. Et, que penseraient les justiciables si, au début de chaque audience, les magistrats déclaraient publiquement connaître tel ou tel avocat, pour l'avoir croisé à un dîner ou lors d'une réception avant de demander aux parties présentes si elles acceptaient malgré cette révélation – en elle-même sans incidence – d'être jugées par eux ? Que penseraient-ils, également, si les magistrats, qui siègent ensemble pendant de nombreuses années, et se fréquentent fréquemment en dehors du Palais, faisaient l'annonce de leurs liens au début de chaque audience ? Il est évident que de telles déclarations emporteraient comme conséquence un sentiment de défiance à l'égard des magistrats.

18. Ainsi la révélation, imposée aux arbitres, de tout lien antérieur avec les conseils, et sur la base de laquelle la transparence est désormais contrôlée, produit des effets pervers en instillant le soupçon sur un mode de traitement des litiges qui ne peut vivre, ni se développer sans la confiance du plus grand nombre.

Ce soupçon ne peut être qu'aggravé par le fait que des cabinets d'arbitrage à dimension internationale se sont constitués et que l'activité d'arbitrage, en ce qu'elle participe au marché du droit, représente une activité économique à part entière avec les risques corrélatifs de conflits d'intérêts pour les arbitres.

19. Une telle conception de l'indépendance détachée de l'analyse *in concreto* et basée sur une obligation de révélation aussi large conduit aussi, paradoxalement, à ce qu'une partie, dénuée de loyauté procédurale, parvienne à choisir elle-même l'arbitre de son adversaire après avoir écarté, au prétexte des éléments révélés et malgré leur absence d'importance, l'arbitre qu'il avait choisi.

20. La prise en compte du risque et de cette dérive pourrait, alors, conduire à abandonner la désignation des arbitres par les parties – ce qui constitue pourtant l'essence même de l'arbitrage – au soin d'un organisme d'arbitrage (L'art. 9 du règlement CCI traduit cette tendance). Mais une telle démarche constituerait un palliatif à la fois dangereux et incohérent :

Dangereux dans la mesure où l'organisme d'arbitrage qui voit se rencontrer et se mêler tous les acteurs de

l'arbitrage constitue un centre potentiel et exponentiel de conflits d'intérêts. Se posera, en effet, inéluctablement la question des liens entre l'arbitre et l'institution arbitrale qui l'a désigné, au regard en particulier de l'existence de courants d'affaires ; se posera tout aussi inéluctablement la question de l'indépendance des dirigeants ou ex-dirigeants de ces organismes lorsqu'ils sont eux-mêmes désignés en qualité d'arbitre. Bref, la jurisprudence sur l'indépendance objective ne manquerait pas de paralyser le fonctionnement des organisations d'arbitrage.

Incohérent dans la mesure où la désignation des arbitres ne répondrait plus au libre choix des parties qui rentre pourtant dans la définition et dans l'économie de l'arbitrage (caractère contractuel). Incohérent aussi dans la mesure où, si un tiers doit désigner les arbitres, n'est-ce pas le juge et particulièrement le juge d'appui ? Mais alors ne serait-on pas conduit à restituer à ce dernier son entière compétence ?

Ce palliatif est d'autant plus discutable que le risque lié aux excès de la transparence pourrait facilement être prévenu.

B. Le traitement du risque

21. La loyauté procédurale, la bonne foi et la mesure sont les antidotes naturels et en l'occurrence nécessaires au risque créé par la casuistique à laquelle conduit l'exigence de transparence.

Afin de préserver l'arbitrage, il convient non seulement que le contrôle de l'indépendance de l'arbitre soit exercé, *in concreto*, mais également que les décisions rendues en matière de récusation, qu'elles émanent d'une institution d'arbitrage ou du juge judiciaire, permettent d'apprécier la teneur de ce contrôle.

Au demeurant un contrôle efficace de l'indépendance de l'arbitre ne peut-il pas être pertinemment assuré par l'appréciation du déroulement de l'arbitrage ?

22. Le contrôle de la récusation permettrait d'éviter l'instrumentalisation de la transparence comme prétexte pour contester l'arbitre et l'arbitrage.

Ce contrôle devrait d'abord porter sur le moment de la demande de récusation fondée sur un prétendu manquement à l'obligation d'indépendance. En effet, une récusation tardive, et notamment proche du rendu de la sentence, peut révéler un manquement à la bonne foi procédurale. Elle doit dès lors éveiller l'attention du juge et le conduire à être très exigeant quant à l'appréciation du moment de la connaissance des faits avancés à l'appui de la demande de récusation.

Le contrôle devrait ensuite porter sur l'argument de la récusation. Les décisions en matière de récusation,

fussent-elles l'œuvre d'institution d'arbitrage ou du juge judiciaire, devraient impérativement être motivées et expliquer en quoi les éléments retenus au soutien de la récusation d'un arbitre ou de son maintien dans l'arbitrage sont constitutifs ou non d'une atteinte à son indépendance.

A cet égard, bien des précisions contenues dans le Rapport sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique du 26 janvier 2011 précité pourraient être utilement transposées à l'arbitrage, notamment celles concernant la nécessité d'une « certaine intensité » des intérêts susceptibles de faire naître un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre : « Il ne suffit pas qu'il y ait simplement coexistence d'intérêts, ni convergences ou divergences anodines ou fortuites mais bien conflit, c'est à dire contradiction, opposition, antagonisme, interférence, ou au contraire une forte convergence de nature à susciter un doute objectivement justifié. »

Ce contrôle *in concreto* et sa motivation auraient deux avantages : ils serviraient la légitimité des arbitres maintenus et renforceraient la transparence raisonnable dont l'arbitrage a besoin.

23. Au demeurant n'est-il pas incohérent, dans un domaine où la transparence est fortement revendiquée, de laisser la décision statuant sur l'indépendance de l'arbitre dans le champ du secret. S'il est un domaine dans lequel la transparence devrait jouer, c'est bien celui des décisions portant sur la transparence. En effet, la transparence qui est revendiquée dans l'arbitrage pour apprécier l'indépendance de l'arbitre devrait logiquement conduire l'institution d'arbitrage et la juridiction saisie sur cet argument à s'astreindre elles-mêmes à la transparence.

Il semble, d'ailleurs, que la Cour de cassation ait amorcé, ce qui ne peut qu'être approuvé, un virage en ce sens, en censurant la cour d'appel de Paris qui avait annulé une sentence arbitrale au motif qu'un arbitre avait empêché une des parties d'exercer son droit de récusation en ne lui révélant pas certains faits. La Cour de cassation, estime : « qu'en se déterminant par ces seuls motifs sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de M. X... et à son indépendance, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision, en violation du texte susvisé » (Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 2012, 11-20299, *Noelectra / Tecso*).

24. Le contrôle de l'indépendance de l'arbitre nécessaire pour promouvoir et protéger l'arbitrage, peut être assuré, de manière plus pertinente et probablement plus efficace en se portant sur l'arbitrage, et précisément sur son déroulement et sur son résultat.

25. L'appréciation de l'indépendance de l'arbitre pourrait s'opérer à travers le déroulement de la procédure arbitrale, notamment le respect rigoureux du principe du contradictoire et de l'égalité des armes qui donne à voir la justice à l'œuvre et qui constitue la première garantie impartiale d'une justice indépendante.

26. Le contrôle de l'indépendance de l'arbitre pourrait également être opéré en considération de la motivation de la sentence. La démarche s'impose en arbitrage interne où la décision doit être motivée (1482 CPC). Elle mériterait d'être appliquée en arbitrage international. En effet, la jurisprudence ne considère pas que cette exigence de motivation fasse partie de l'ordre public international. Dès lors, une sentence non motivée, rendue sous l'empire d'une loi de procédure ou d'un règlement d'arbitrage qui laisse la possibilité aux parties de renoncer à la motivation (31(2) loi CNUDCI ; 34(3) règlement CNUDCI ; 52(4) English Arbitration Act ; 26(1) règlement LCIA ; 189(1) loi fédérale suisse sur le droit international privé), peut faire l'objet d'une reconnaissance par le juge français (E. Loquin sous CA Paris, 6 mai 1988, Rev. arb. 1989, 83). Or cette solution est contestable non seulement au regard de l'exigence de motivation que consacre la CEDH mais aussi en considération des standards minima requis de toute décision de justice qui ne peut se confondre avec l'arbitraire auquel conduit l'absence de motivation. A quoi sert-il d'avoir un arbitre remplissant la condition d'indépendance si on l'autorise à se déterminer sans références objectives ?

D'autant que la motivation impose une pédagogie de la décision. Elle conditionne sa compréhension et son acceptation par la partie qui succombe. Elle conditionne aussi la confiance que les parties accordent non seulement à l'arbitre mais encore à l'ensemble du processus conduisant à la sentence.

27. En prolongement, la publication de la sentence, si besoin est anonymisée, incluant les éventuelles opinions dissidentes, pourrait contribuer, en permettant ainsi son examen critique et le contrôle de l'adéquation entre le droit et le fait, à contrôler l'indépendance des arbitres et au-delà à assurer la confiance dans la justice arbitrale.

28. La transparence, hier suspecte, est aujourd'hui élevée au rang de vertu, à pratiquer dans toutes relations sociales ; au contraire, le secret, hier respecté, est aujourd'hui rabaissé au titre de dissimulation, et source de soupçon.

Cette opposition radicale, manichéenne, est souvent fautive, et toujours dangereuse car elle peut conduire à la « tyrannie de la transparence » annoncée par Orwell, avec les abus qu'elle permet ou provoque.

La transparence est, en effet, porteuse du meilleur comme du pire. Il a été ainsi avancé : « l'évolution vers la transparence n'est pas le signe d'une progression morale, elle traduit des nécessités nouvelles d'information dans un monde de plus en plus complexe et de plus en plus exigeant à cet égard. Demain, devant la surabondance de l'information, la quête ne sera peut être plus celle de la transparence mais celle du filtre et l'on retrouvera peut-être les vertus du secret et du silence. » (D. Ferrier, Secret et transparence in Secret et Justice, sous la direction de J.P. Royer et B. Durand, éd. L'espace juridique, 2000).

29. La recherche d'une transparence absolue dans l'arbitrage a atteint un stade qui menace l'avenir de l'arbitrage. Il convient désormais d'en modérer la portée, tant en rétablissant un contrôle *in concreto* de l'indépendance de l'arbitre, qu'en adoptant des mesures pour contrôler la manifestation de cette indépendance sans compromettre les avantages de l'arbitrage en termes de rapidité, de confidentialité et surtout de compétence des arbitres.

Les clés d'un secteur bancaire vertueux

Pierre GARELLO et Antoine GENTIER

Professeurs d'économie, Aix-Marseille Université
CERGAM-FEG

L'objet de ce travail est de réfléchir aux réformes souhaitables des mécanismes monétaires, bancaires et financiers à la lumière des événements qui ont récemment secoué et continuent de secouer marchés et gouvernements. Si nous nous penchons de façon plus spécifique sur le système bancaire, il est cependant indispensable de souligner l'interdépendance des systèmes monétaires et bancaires. Cette interdépendance est telle qu'un système bancaire ne peut fonctionner correctement lorsque la monnaie est mal gérée. Une mauvaise gestion monétaire fausse automatiquement les calculs les plus sages que les épargnants, les investisseurs et les intermédiaires financiers pourraient faire. De fait, nous sommes convaincus que la source première (qui n'est certes pas la source unique) des dérapages récemment observés dans le comportement des banques se trouve dans les incitations fatales qui résultent de mauvaises politiques monétaires. Le problème des banques c'est avant tout la banque centrale.

Le sujet étant vaste, quelques remarques sur la méthode qui sous-tend notre réflexion seront sans doute utiles. Tout d'abord, notre analyse sera quasi-exclusivement de nature « positive », visant avant tout à expliquer les mécanismes économiques ainsi que la façon dont les acteurs de la banque façonnent et répondent à des modifications des règles du jeu. Aussi, cette analyse est conduite en supposant que ces acteurs, bon an mal an, sont motivés par la recherche de leurs intérêts personnels. Pour autant, et contrairement à ce qui est souvent trop rapidement affirmé, la possibilité d'un comportement éthique n'est pas exclue. Bien au contraire, un comportement éthique peut dans certaines circonstances, et nous pouvons même dire dans des circonstances normales, servir les intérêts personnels. Pour ne citer qu'un exemple, le respect d'autrui suppose le respect des promesses qu'on fait à autrui, et du respect des obligations naît la confiance qui est à son tour fort utile pour parvenir sûrement à ses fins. En d'autres termes, ce que nous devons dénoncer ce sont les circonstances, les contextes, dans lesquelles il y aura systématiquement conflit entre comportement éthique et satisfaction de ses intérêts personnels.

Nous commencerons par une description rapide des activités de la banque dans un système non réglementé, c'est-à-dire, le système qui prévalait jusqu'à la fin du 19^{ème} et même, dans une moindre mesure, jusqu'au milieu du 20^{ème}. Ainsi que nous le verrons, un système non réglementé n'est pas forcément un système non *régulé*. L'idée selon laquelle « les marchés » *s'autorégulent*—idée que beaucoup trouvent risible—mérite en fait toute notre attention.

Nous verrons ensuite quels ont été les effets de la réglementation massive des activités bancaires qui a vu le jour à partir des années 70 pour aboutir au paradoxe que

cette réglementation a contribué à *déréguler* l'activité bancaire.

Sur la base de cette analyse et de ce constat, il sera possible d'avancer quelques pistes de réformes pouvant redonner à la banque la juste place qu'elle mérite dans nos activités économiques.

1. La banque dans un système régulé par le contrat

La banque rend de si précieux services qu'il est tentant d'affirmer qu'il s'agit d'une merveilleuse invention. Le terme « invention » serait cependant inapproprié et trompeur. Comme beaucoup d'institutions—par exemple, la monnaie, le langage, les règles de droit—la banque s'est en effet développée spontanément pour répondre à des besoins humains. Cette institution n'a donc pas été « inventée » ; elle est le fruit non-intentionnel de multiples actions isolées ; actions reprises par d'autres acteurs lorsqu'ils le jugent pertinent. La banque que nous connaissons aujourd'hui est ainsi le fruit d'un processus continu impliquant la créativité humaine.

Une typologie des métiers de la banque

Au dix-huitième siècle, les services relatifs à la gestion de la monnaie sont distincts des services d'intermédiation. Dans son fameux « Traité d'économie »¹, Jean-Baptiste Say distingue en conséquence les banques de dépôts et les banques d'escompte. La banque de dépôt ne fait pas de crédit et se contente d'offrir des contrats de dépôt : le client reçoit un certificat de dépôt stipulant qu'il a déposé tant de grammes d'or. Ces banques offrent également, via le biais de succursales en Europe, la possibilité de transférer du pouvoir d'achat sans autre risque que de transporter du papier. La rémunération de ce coffre fort se fait par la facturation de frais de garde. Le déposant apprécie d'autant plus ces contrats qu'ils le mettent à l'abri des manipulations (fréquentes) des autorités sur la monnaie puisque les contrats sont signés sur des quantités d'or. La **banque d'escompte** fait un métier bien différent. Opérant en fonds propres à partir du patrimoine personnel du banquier (qu'il a généralement obtenu par un enrichissement dans des activités commerciales), elle escompte des effets de commerce et ne reçoit pas de dépôt du public. Il est très important de noter que le crédit accordé par la banque est financé par de l'épargne (celle des actionnaires) et non pas par de la création monétaire.

Si ces deux métiers sont aujourd'hui souvent regroupés dans un même établissement, cette distinction entre les fonctions d'intermédiaire financier (banque d'escompte) et les métiers

¹ *Traité d'économie politique*, 1803/1841 pages 302 à 305.

de gestion de la monnaie (banque de dépôt) n'en demeure pas moins fondamentale pour comprendre le fonctionnement des banques. En effet, la monnaie (dépôt à vue) étant cette partie de l'épargne qui n'est pas destinée à être investie, il convient de distinguer au passif des banques l'épargne qui peut servir de financement au crédit de l'épargne qui est de la monnaie. Si pour des éléments comme les fonds propres, les emprunts à long terme, les dépôts à terme et beaucoup de formes de placements aucun doute n'est possible sur leur nature de produits d'épargne destinée à être investie, une discussion peut et doit être conduite sur la nature des dépôts à vue dont une partie pourrait être de l'épargne destinée à être investie. Il faut d'ailleurs noter à ce sujet que l'évolution de la technologie financière permet aux banques de placer une partie de leurs liquidités (monnaie-dépôt-à-vue) tout en les gardant disponibles pour faire face aux retraits des déposants. À la marge, les problématiques de la gestion des liquidités peuvent donc croiser celle du financement du crédit.

Le contrat au cœur des diverses activités bancaires

Dans ces multiples activités, banque de dépôt, banque d'escompte ou banque d'investissement, l'établissement bancaire se lie par contrat avec différentes personnes : les déposants, mais aussi les emprunteurs ou les actionnaires. Le contenu des contrats peut varier à l'intérieur de chaque catégorie. Ainsi c'est au contrat qui lie la banque avec le déposant Pierre de stipuler si Pierre peut venir à tout instant retirer son dépôt (il s'agit alors de dépôts à vue qui sont essentiellement de la monnaie) ou, au contraire, si Pierre ne peut exiger son dépôt qu'après le passage d'un délai préfixé (dépôt à terme). Le contrat précise ainsi les obligations des parties et donc si l'argent déposé peut être prêté ou s'il doit rester tel quel dans les coffres de la banque (les tarifs du dépôt pouvant varier selon les cas). Quant au contrat avec l'emprunteur, il pourra préciser des sécurités, des cautions, une hypothèque, etc.

Du banquier à la banque en passant par les banquiers

La banque se ramenait au départ à une personne : le banquier. Très vite cependant, ce dernier a perçu l'intérêt qu'il y pouvait y avoir à s'associer avec d'autres personnes, surtout lorsqu'il envisageait de se lancer dans des activités d'intermédiation et de financement. Une solution consistait, par exemple, à fonder une société en nom collectif. La banque devient alors une personne morale avec des actionnaires propriétaires et des statuts juridiques variés. Là encore, la panoplie des accords possibles est riche, et chaque forme juridique choisie pour l'établissement bancaire impliquera des risques et des responsabilités différents. Il est intéressant de noter à cet égard que les banques d'investissement étaient au départ le plus souvent des sociétés à responsabilité illimitée, chaque partenaire étant responsable à hauteur de son patrimoine personnel. Un tel engagement de la part des actionnaires était sans doute de nature à rassurer les clients de ces banques.

Le contrat, source d'obligations régulatrices

Le point important dans cette histoire est que le métier de la banque, construit autour de relations contractuelles, intégrant dès le départ des processus de régulation que l'on peut qualifier d'automatique en ce sens qu'ils ne reposaient pas sur une réglementation.

Tout contrat est en effet **source d'obligations** pour les parties. Le banquier, en particulier, devra « répondre de ses actes ».

Bien entendu, le contrat peut connaître des difficultés et un banquier ou un emprunteur peuvent se retrouver dans l'impossibilité de remplir leurs obligations. C'est pourquoi le droit va progressivement se développer pour donner les bonnes incitations et sécuriser les anticipations. À titre d'illustration, le droit bancaire contemporain distingue selon les cas pour le banquier des obligations de moyens ou de résultat. Il y a obligation de moyens lorsque le banquier conseille ses clients en matière de placement. Obligation de résultat lorsque le banquier accepte de l'argent en dépôt.

Le banquier sait donc dans quelle mesure et à quel niveau (sanction légale ou sanction marchande) il devra assumer ses mauvais choix et il va prendre en compte cette réalité dans sa gestion des risques. Dans l'activité bancaire comme dans toute activité économique, prendre des risques est souvent une façon d'accroître ses profits espérés, mais cela peut aussi engendrer des pertes qu'il faut alors assumer. L'art de la banque consistera alors à générer des profits sans pour autant risquer de tout perdre.

Bien entendu, **il n'existe pas de méthode unique de gestion des risques** car, tout comme nous divergeons dans l'appréciation des styles artistiques, nous divergeons dans la combinaison risque/rendement que nous souhaitons. Il faut donc s'attendre à ce que certaines banques prennent des positions plus risquées (investissement) que d'autres (dépôt à vue) et, en conséquence, aient des structures de capital, des contrats et des clients ou actionnaires différents. C'est, ainsi que nous l'avons rappelé, ce que constatait l'économiste Jean-Baptiste Say au début du 19^{ème} siècle.

Cette **diversité dans la gestion des risques est sans doute bonne pour le progrès**. Si par exemple aucune banque n'était disposée à prendre des risques, de nombreux projets porteurs de progrès resteraient sans financement.

C'est pourquoi, malgré la responsabilisation que ne manquent pas de créer les obligations contractuelles, la possibilité d'une faillite n'est pas à exclure. La concurrence est un processus de découverte, et des banques iront trop loin dans la prise de risque, ou seront tout simplement malchanceuses. Mais, parce que la faillite de la banque a des conséquences funestes pour ses associés (surtout lorsqu'ils sont responsables sur leur patrimoine), son occurrence sera rare.

C'est ainsi qu'au fil des siècles—et plus particulièrement entre le 12^{ème} et 20^{ème} siècle—le métier de la banque va se développer. Il y aura des faillites, certes, mais celles-ci resteront en nombre et importance modérés.

Pourquoi les risques et conséquences d'une faillite bancaire sont faibles dans un système de banque libre régulé par le contrat

L'analyse de systèmes dits « exotiques », comme celui des banques écossaises (1695-1845) ou des banques du Massachusetts ou du Rhode Island entre 1780 et 1863, montre le fonctionnement réel de banques organisées selon les principes de la liberté commerciale. En observant ces systèmes où prévalait la liberté bancaire, le fait le plus saillant pour nos contemporains est que ces banques avaient la liberté d'émettre des billets. Ce n'est pourtant pas là le plus important. Le plus important c'est que ces systèmes étaient essentiellement des systèmes d'intermédiation financière qui ne pouvaient pas créer de monnaie du fait de la discipline engendrée par la concurrence entre banque.

Aussi la monnaie de ces systèmes était-elle saine. Le fonctionnement de la compensation des billets émis alors par les banques était en tout point similaire à la compensation des chèques entre les banques contemporaines. Une banque A ne conserve pas un chèque émis par un client sur une banque B pour ne pas faire un crédit gratuit à la banque B. La banque A présente immédiatement le chèque à la compensation. Le même phénomène jouait dans le cadre de l'émission de billets. Un billet de la banque B détenu par la banque A était présenté à la compensation le plus rapidement possible car la banque A ne veut pas offrir un crédit gratuit à sa concurrente. La conséquence de ce système de compensation (bilatérale et/ou multilatérale) c'est que le billet émis va revenir très rapidement à la banque émettrice l'empêchant de sur émettre. En effet si la banque décide unilatéralement de financer des crédits par émission de billets ceux-ci vont revenir à la banque pour être convertis en or, ce qui va placer la banque en situation d'illiquidité. La compensation des billets dans un système concurrentiel empêche la surémission des billets et par conséquent le financement du crédit par la création monétaire. Les billets au Massachusetts mettaient en moyenne une dizaine de jours à revenir à l'émetteur (malgré l'absence de routes, la neige et les déplacements à cheval) contre 9 mois pour la Banque de France qui n'avait aucun concurrent pour lui ramener les billets à la compensation. Le système concurrentiel impose également aux émetteurs de prendre en compte les préférences des utilisateurs de billets ce qui réduit encore la possibilité d'une émission concertée de billets par les banques. Elles se retrouveraient rapidement toutes à court de réserves d'or et obligées de stopper l'émission de billets pour ne pas être en situation de cessation de paiement. La liberté bancaire et l'émission concurrentielle de billet empêchent la création monétaire et le financement du crédit par la création monétaire.

De façon plus précise, un système de liberté bancaire correspond plus ou moins aux sept points suivants² :

1. Liberté d'établissement sur le marché bancaire,
2. Liberté laissée aux actionnaires de contracter les statuts de leurs choix,
3. Les banques sont libres de toute réglementation gouvernementale,
4. Liberté d'accroître ou de réduire les fonds propres,
5. Liberté d'émettre des billets,
6. Liberté d'ouvrir des dépôts portant des intérêts,
7. Liberté de gestion actif-passif (définir le coefficient de réserve doit être laissé à la discrétion de la banque).

Cette liberté contractuelle n'est pas synonyme de risque. Bien au contraire. Durant les périodes de liberté bancaire on a pu observer que dans un tel système:

1) Les actionnaires sont responsables car exposés en cas de faillite. Les fonds propres représentaient (voire le tableau ci-dessous) entre 40 % et 80 % du passif des banques et non pas 5 à 12 % comme dans nos banques contemporaines.

2) La part des fonds propres est telle que même en cas d'une dépréciation de 20 % des actifs, la banque ne fait pas faillite³.

3) En cas de faillite, les déposants et les détenteurs de billets sont protégés car ils ne représentent qu'une petite

partie du passif et il reste toujours de quoi les rembourser en cas de liquidation de la banque. À titre d'illustration, les pertes des déposants et des détenteurs de billets au Massachusetts ont été pour ainsi dire négligeables.

4) Les concurrents de la banque en faillite peuvent parfois reprendre celle-ci pour accroître leurs parts de marché (ainsi que ce fut le cas de la Ayr Bank en 1772 en Ecosse⁴).

L'examen du bilan de ces banques confirme qu'un tel système invitait à un comportement prudent. Les bilans des différentes banques avaient de fait des compositions très proches.

Tableau : Un aperçu des banques de Nouvelle Angleterre et de Virginie⁵

Moyenne	ACTIF			PASSIF			
	Prêts	Encaisse Métallique	Total	Fonds propres	Billets	Dépôts	Total
Massachusetts 1803-1862	89,0%	11,0%	100,0%	56,8%	20,5%	22,7%	100,0%
Rhodes Island 1834-1863	97,2%	2,8%	100,0%	71,0%	16,5%	12,5%	100,0%
Connecticut 1834-1864	96,5%	3,5%	100,0%	58,1%	27,9%	14,0%	100,0%
New Hampshire 1834-1863	95,4%	4,6%	100,0%	54,3%	34,3%	11,5%	100,0%
Maine 1834-1863	94,8%	5,2%	100,0%	51,6%	29,8%	18,6%	100,0%
Vermont 1834-1859	96,7%	3,3%	100,0%	39,4%	52,2%	8,4%	100,0%
Virginie 1834-1861	88,5%	11,5%	100,0%	43,3%	38,5%	18,2%	100,0%

En résumé, notre rapide survol de l'origine et de la nature des métiers de la banque montre que lorsque ces métiers sont organisés autour de la responsabilité contractuelle, il est possible de les développer sans pour autant mettre en péril l'épargne des déposants ou créer des risques systémiques. La poursuite de l'intérêt personnel ne se fait pas nécessairement aux dépens du bien commun. Bien au contraire, les périodes de liberté bancaire ont été des périodes de rapide expansion économique : La prudence des banques n'a donc pas freiné le développement. Il est important également de rappeler que ce système de liberté n'est pas mort de sa belle mort, mais a été détruit lorsque les Etats ont accordé des monopoles, en particulier, celui de l'émission de billets.

2. La responsabilité bancaire dans un monde régulé

En ce début de siècle, les métiers de la banque s'exercent dans un cadre fort éloigné de celui de la banque libre. L'action de l'Etat a eu, et continue d'avoir, un impact direct et indirect sur le métier de banque. L'impact est direct lorsque l'on modifie les règles du métier de l'intermédiation par le biais de la réglementation. Cet impact est indirect lorsque, par exemple, l'on choisit d'accroître les dépenses de l'Etat en ayant recours à la création monétaire rendue possible par la création d'un monopole de l'émission monétaire.

⁴ Voir White (1995).

⁵ Les chiffres sont calculés à partir de Knox (1903). Les passionnés de l'histoire bancaire américaine avant la guerre de Sécession peuvent se référer à Gentier (2003) chapitres 7 et 8. Les données statistiques sur les bilans bancaires américains sont disponibles sur la page de Warren Weber sur le site de la Federal Reserve de Minneapolis.

² Charles Coquelin (1876) est à l'origine de cette présentation.

³ Très faible occurrence des faillites dans ces systèmes voir Gentier (2000), (2003) et (2009) qui a étudié les faillites dans le Massachusetts.

L'analyse des effets de la réglementation du secteur montre que cette dernière a donné lieu à une « race to the bottom », chaque établissement essayant de saisir le plus de profits possible sans prendre correctement en compte les risques. C'est ce mécanisme paradoxal d'une réglementation qui dérégle que nous allons à présent décrire.

2.1. La création de la Banque centrale et la déconnection entre épargne et investissement

À partir du 19^{ème}, les gouvernements, le plus souvent pour obtenir des prêts leur permettant de financer des conflits armés, vont accorder des privilèges d'émission de billets à des établissements privés qui seront plus tard nationalisés. C'est la création des Banques centrales. Aux Etats-Unis, il faudra attendre 1913 pour la création de la FED.

Le privilège sur l'émission a révolutionné—de notre point de vue, en mal—le métier de banquier en jetant un pont entre création monétaire et création de crédit. Aussi Jean-Baptiste Say faisait-il usage d'un nouveau terme pour désigner la Banque de France et la Banque d'Angleterre en les appelant des banques de circulation. La création monétaire pour financer le crédit a trois effets néfastes :

- 1) La destruction de la valeur de la monnaie.
- 2) Un crédit instable car lié à un financement instable.
- 3) Des phénomènes de désajustements réels, à cause de la perturbation des anticipations des entrepreneurs et des effets Cantillon⁶.

Cet avènement des banques centrales et donc de la possibilité de créer de la monnaie sans contrainte réelle ouvrirait vraiment la porte à une nouvelle ère.

Cela était de nature à plaire aux gouvernants dans la mesure où la création de monnaie sans contrepartie permet la monétisation du déficit public. De façon plus précise, les choses se sont passées ainsi : afin de financer la dette publique, les gouvernements ont d'abord offert un monopole d'émission à une banque chargée d'acheter de la dette publique. Ensuite ils ont diminué les obligations de convertibilité-or des billets de la banque en question (afin qu'elle puisse acheter encore plus de dette publique) et enfin ils ont imposé un cours légal et un cours forcé à ses billets. La monnaie métallique a été de la sorte remplacée par celle de la banque centrale qui repose sur la coercition étatique et non plus sur le contrat.

En quoi cela a-t-il affecté le métier de banquier ? L'existence de cette monnaie banque centrale a eu un effet pervers sur la responsabilisation des banques commerciales. Auparavant, la compensation interbancaire en or imposait une discipline de gestion automatique sur les banques en les empêchant de « sur-émettre » ; mais à partir du moment où la monnaie qui sert aux compensations peut voir sa valeur manipulée à loisir par les autorités monétaires (variation des taux d'intérêt et de la liquidité interbancaire) les banques commerciales sont dans une nouvelle situation qui ne récompense pas toujours les comportements vertueux. La liquidité bancaire n'est plus tout à fait de leur entière responsabilité et, en cas de difficulté, elles peuvent aller

⁶ L'effet Cantillon désigne la modification de la structure de production induite par la modification des prix relatifs. L'inflation affecte le niveau général des prix mais aussi les prix relatifs. La monnaie n'entre pas à la même vitesse dans tous les secteurs de l'économie, l'inflation se diffuse de secteur en secteur provoquant des distorsions dans la structure de production, la hausse des prix se propageant à partir des secteurs touchés en premier par la création monétaire.

demander un supplément auprès de la banque centrale. Ainsi, le flou sur les responsabilités fait que l'on ne peut pas vraiment savoir si le problème de liquidité est du fait de la banque commerciale ou de la politique monétaire.

Rapidement, ce problème a servi de lit à la théorie du prêteur en dernier ressort dont le principe est de sauver des banques illiquides mais solvables, car cette illiquidité était généralement le fait de la politique monétaire de la banque centrale. C'est ainsi que Henry Thorton dès 1802 faisait la promotion de l'idée de prêteur en dernier ressort suite au comportement de la Banque d'Angleterre qui, en 1797, avait mis la moitié du système bancaire en faillite par sa politique monétaire restrictive lors de la période de la suspension de la convertibilité de la livre (Bank Restriction Act 1797-1821). Des exemples majeurs de ce genre de catastrophes peuvent être trouvés dans le comportement du FED en 1932-33 (les banques américaines voient leur nombre divisé par deux)⁷, et également la Banque de France dans les années 1930 qui va laisser mourir un nombre très élevé de banques locales et régionales ce qui va inciter le gouvernement à la nationaliser.

L'histoire bancaire montre également qu'une série de fuites en avant réglementaires a conduit à une diminution drastique des fonds propres bancaires, les banques n'ayant dans le système actuel que peu d'intérêt au financement par fonds propres. Citons notamment l'impôt sur les sociétés, la taxation des dividendes et celle sur le revenu qui rendent le financement par dette beaucoup plus intéressant car il permet une économie d'impôt, même s'il accroît le risque (effet de levier). La part des fonds propres bancaires s'est ainsi effondrée de plus de 30 % du passif des banques à moins de 10 %.

Avec des bilans composés à 90 % de dettes, une faillite bancaire touche en priorité les déposants. Cela conduit à une intervention de l'état supplémentaire pour maintenir la paix sociale, qui consiste à sauver systématiquement les banques (et non plus seulement là où il y a problème d'illiquidité). Cette possibilité va être utilisée à plusieurs reprises au cours du 20^{ème} siècle. En France, nous gardons en mémoire le cas du Crédit Lyonnais. Aux Etats-Unis il va y avoir le sauvetage de la Continental Illinois National Bank en 1984 ou encore celui de Long Term Capital Management en 1998. Le sauvetage le plus spectaculaire restera cependant celui du plus grand assureur du monde, AIG, en 2008.

Inutile de souligner la dilution de responsabilité que cette politique du « too big to fail » engendre. Si la banque—et en particulier une banque importante—est insolvable, l'Etat, par le biais de sa banque centrale et en coordination avec le Trésor Public, volera à son secours. Nous ne sommes plus dans une logique contractuelle puisque ceux qui paieront seront les contribuables et les épargnants qui détiennent de la monnaie nationale ; des personnes qui n'avaient pourtant aucune obligation à l'égard des clients et actionnaires de la banque en difficulté...

2.2. L'assurance des dépôts

L'assurance des dépôts est un autre mécanisme mis en place par les Etats pour protéger les individus qui déposent leur argent à la banque, et plus particulièrement les petits déposants. L'assurance est, tout comme la banque, un métier fort précieux qui repose sur le contrat. Or, ainsi que tout assureur vous le dira, il est important lors de la mise au point du contrat qui lie l'assureur à l'assuré de contrôler le risque

⁷ Friedman et Schwartz (1993)

moral. En d'autres termes, il faut faire en sorte que l'individu une fois assuré ne relâche pas ses efforts, ne devienne pas négligent, sous prétexte qu'il ne craint plus rien et ne mette ainsi en péril les affaires de l'assureur. Cela se fait par toutes sortes de clauses contractuelles allant de la franchise au bonus malus en pensant par des enquêtes sur les causes du sinistre.

Malheureusement, l'assurance des dépôts par des établissements publics ou quasi-publics ne comporte pas de mécanismes de contrôle similaires. Le risque moral peut dès lors régner en maître. Quant au déposant, qui ne sait même pas s'il paie quelque chose pour cette assurance et combien, il ne cherche plus à s'informer sur la qualité de la gestion de son argent. L'assurance dépôt a ainsi pour conséquence de déresponsabiliser les déposants qui n'ont plus aucune incitation pour contrôler si la banque est bien gérée. De plus, la menace d'une ruée bancaire s'éloignant, les banques elles-mêmes ne se sentent plus tenues de prendre autant de précautions.

L'assurance des dépôts fonctionne de fait comme un subventionnement des risques puisque l'Etat couvre une partie des responsabilités de la Banque en cas d'insolvabilité. La conséquence la plus néfaste en matière d'assurance-dépôt est un phénomène que l'on observe systématiquement lors de la mise en place de ces systèmes liés à la mutualisation des risques et à la privatisation des gains. L'assurance obligatoire des dépôts permet aux banquiers de prendre un maximum de risques car l'assurance protège les déposants des conséquences fâcheuses de la faillite. Ce faisant on crée dans le système bancaire des incitations perverses qui conduisent les banques à prendre plus de risques que dans un système sans assurance dépôt obligatoire, ce qui in fine conduit à des désastres bancaires encore plus graves. L'Etat de New York a, en 1825, instauré un système baptisé *Safety Fund System*⁸. Ce système a connu des faillites extrêmement importantes notamment durant la crise de 1837. Les mêmes causes produisent les mêmes effets, le *Federal Deposit Insurance Corporation* a été en partie responsable des mauvaises pratiques managériales bancaires depuis sa création. Suite à la mise en place du FDIC aux Etats-Unis en 1934, le ratio de capitalisation des banques est tombé de 14,1 en 1934 à 6,2 en 1935⁹. Ces incitations liées à l'assurance dépôt viennent s'ajouter à celle produites par l'existence d'une banque centrale faisant varier la valeur de la monnaie pour déresponsabiliser l'ensemble des acteurs.

2.3. Une évolution des statuts juridiques des banques (surtout d'investissement)

Il y a un siècle, le roi de la finance de l'époque, la société JP Morgan, était une société en « partnership » à responsabilité illimitée. D'autres concurrents avaient des sociétés avec responsabilité limitée mais étendue : en cas de faillite, il fallait non seulement verser la totalité de sa participation (souvent on avait versé qu'une partie en entrant dans le capital) mais cette participation était doublée. Ce n'est qu'à partir des années 1980-1990 que les grandes banques d'affaires américaines ont abandonné leur statut de *partnership* pour se transformer en société à responsabilité

limitée. La transition a débuté avec *Salomon Brothers* pour s'achever à la fin des années 90 par Goldman Sachs.

Ce changement de régime de responsabilité, de l'illimité vers le limité, est à première vue une source supplémentaire de risque. Il n'est cependant pas certain qu'il soit globalement néfaste. En effet, dans un système de responsabilité illimitée la concurrence entre établissements bancaires sera très amoindrie. Le partenaire riche refusera de s'associer à un partenaire moins bien doté afin de ne pas supporter seul la quasi-totalité des risques. Si, ainsi que nous le pensons, la concurrence a de façon générale pour effet de discipliner les prestataires de service, il se pourrait que, en passant de la responsabilité illimitée à la responsabilité limitée, les bénéfices inhérents à l'accroissement de la concurrence l'emportent sur les coûts imputables à une moindre responsabilité. Ceci est d'autant plus vrai que le passage à la responsabilité limitée peut s'accompagner d'un accroissement de la capitalisation des banques, si ces dernières sont soumises au jeu de la concurrence...

Toutefois, il ne s'agit pas de proposer d'abolir les formes juridiques de responsabilité illimitée. En effet, seuls les actionnaires sont en mesure de décider des règles qu'ils veulent choisir pour s'associer dans une société. En revanche, l'interdiction de contracter des statuts à responsabilité limitée conduit à une inefficience de l'industrie à cause de la création d'une barrière institutionnelle à l'entrée.

Si l'on abandonne la théorie pour se tourner vers les faits, on constate que bien souvent le passage à la responsabilité limitée s'est accompagné d'une baisse de la capitalisation des banques. Mais cette faiblesse de la capitalisation des banques ne vient pas, selon nous, de la disposition juridique sur la responsabilité limitée des actionnaires mais de l'existence de privilèges qui permettent aux banques de se financer avec des ressources apparemment moins chères dans le court terme que le financement en fonds propres.

La solution véritable résiderait plutôt dans l'abolition des privilèges du système bancaire qui permettent la création monétaire comme l'absence de rémunération des dépôts et la cartélisation du système bancaire autour du monopole d'émission des billets de la banque centrale. Il s'agirait de redonner au système bancaire ses fonctions originelles : l'intermédiation financière et la gestion des services de paiement.

Le passage à la responsabilité limitée s'est également accompagné, dans le secteur bancaire comme dans les autres secteurs, d'une hausse souvent vertigineuse des salaires des gérants et plus encore des traders. Si ce phénomène est bien connu dans les sociétés ou l'actionnaire n'est plus le gérant, il a été d'autant plus fort dans le secteur bancaire que seuls les profits étaient enregistrés et que les pertes pouvaient être passées à la Banque Centrale et au contribuable.

John Gutfreund, surnommé « le Roi de Wall Street », est l'ancien PDG de *Salomon Brothers* qui a été le premier à effectuer le passage de la banque d'investissement qu'il dirigeait. Il y a juste trois ans, il décrivait son secteur d'activité en ces termes : « C'est « laissez faire » jusqu'à ce que vous rencontriez de sérieux problèmes, à quel point ce n'est plus votre problème mais celui des contribuables. »¹⁰

⁸ Gentier (2009)

⁹ Dowd et al., page 6. Nous n'avons pas la place ici d'évoquer les nombreuses faillites bancaires américaines depuis 1934, mentionnons simplement celle des Savings and Loan. Une description de ces problèmes a été faite par White (1993).

¹⁰ Cité dans Dowd et alii.

2.4. Des interventions directes dans le métier du banquier

La crise financière de 2007-2008 a été en large partie déclenchée par la crise des *subprimes*: des instruments financiers qui avaient reçu l'entier support des régulateurs. On ne reprendra pas ici les détails d'une analyse que l'on peut trouver aujourd'hui en maints endroits,¹¹ mais le rôle du gouvernement américain dans la création de cette crise est évident. En voici les grandes lignes :

1. Le gouvernement décide qu'il faut favoriser l'accès à la propriété y compris de ceux qui n'ont pas les moyens de cet accès.¹² On pose donc comme principe de base que la banque doit cesser de faire son métier ! Cet aspect n'est pas à lui seul responsable de la crise des *subprimes*, mais il a conduit à une baisse d'exigence des banques sur la qualité des emprunteurs potentiels.
2. Les établissements semi-publics (les fameuses Freddy Mac et Fannie Mae) facilitent la titrisation et la commercialisation de ces créances douteuses. Les opérations de ces établissements sont garanties par l'Etat de telle sorte que les produits reçoivent la meilleure note possible (et cela permet donc aux banques de respecter les réglementations prudentielles !). Le modèle américain du crédit immobilier est un modèle éclaté dans lequel un intermédiaire (*broker*) met en relation l'emprunteur et la banque en encaissant une commission. Ce modèle qui s'oppose au fonctionnement européen dans lequel l'octroi du crédit est intégré (l'emprunteur reste dans le portefeuille de la banque jusqu'à la fin du prêt) permet une désresponsabilisation des acteurs à tous les niveaux. En effet, en Europe la banque doit gérer le risque de défaut de l'emprunteur, tandis que dans le modèle américain, la banque ne dépense aucune ressource pour acquérir de l'information sur l'emprunteur (il est « apporté » par le broker) et ensuite elle se débarrasse de la créance par le mécanisme de titrisation.
3. Enfin, la création monétaire de la banque centrale alimente le système ainsi mis en place de manière incidente. La politique monétaire de faible taux d'intérêt a incité les agents américains à s'endetter plus notamment pour financer leurs achats immobiliers.

Il est évident que l'on ne peut tout à la fois décerner des médailles aux banques qui ferment les yeux sur la qualité de leurs opérations et chercher à responsabiliser le secteur

¹¹ Le lecteur intéressé pourra consulter Roberts (2010) ou encore Rosenbleeth (2009).

¹² Les grandes étapes de cette politique sont le « National Housing Act » (1938) qui conduit à la création de Fannie Mae, un établissement alors entièrement public. Vient ensuite en 1970 la création de la « Housing and Urban Development Agency » et de Freddie Mac. Les deux établissements, Fannie Mae et Freddie Mac, reçoivent une garantie de l'Etat de 5,2 trillions de dollars (un peu moins de la moitié du PIB des Etats-Unis) sur la base de laquelle ils vont recycler la plupart des prêts « subprimes ». En 1977, Carter fait passer le « Community Reinvestment Act » pour faciliter l'accès à la propriété. En 1995 cette loi est amendée pour accélérer le processus. En 2002, G. W. Bush va un peu plus loin avec le « American Dream Downpayment Initiative (ADDI) ». Le titre se passe de commentaire : c'est le rêve de pouvoir acheter une maison sans argent que se propose de transformer en réalité le Président Américain...

bancaire. En 1992, la banque *Countrywide Financial* est félicitée par le gouvernement pour avoir prêté aux plus défavorisés. La banque a en effet mis sur le marché 600 milliards de *subprimes*. En 2008, au bord de la faillite, l'Etat va demander à *Bank of America* de faire un effort pour sauver *Countrywide*. Aujourd'hui, *Bank of America* est au plus mal et songe à laisser *Countrywide* faire faillite...

2.5. Les accords de Bâle

Pour éviter que les banques prennent des risques inconsidérés, de nombreuses réglementations ont été mises en place. La chose peut paraître surprenante si l'on considère que la gestion des risques est au cœur du métier de la banque ; c'est un peu comme si la réglementation indiquait aux banques comment faire leur métier. De fait, la gestion des risques est un métier complexe car les risques sont nombreux, et d'autant plus nombreux depuis le 15 Août 1971, date à laquelle la politique monétaire s'est affranchie de toute référence à l'or et la création monétaire est devenue incontrôlée et imprévisible. Pour ne citer que les principaux risques, il y a le risque de crédit (insolvabilité d'un client), le risque de liquidité, le risque de taux, le risque de change, le risque de marché, le risque opérationnel (par exemple, une fraude ou une erreur interne) et aussi le risque de modèle.

Vers la fin des années 1970, suite à la mauvaise gestion de la faillite d'une banque allemande, un groupe de représentants des principales banques centrales se réunit pour essayer de mettre au point des procédures permettant d'éviter des situations de désordre suite à la faillite d'une banque. Rapidement la mission de cette commission va être élargie à l'harmonisation de la réglementation bancaire. Le Comité de Bâle était né.

Malheureusement, ces différentes tentatives de réglementation fournissent le parfait exemple de la façon dont des réglementations peuvent conduire à des conséquences inattendues. Pour reprendre le jugement auquel arrivent les auteurs d'une étude récente sur les ratios de capitalisation et le régime de Bâle : « Vue l'histoire du système de Bâle, nous sommes tentés de dire que la seule règle quantitative qui résiste à un examen sérieux est que l'efficacité de la régulation du capital est inversement proportionnelle au volume de cette régulation. »¹³

Pourquoi la réglementation de Bâle a-t-elle conduit à de si pauvres résultats ? Les raisons sont multiples et parfois techniques. En voici quelques-unes qui nous semblent significatives :

1. Certes, la réglementation s'est inspirée de pratiques internes de gestion des risques des banques (la gestion actif-passif). Mais les banques utilisent une approche multicritères d'une certaine façon bien plus sophistiquée. Cette réglementation révèle donc un manque d'humilité voulant imposer des méthodes de gestion du risque qui risquent fort de ne pas être appropriées à toutes les situations. C'est un danger que l'on retrouve dans toute procédure d'harmonisation.
2. Cette régulation laisse la possibilité aux grandes banques d'utiliser leurs propres modèles d'évaluation des risques, chose qu'elles se sont empressées de faire, les régulateurs étant souvent bien incapables d'évaluer la qualité du travail opéré par les armées de mathématiciens et physiciens employés par ces banques. Il y a eu un

¹³ Dowd et alii, page 19.

- phénomène bien connu des scientifiques qui se sont penchés sur la réglementation : la capture du régulateur par l'industrie.
3. Les banques ont un intérêt évident à la minimisation des risques « officiels » pour diminuer le niveau de capitalisation et ainsi accroître leurs profits. La frénésie de « titrisation » a été encouragée par la réglementation.
 4. Les modèles utilisés par les banques souffrent de nombreux biais. En particulier ces modèles supposent que la banque joue « contre un risque naturel ». Mais si dans la réalité il y a de nombreuses banques qui utilisent des modèles similaires, les conséquences des stratégies mises en place par les banques seront bien différentes de celles que donne le modèle. Si, pour donner un exemple, je vends une partie de mes actifs pourris pour tenter de réduire mon risque mais que tout le monde fait de même, ma vente, non seulement ne réduit pas mon risque (ce qui aurait dû se passer si je jouais contre « nature »), mais pourra même détériorer ma position. Un autre problème est celui de la calibration des modèles : Si je paramètre mon modèle sur la base de données passées (et je n'ai guère d'autre choix), ces paramètres risquent fort de ne pas correspondre à une situation nouvelle, en conséquence de quoi mes choix ne conduiront pas aux effets prédits par le modèle.

L'inadéquation des critères de bonne gestion mis en place par le processus de Bâle est évidente lorsqu'on observe que la plupart des banques qui ont fait faillite ou ont traversé de graves crises respectaient pour la plupart très largement les contraintes imposées par la réglementation.

Pour sortir de ce « borbier », beaucoup proposent que l'on accélère la mise au point d'une nouvelle réglementation : Bâle III ! Certainement les nombreux experts qui sont impliqués dans la mise en œuvre de cette réglementation seront-ils rassurés. Devons-nous partager ce soulagement ? Nous en doutons, en tous les cas tant que la réglementation ne sera pas accompagnée d'une véritable responsabilisation des banques. On peut faire un parallèle avec la gestion des risques environnementaux dans l'industrie. S'il existe une réglementation aujourd'hui très sophistiquée (Séveso et autres), une entreprise ne se dégage pas pour autant de sa responsabilité et peut être condamnée à payer des dommages et intérêts importants, *même si elle a respecté la réglementation*. Sans doute pouvons-nous voir ici une saine attitude à l'égard de ce que peut accomplir une réglementation.

3. En guise de conclusion : bilan de l'analyse et pistes pour le futur

Il y a sans doute plusieurs traits de la nature humaine que l'on ne saurait ignorer sans s'exposer à d'importantes déconvenues :

- Nous faisons souvent preuve, lorsque l'opportunité se présente, « d'égoïsme par omission », empêchant les profits sans trop nous soucier de savoir qui paiera les pots cassés si jamais il devait y en avoir.
- Nous manquons d'humilité. Ne comprenant pas la complexité des dynamiques de marché nous pensons néanmoins pouvoir les déjouer... ou les réguler.

- Nous sommes impatients : un désir de jouir immédiatement de la vie auquel est associée la peur d'être écarté si le succès ne vient pas rapidement.

Pour autant, il ne faut pas se tromper de cible. La nature humaine aussi imparfaite soit-elle n'est pas à l'origine directe des problèmes. En particulier, la recherche du profit dans un cadre de responsabilité ne conduit pas à des résultats tragiques ; bien au contraire, elle a permis l'extraordinaire développement économique et social de l'occident.¹⁴ C'est la recherche du profit *dans un cadre qui récompense l'irresponsabilité* à tous les niveaux qu'il faut revoir.

La régulation des banques qui a été mise en place, loin de corriger ces travers humains les a exacerbés en affaiblissant les mécanismes traditionnels de responsabilisation. Le retour à la responsabilité rendra les acteurs plus humbles, plus curieux de comprendre, et les forcera à prendre en compte, certes pas toutes, mais au moins une partie des conséquences de leurs actions.¹⁵

La perspective historique et analytique que nous avons développée ici encourage à retrouver les vertus du droit privé et de la responsabilité plutôt que de poursuivre sur la voie inefficace de la sur-réglementation. Elle souligne aussi, rappelons-le, qu'il est vain d'espérer des banques saines dans un système monétaire corrompu.

Références :

- Centi, Jean-Pierre (1998), « Le contrat de dépôt bancaire », in *Mélanges Christian Mouly*, LITEC, p. 305-316
- Coquelin, Charles (1876), *Le crédit et les banques*, Guillaumin, Paris.
- Dowd, Kevin, Martin Hutchinson, Simon Ashby et Jimi M. Hinchliffe, « Capital Inadequacies: The Dismal Failure of the Basel Regime of Bank Capital Regulation », *Policy Analysis*, N°681, 29 July 2011, Cato Institute
- Friedman, Milton et Anna Schwartz, *Monetary History of the United States 1867-1960*, Princeton University Press, 1993.
- Gentier, Antoine (2000), « Liberté bancaire ou régulation par une autorité monétaire ? Une comparaison de deux systèmes en longue période : le Massachusetts 1803-1858 et la Banque de France 1800-1870 », *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, vol. 10, N°1, mars 2000, pages 119-155.
- Gentier, Antoine (2003), *Economie Bancaire : Essai sur les effets de la concurrence et de la réglementation sur le financement du crédit*, Collection Economie & Gestion, Publibook, Paris.
- Gentier, Antoine (2009), « Fonds propres ou assurance dépôt ? Une mise en perspective de la protection contemporaine des déposants à la lumière de la crise de 1837 au Massachusetts et dans l'Etat de New York » *GDR Européen Monnaie Banque Finance Workshop* 14 janvier 2009 Lille.
- Knox, John (1903), *A History of Banking in the United States*, Bradford Rhodes and Compagny, New York.
- McCloskey, Deirdre (2011), « Liberty and Dignity Explain the Modern World », in Tom G. Palmer (éditeur), *The Morality of Capitalism: What Your Professors Won't Tell You*, Jameson Books, Inc.
- Roberts, Russel (2010), *Gambling with Other People's Money: How perverted Incentives Caused the Financial Crisis*, Mercatus Center, George Mason University. Téléchargeable à <http://mercatus.org/publication/gambling-other-peoples-money>
- Rosenbleeth, Robert (2009) *A Credit-crunch Reader*, Institute of Economic Affairs: London. Téléchargeable en ligne à <http://www.iea.org.uk/publications/research/a-credit-crunch-reader-web-publication>
- Say, Jean-Baptiste (1841), *Traité d'économie politique*, Guillaumin, Paris.
- White, Lawrence (1995), *Free Banking in Britain, Theory, Experience and Debate 1800-1845*, The Institute of Economic Affairs, Londres.
- White, Lawrence (1993), *The Crisis in American Banking*, New York: New York University Press, 1993.

¹⁴ Voir McCloskey (2011).

¹⁵ Entre 1780 et 1863, la réglementation des banques du Massachusetts, qui ont eu un comportement responsable, reposait principalement sur le droit commercial. Le contenu de cette réglementation tient dans un livre au format A5 de 37 pages. Celle qui encadre aujourd'hui les banques américaines comme celle qui régie les banques européennes comporte des milliers de pages qui remplissent d'impressionnants volumes.

Le procureur de la République, clé de voûte de la procédure pénale ?

Frédéric DEBOVE

*Directeur de l'Institut de droit et d'économie de l'université Panthéon-Assas
Enseignant associé à l'ENSP, à l'EOGN et à l'ENM*

En architecture, une clé de voûte correspond à la pierre placée dans l'axe de symétrie d'un arc ou d'une voûte pour bloquer les claveaux ou voussoirs. De la clé de voûte dépendent l'équilibre et la stabilité d'un édifice. A priori, la justice pénale semble fort éloignée de ces préoccupations et références architecturales ou esthétiques. Pourtant, à bien regarder, pour rendre la justice (témoigner, argumenter, prouver, écouter, trancher), il faut d'abord se trouver en situation de juger. Comme le souligne fort justement Antoine Garapon (*Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 1997, p.19), le premier geste de la justice n'est ni intellectuel ni moral, mais architectural et symbolique : le procès –et singulièrement le procès pénal– est l'expérience esthétique de la justice. Ce théâtre naturel dans lequel se joue une comédie souvent grinçante comporte un décor, des acteurs, un langage, un rituel. Sans espace nécessaire à son accomplissement, la justice pénale est impuissante et désarmée.

Avant de prendre place dans des cités judiciaires ou des palais, la justice était rendue autour d'un puits, d'un temple, sous un arbre ou dans une enceinte végétale. De là vient d'ailleurs l'origine du *Parquet* qui désigne le petit enclos délimité par des barrières et des barreaux au sein duquel se tenaient aussi bien les gens du Roi (avocats et procureurs du Roi) que les huissiers et les avocats. Figure du Parquet (ou du Ministère public) près le tribunal de grande instance, le procureur de la République entretient donc symboliquement –à travers son étymologie– des liens étroits avec l'architecture. Mais, la métaphore architecturale à laquelle fait référence le libellé du sujet reflète-t-elle fidèlement la place et le rôle du procureur de la République dans la procédure pénale contemporaine ? Soumise à l'attraction du modèle européen et à la tentation du modèle anglo-saxon, ballottée par les idéologies et le poids des faits-divers, notre justice pénale est en quête d'un fragile équilibre. Au moment où ses fonctions ne cessent de se dilater et que certaines interrogations se font jour au sujet de son statut (s'agit-il d'un magistrat à l'instar d'un juge du siège ? relève-t-il vraiment de l'autorité judiciaire malgré sa dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif ?), V ; sur ces questions F. Debove, F. Falletti et E. Dupic, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, Coll. Major, 5^{ème} édition, 2013) le procureur de la République est-il en mesure d'incarner le centre de gravité d'une justice pénale en pleine mutation ?

Tour à tour pivot, meneur, passeur, capitaine, entraîneur et arbitre, le procureur est indiscutablement « *l'homme (ou la femme) à tout à faire* » de la procédure pénale contemporaine. Cette polyvalence traverse aujourd'hui une zone de turbulences d'autant plus sensibles qu'aux interrogations sur les missions s'ajoutent des questionnements sur le statut du parquet (V. en ce sens « *Refonder le ministère public* », Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la Justice de la Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis Nadal, novembre 2013, 123 p.). Partant, après avoir scruté les certitudes des traditions (I), il conviendra de mettre en exergue tous les doutes de la modernité (II).

I. Les certitudes des traditions

Le procureur de la République dont on connaît les caractéristiques essentielles –irrécusabilité, irresponsabilité, indivisibilité et subordination hiérarchique propre à la magistrature « debout »– est le seul acteur permanent du procès pénal (L. Lemesle et F.-J. Pansier, *Le procureur de la République*, éd. PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1998). La figure traditionnelle du magistrat du Parquet évoque la direction de l'enquête de police (A), d'une part, et l'engagement et l'exercice des poursuites devant les tribunaux répressifs (B), d'autre part. Si l'on s'en tient à ces deux fonctions majeures, la verticalité domine : enquêteur ou accusateur, le procureur de la République dirige, ordonne, oriente, contrôle et supervise.

A. Le directeur d'enquête

Inscrite solennellement à l'article 12 du code de procédure pénale, cette fonction de directeur d'enquête apparaît comme la base et le cœur même du métier (en ce sens, F. Audier, « *Les procureurs de la République : un corps relativement homogène* » in Les cahiers de la justice, n°4 printemps 2009, p. 25). Elle présente en pratique un contenu et une intensité extrêmement variables selon la composition et la taille du parquet placé sous l'autorité du procureur (nombre de procureurs adjoints, vice-procureurs et substitués).

Sans avoir la qualité d'officier de police judiciaire, le procureur de la République dispose d'une compétence

générale dans la conduite des enquêtes puisqu'il détient nombre de prérogatives attachées à la qualité d'OPJ (art. 41 CPP). Doté du pouvoir de diriger la police judiciaire, il peut adresser toutes instructions utiles aux OPJ, et sa présence sur les lieux d'une infraction flagrante les dessaisit (art. 68 CPP). Le procureur peut alors accomplir tous les actes d'enquête même si en pratique, il se borne le plus souvent à inviter l'OPJ présent à poursuivre ses investigations, le cas échéant, sur la base de ses directives.

Lorsqu'il confie une enquête (préliminaire ou de flagrance) à un service de police judiciaire, le procureur de la République doit fixer le délai dans lequel les investigations doivent être accomplies. Ce délai est susceptible de prolongations au vu des indications communiquées par les enquêteurs. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un service d'enquête a agi d'initiative dans le cadre d'une enquête préliminaire pendant un délai de six mois, celui-ci doit au terme de ce délai aviser le procureur de la République en lui rendant compte de l'état d'avancement de la procédure. En outre, l'OPJ qui mène une enquête préliminaire concernant un crime ou un délit doit impérativement aviser le procureur de la République dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée. Enfin, toute personne placée en garde à vue au cours d'une enquête (préliminaire ou de flagrance) qui n'a pas fait l'objet de poursuites pénales dans les six mois peut interroger le procureur de la République territorialement compétent sur les suites susceptibles d'être données à la procédure. Il revient alors au procureur de la République, saisi d'une telle demande, de faire connaître à l'intéressé si l'enquête se poursuit ou s'il entend y mettre un terme par un acte de poursuite, une mesure alternative ou une décision de classement (art. 77-2 CPP).

Indépendamment du contrôle exercé à l'occasion de certains actes particuliers par certaines personnes (avocat, médecin, interprète, bâtonnier ou représentant de l'ordre), c'est à l'autorité judiciaire –et singulièrement au procureur de la République– qu'il incombe d'exercer un contrôle approfondi s'agissant des actes portant le plus atteinte aux libertés individuelles des personnes mises en cause (art. préliminaire CPP imposant d'ailleurs expressément un contrôle effectif de l'autorité judiciaire sur toutes les mesures de contrainte). La pluralité des formes de contrôle n'est pas une vue de l'esprit : ainsi le procureur de la République intervient-il notamment au moment des prolongations et fins de rétention des gardes à vue relevant du droit commun, des comparutions par la force publique des témoins défaillants, des interpellations d'une personne et de leur placement en garde à vue en application d'un mandat de recherche. Il incombe également au procureur de la République d'ordonner certains types de contrôles d'identité, de contrôler les mesures de vérification d'identité, d'autoriser les prises d'empreintes digitales ou de photographies, de superviser les mesures de rétention liées à l'exécution des différents mandats, ou bien encore – et la liste n'est pas exhaustive– d'autoriser les opérations d'infiltration.

A ce contrôle *a priori* sur l'acte de police judiciaire s'ajoute un contrôle *a posteriori*. Bien que séparé dans le temps de l'acte accompli, ce contrôle n'en demeure pas moins doté

d'une grande efficacité pratique puisqu'il peut entraîner la nullité de l'acte irrégulièrement accompli et le cas échéant la mise en œuvre de responsabilités multiples tenant à l'irrégularité ainsi commise. Soulignons simplement à cet égard que le procureur de la République est l'un des titulaires de l'action en nullité. Il est en outre habilité à saisir le procureur général près la Cour d'appel aux fins qu'un avertissement soit adressé à l'officier de police judiciaire défaillant ou que la chambre de l'instruction soit saisie dans l'éventualité du prononcé d'autres sanctions.

B. Le maître d'œuvre de l'action publique

S'il est une mission traditionnelle du procureur de la République, c'est bien celle du déclenchement et de l'exercice des poursuites pénales (En ce sens, Ch. Lazerges (sous la direction de), *Figures du parquet*, éd. PUF, Coll. Les voies du droit, 2006, spéc., p. 19). Depuis l'ancien Régime (et sous réserve de l'épisode révolutionnaire marqué par l'émergence de l'accusateur public désigné par les représentants du peuple), le procureur est en effet maître d'œuvre de l'action publique en disposant de l'opportunité des poursuites (art. 40 CPP). Partant, lorsqu'une infraction pénale est portée à la connaissance du procureur de la République, celui-ci doit d'abord vérifier si toutes les conditions juridiques sont réunies pour permettre la poursuite de cette infraction. Il doit ensuite s'assurer qu'il n'existe pas d'obstacles (amnistie, immunité, prescription, etc.) empêchant le déclenchement des poursuites. Mais, en même temps qu'elles doivent être fondées en droit, les poursuites doivent apparaître opportunes. Dans le cas contraire, l'affaire doit être classée. Ainsi le commande le principe de l'opportunité des poursuites.

Jusqu'à une période récente, le procureur de la République ne pouvait, sans outrepasser ses prérogatives, sortir des frontières délimitées par les deux seules options : prendre une décision de classement sans suite pur et simple (ou si l'on préfère « sec ») ou engager les poursuites. Autrement dit, il disposait davantage d'une solution de rechange que de véritables alternatives aux poursuites. À bien y regarder, cette logique binaire n'était pas des plus satisfaisantes tout particulièrement lorsque des infractions, qui justifiaient objectivement des poursuites, n'en faisaient pas l'objet parce que les juridictions de jugement n'étaient pas en mesure de traiter plus d'affaires que celles dont elles étaient déjà saisies. Aussi, entre les deux voies traditionnelles (poursuite ou classement), les praticiens ont-ils progressivement dégagé une voie intermédiaire (ou troisième voie) en multipliant les expériences de médiation-réparation, de classement du dossier sous condition ou bien encore de convocation du délinquant pour un rappel solennel au respect de la loi. Ces expériences locales, sans véritable fondement légal, ont d'abord été encouragées par voie de textes simplement incitatifs (circulaires ministérielles) avant d'être par la suite consacrées et étendues par le législateur (singulièrement par les lois n° 99-515 du 23 juin 1999, n°2004-204 du 9 mars 2004 et n°2007-297 du 5 mars 2007). Clandestines à l'origine, ces diverses solutions de rechange sont aujourd'hui recouvertes du sceau de la loi et le Code de procédure pénale en assure la pérennité en y consacrant ses articles 41-1 à 41-3.

Lorsqu'il décide d'engager des poursuites pénales, le procureur de la République dispose, sous réserve de certaines limites, d'un large choix procédural qui témoigne là encore de sa forte capacité de pilotage. Selon les circonstances (identification ou non de l'auteur présumé, difficulté et complexité des investigations à conduire, etc.), le procureur de la République optera en faveur de l'ouverture d'une information judiciaire par la voie d'un réquisitoire introductif ou bien privilégiera la saisine directe de la juridiction de jugement (citation directe, comparution immédiate, convocation par procès-verbal, convocation par OPJ, avertissement, ordonnance pénale, etc.).

Toujours au titre de la conduite de l'action publique, le procureur de la République est à l'occasion des audiences pénales l'un des principaux acteurs des débats. Partie intégrante et nécessaire des juridictions répressives, il intervient devant toutes les juridictions pénales en prenant les réquisitions qu'il estime nécessaires, c'est-à-dire en suggérant à la juridiction (d'instruction ou de jugement) la mesure qu'il considère comme pertinente et justifiée eu égard à la nature des faits et à la personnalité du délinquant. Garant de l'intérêt général et partie prenante à la procédure, il appartient également au procureur de la République d'exercer, le cas échéant, les voies de recours à l'encontre de tout ou partie des décisions de justice (émanant des juridictions d'instruction ou de jugement) qu'il estimerait contraires aux intérêts de la société. Soulignons enfin que le procureur de la République est chargé, en aval, de l'exécution des peines en liaison avec les juridictions de l'application des peines, les services d'insertion et de probation et le Trésor public.

II. Les doutes de la modernité

En complément de ces tâches traditionnelles « avant », « pendant » et « après » le procès, les missions du procureur de la République se sont récemment dilatées à la faveur de réformes législatives (dont le flot n'est pas encore tari). Certaines prérogatives, en amont du procès pénal, sont étrangères au sujet et se rapportent à l'animation et à la coordination de la politique de prévention de la délinquance dans sa composante judiciaire. Ambassadeur de l'institution judiciaire auprès des élus, des collectivités territoriales, des préfets et des services déconcentrés de l'Etat, le procureur de la République intervient en effet, parfois en qualité de président, dans un nombre considérable d'instances partenariales : Comité départemental de sécurité (CDS), groupes locaux de traitement de la délinquance (GLTD), conseils locaux ou intercommunaux de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD/CISPD), état-major de sécurité (EMS), zones de sécurité prioritaires (ZSP), etc. D'autres prérogatives, dont certaines demeurent encore à l'état de projet, relèvent en revanche pleinement de la procédure pénale. Leur dénominateur commun est de renforcer la place du procureur de la République au sein du procès pénal en l'érigeant tantôt en « juge avant le juge » (A), tantôt « en juge à la place du juge » (B).

A. Un juge avant le juge ?

S'il délaisse assez souvent les actes d'investigation au profit des services enquêteurs (D. Salas, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, éd. Hachette Littératures, 2005, p. 159), le parquet braconne chaque jour davantage dans ce qui hier encore constituait la « chasse gardée » des magistrats du siège, à savoir la détermination de la sanction. Avec le développement des procédures accélérées et simplifiées, et singulièrement la composition pénale et le plaidoyer de culpabilité (CRPC), les membres du ministère public – et le cas échéant les délégués du procureur – accèdent à un nouveau rôle qui fait d'eux « une partie intégrante du jugement ». Autrefois simple garant de l'opportunité des poursuites et dépositaire des réquisitions du ministère public, le parquet exerce à présent des tâches quasi-juridictionnelles en proposant la sanction soumise par la suite à acceptation (du mis en cause) et homologation (du juge du siège). Cette « mutation professionnelle » brouille inévitablement la distinction entre les juges du siège et les magistrats du ministère public en même temps qu'elle effrite la sacro-sainte séparation des autorités de poursuite et de jugement.

Si les procédures accélérées les plus récentes entraînent un déplacement de la fonction de juger, peut-on pour autant parler de déséquilibre institutionnel ou pire de « justice sans juge » (pour reprendre l'expression d'E. Halphen, *Le bal des outrés*, éd. Privé 2006, p. 87) ? A bien y regarder, l'impérialisme du parquet n'est pas sans limites. En premier lieu, la fonction « jugeante » des magistrats du siège est entamée sans être profondément remise en cause. En présence d'une citation directe, d'une comparution immédiate, d'une ordonnance pénale, d'une convocation par OPJ (ou par procès-verbal) ou encore sur renvoi d'une juridiction d'instruction, le monopole des juges du siège n'est pas affecté. En second lieu, dans ce ménage à trois – voire à quatre si l'on ajoute l'avocat du mis en cause – s'il appartient au parquet de proposer (des peines ou des sanctions), c'est toujours le juge qui dispose *in fine* à travers la procédure d'homologation (pour le plaidoyer de culpabilité) ou de validation (pour la composition pénale). Autant dire que l'ombre du juge est omniprésente.

A défaut de pouvoir modifier la peine proposée et acceptée (faculté toutefois en germe dans la proposition de loi n°68 – en cours de discussion parlementaire – portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité), le juge du siège est d'ailleurs fermement invité à exercer la plénitude des pouvoirs qui incombent au juge du fond. Il lui appartient à cet effet de vérifier la qualification juridique des faits, de s'interroger sur la justification de la peine au regard notamment des circonstances de l'infraction et de s'assurer de la réalité comme de la sincérité de l'aveu du prévenu et de son accord sur la peine proposée. Pour autant, cette mission de contrôle de la procédure en ses éléments factuels et légaux s'inscrit en retrait par rapport au rôle du juge lors d'une audience traditionnelle. Certains y verront l'opportunité d'une plus grande disponibilité pour « mieux juger » les affaires complexes ou pour lesquelles la

culpabilité est moins tangible ; d'autres une dépossession inacceptable et périlleuse pour les droits des justiciables.

B. Un juge à la place du juge ?

Après avoir été autorisé à chasser sur les terres des juridictions de jugement, le procureur de la République est depuis quelques années pressenti pour succéder au juge d'instruction dont les pouvoirs publics (V. le discours prononcé par le président de la République Nicolas Sarkozy lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation en janvier 2009) ont pu annoncer avec un brin de condescendance, la mort prochaine.

Quand bien même le temps du remplacement ne serait-il pas aussi inéluctable qu'avait pu le pressentir le « *Comité de réflexion sur la justice pénale* » présidé par l'Avocat général Philippe Léger (septembre 2009), plusieurs questions se posent cependant : la justice d'une société démocratique peut-elle être à ce point dépendante d'un magistrat subordonné hiérarchiquement au pouvoir politique par l'intermédiaire du procureur général ? Comment investir ces nouvelles fonctions sans affaiblir la performance de la réponse pénale ?

La première question, controversée, se rapporte à la place des membres du Parquet au sein de l'appareil judiciaire. Membres de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles (décisions précitées n°93-326 DC du 11 août 1993 ; n°2004-492 DC du 2 mars 2004 ; n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010), les magistrats du parquet ne sont pour autant « ni des juges ni des magistrats habilités par la loi à exercer des fonctions judiciaires au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » (CEDH, *Medvedyev c/ France* 10 juillet 2008 et en grande chambre 29 mars 2010, et plus récemment et de façon plus catégorique *Moulin c/ France*, 23 novembre 2010. Position partagée par la Cour de cassation à la suite d'un récent revirement, *Crim.*, 15 décembre 2010, *Creissen* ; et plus récemment *Crim.*, 22 octobre 2013 n°13-81.949 et 13-81.945 en matière de géolocalisation). Avant d'ériger le procureur de la République en homme-orchestre du procès pénal, il paraît donc impérieux d'accorder notre musique répressive avec le diapason européen en garantissant à la justice française un fonctionnement impartial, apaisé et préservé du soupçon. En supprimant la possibilité pour le garde des Sceaux de délivrer des instructions dans des affaires individuelles, la récente loi du 25 juillet 2013 (relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique) s'inscrit nettement dans cette perspective. Plusieurs propositions issues des travaux de la Commission Nadal (novembre 2013, précitée) entendent prolonger ce mouvement en l'approfondissant : inscrire dans la Constitution le principe de l'unité du corps judiciaire (car la rédaction actuelle de l'article 64 de la Constitution se contente de consacrer l'indépendance de l'autorité judiciaire sans faire mention du ministère public) ; rapprocher les conditions de nomination des magistrats du parquet et ceux du siège en confiant au CSM le pouvoir de proposer la nomination des procureurs de la République, des procureurs généraux et des membres du parquet de la Cour de cassation tout en

soumettant la nomination des autres magistrats du parquet à l'avis conforme du CSM ; transférer au CSM le pouvoir de statuer en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet (pouvoir dévolu aujourd'hui au garde des sceaux) ; circonscrire les cas dans lesquels le garde des sceaux est fondé à demander ou recevoir une information dans les affaires individuelles (sans jamais être accompagnée de la transmission de pièces de procédure, l'information ne pourrait de surcroît se rapporter qu'à des événements passés) ; reconnaître aux procureurs de la République une capacité d'initiative en matière de définition des priorités d'action publique (en l'état actuel de sa rédaction, l'article 39-1 du code de procédure pénale prévoit plus timidement que le procureur de la République doit mettre en œuvre les instructions générales de politique pénale du garde des sceaux en tenant compte du contexte propre à son ressort).

Autant la première question est d'ordre statutaire, autant la seconde réclame une véritable réflexion de fond sur le périmètre d'intervention du procureur de la République, et plus généralement, sur ses missions et ses méthodes d'action dans la conduite de la politique pénale. Qu'il soit ou non appelé demain à se substituer au juge d'instruction, le procureur de la République doit impérativement se moderniser s'il entend relever les défis de la célérité et de la gestion de flux considérable de procédures. Au travers des recommandations qu'elle formule en ce domaine, c'est à une véritable refondation du Ministère public qu'appelle la Commission Nadal. Afin d'inscrire l'action du ministère public dans un cadre territorial élargi, il est ainsi proposé de créer un parquet départemental auprès d'un tribunal départemental et de mettre en cohérence le ressort des cours d'appel avec la carte des régions administratives. Un ministère public à la hauteur de son rôle suppose également des moyens : la Commission Nadal en est convaincue lorsqu'elle invite les pouvoirs publics à renforcer les effectifs des parquets (dont le nombre est notoirement inférieur à celui des autres pays européens) par des « assistants du ministère public » recrutés au sein des greffiers des services judiciaires. Pour une action publique de qualité, il est par ailleurs proposé de recentrer l'activité du parquet sur ses fonctions traditionnelles : *la direction des enquêtes et l'orientation des affaires.*

En ce domaine, la Commission Nadal ne propose pas le « grand soir » réclamé par certains à travers le rattachement organique de la police judiciaire au ministère public. La modernité s'exprime par des propositions plus modestes marquées du sceau de la faisabilité juridique : l'explicitation du libre choix par le parquet du service enquêteur (ce libre choix devant s'entendre de celui du service de police ou de l'unité de gendarmerie et non de l'échelon administratif de direction de ces services ou unités) ; la consultation du procureur général sur les projets de nomination des principaux responsables des services de police judiciaire (directeur départemental de la sécurité publique, commandant de groupement de gendarmerie départementale, directeur régional de police judiciaire, commandant de section de recherches) ; la participation des procureurs généraux aux décisions relatives à la répartition des moyens et des effectifs au sein des services de police judiciaire ; la prise en compte effective (et non seulement théorique comme en témoigne la pratique actuelle) de la notation judiciaire des OPJ dans leur déroulement de carrière ; la rationalisation du « traitement en temps réel »

en recentrant cette technique professionnelle sur les véritables urgences judiciaires ; la réduction des sollicitations abusives du parquet par une implication plus forte du commandement des services de police et unités de gendarmerie dans le suivi des enquêtes, etc.

Opter pour la qualité là où les indicateurs de performance privilégient ostensiblement la quantité (avec le fameux taux de réponse pénale qui flirte aujourd'hui avec le seuil de 90%) réclame de nouvelles marges de manœuvre : la contraventionnalisation de certains contentieux de masse (infractions routières, délit d'usage illicite de stupéfiants) combinée avec le recours à la procédure de l'amende forfaitaire, la présence simplement facultative du ministère public à certaines audiences (en matière d'indemnisation des victimes d'infractions devant les CIVI ou de réparation des détentions provisoires), le transfert à d'autres acteurs (préfet, recteur, etc.) de certains attributions administratives (dans le domaine des débits de boisson ou de l'enseignement privé) pourraient assurément contribuer à cet objectif à l'instar de la proposition consistant à rationaliser et à repenser l'intervention du ministère public dans les instances partenariales (par voie notamment de regroupements et de simplification des dispositifs existants).

A l'aube d'une vraisemblable réforme du Parquet, le législateur tirerait sans doute grand profit à méditer la lumineuse leçon de prudence de Portalis : *« Il faut être sobre de nouveautés en matière de législation parce que, s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir, et qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ».*

Les migrants clandestins par voie maritime ont aussi des droits : focus sur l'affaire Hirsi et Jamaa c. Italie (CEDH, 23 févr. 2012)

Arnaud MONTAS

*Maître de conférences en droit privé
Université de Bretagne Occidentale
UMR Amure*

Constat. Le 3 octobre 2013, au large de l'île italienne de Lampedusa, une embarcation de migrants majoritairement originaires d'Érythrée fait naufrage. Le bilan, effroyable, s'élève à 359 victimes dont beaucoup de femmes et d'enfants ; seules 155 personnes ont survécu. Ce drame, qui a marqué l'opinion publique, s'inscrit pourtant dans une funeste tradition, tant les migrations clandestines par voie maritime sont devenues un phénomène massif, source de préoccupation pour les pays de destination et la communauté internationale.

Il faut dire que le développement d'un « commerce » lucratif a entraîné le basculement de cette activité dans le domaine de la criminalité organisée. Or, la lutte contre le trafic illicite de migrants en mer se révèle d'une grande complexité puisqu'elle doit composer avec les exigences du droit humanitaire, les obligations de sauvegarde et de sauvetage de la vie humaine en mer à la charge de chaque Etat, les politiques migratoires souveraines et les principes du droit maritime international où prime notamment la liberté de navigation dans un espace dépourvue de frontières stables.

Sources. C'est avec l'adoption de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer* (CNUDM, 10 déc. 1982, dite *Convention de Montego Bay*)¹ que le droit pénal maritime a entamé un retour en force illustré par la floraison depuis lors ininterrompue de lois pénales de fond et de forme visant à réprimer des formes de criminalité aussi inquiétantes que le trafic international de stupéfiants, la traite des êtres humains ou encore les pollutions marines, parmi d'autres. Aujourd'hui, chacune de ces préoccupations reçoit des réponses affinées au gré de la transposition des conventions dans les droits nationaux mais aussi de faits divers majeurs qui rappellent que la mer est un environnement privilégié pour la criminalité moderne.

Notamment, les règles du droit de la mer issues de la Convention de Montego Bay ont pour corollaire l'impossibilité pour un Etat de contrôler l'activité d'un navire autre que celui qui a sa nationalité (pavillon). Sauf rares exceptions, l'interception d'un navire étranger n'est

donc pas autorisée sauf avec l'accord de l'Etat du pavillon, écartant donc *a priori* toute velléité d'une police universelle de la haute mer.

Complétant la *Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée* (15 nov. 2000)², le *Protocole de Palerme*³, adopté le même jour et entré en vigueur en 2004, a précisé pour objet la lutte contre le trafic illicite de migrants⁴. Il oblige les Etats signataires à ériger en infraction pénale les actes constitutifs de ce trafic⁵. Si le protocole ne mentionne pas le rôle du juge national, celui-ci intervient dans son application en veille au respect des dispositions du droit national sur la sanction de l'aide à l'entrée et aux séjours irréguliers.

Appliqué à la criminalité en mer, il est important de préciser que, n'ayant pas pénétré sur le territoire d'un Etat partie, les migrants ne peuvent être juridiquement qualifiés d'immigrants clandestins. De ce point de vue, en vertu de l'article 5 du protocole, « *Les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales (...) du fait qu'ils ont été l'objet [de trafic]* ». En conséquence, seuls les trafiquants (les *passeurs*) sont susceptibles d'être condamnés en cas de non-respect du droit interne, le protocole ne consacrant en la matière aucune immunité.

² Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, New York, 15 nov. 2000, *Recueil des Traités*, vol. 2225, n° 39574.

³ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2241, p. 519.

⁴ M. Abad Castelos, « Measures Taken by International Organizations to Combat Illicit Human Trafficking and Transnational Organized Crime », in J.-M. Sobrino Heredia, *Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant 2011, p. 47. – P. Mallia, *Migrant Smuggling by Sea : Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, Nijhoff, 2010. – United Nations Office on Drugs and Crime, *Smuggling of Migrants by Sea* (issue paper), Vienna, UNODC, 2011.

⁵ Les migrants doivent le plus souvent être secourus en mer car ils peuvent être qualifiés de personnes en détresse au sens de la convention SAR (« *Search and Rescue* »), signée à Hambourg en 1979 et entré en vigueur en 1985 (not. Chap. X : Obligation de porter secours).

¹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 déc. 1982, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363.

Droits de l'Homme et droit de la mer. Comme toute activité de puissance publique, la lutte des Etats contre la criminalité en mer, à travers la surveillance et le contrôle des approches maritimes, ne les dispense cependant pas de respecter leurs obligations relatives à la protection des droits de l'Homme et des procédures qui en assurent l'effectivité. En droit européen, ce contrôle de la conformité aux droits de l'Homme de l'action de l'Etat en mer relève de la compétence de la *Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH)*.

Instituée dès 1959 par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, usuellement appelée *Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH)*, la Cour EDH est chargée de veiller au respect de la convention par les états signataires : après épuisement des voies de recours internes, elle peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'une violation des dispositions de la convention. La portée des arrêts de la Cour dépend du type de décision qu'elle rend : si certaines de ses décisions se bornent à constater une violation des droits et libertés qu'elle protège, d'autres arrêts accordent au plaignant une satisfaction équitable. De manière générale, une retombée très concrète de son activité est la modification d'une législation interne à la suite d'une condamnation.

Au fond, la convention EDH contient d'une part des droits *substantiels* qui, constituant la base des droits subjectifs, sont des règles de fond régissant un domaine particulier du droit ; elle contient d'autre part des droits *procéduraux* qui déterminent la manière dont les sujets de droits peuvent précisément les faire valoir.

Quête d'équilibre. Avec la normalisation du droit maritime international, l'action pénale des Etats a fait un bond en avant, de sorte que chaque activité illicite peut désormais recevoir une réponse judiciaire. Cependant, la lutte contre la criminalité en mer n'est pas inconditionnelle et n'autorise pas les Etats à porter atteinte aux droits substantiels que la convention EDH, parmi d'autres instruments, garantit. Tout est donc question d'équilibre entre les obligations imposées aux Etats par leurs engagements conventionnels et le nécessaire respect des droits et libertés fondamentales tel qu'exigé par la convention EDH.

Conv. EDH, art. 3 : Interdiction de la torture. Au titre des droits substantiels, l'article 3 de la convention EDH interdit absolument et en toutes circonstances la torture et les traitements inhumains et dégradants : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* »⁶. Dans le même sens, les Etats ont l'obligation de mettre en place des mécanismes de prévention et de répression sanctionnant les traitements qui lui contraient, ainsi que de mener des enquêtes approfondies sur toute allégation de torture ou de mauvais traitement. Pour reprendre l'expression de la cour EDH, l'article 3 « *consacre l'une des valeurs les*

plus fondamentales d'une société démocratique » ; cet article, qui ne supporte aucune dérogation ou restriction légale⁷, est énoncé en termes absolus et sans réserve ; aucun facteur ne saurait donc être invoqué par un système juridique national comme une justification valable pour recourir à un comportement interdit. Notamment, la conduite de la victime ne saurait en aucune façon être considérée comme un motif acceptable pour recourir à ce type de comportement : ainsi en matière de lutte contre les migrations clandestines par voie maritime⁸, étant précisé que le caractère inconditionnel a des répercussions extraterritoriales puisque chacun doit être protégé contre les mauvais traitements qu'il pourrait subir ou risquer de subir au-delà du territoire de l'Etat signataire⁹. Cet article implique en effet, pour les Etats, l'obligation de ne pas refouler une personne vers un Etat où elle serait exposée à des traitements inhumains ou dégradants (*principe de non-refoulement*).

Illustrations jurisprudentielles. Un certain nombre d'affaires portent sur l'application de l'article 3 dans des cas d'expulsion¹⁰. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'expulsion d'un individu vers un pays où il est susceptible d'être soumis à un traitement qui viole l'article 3 engage, au titre de la convention, la responsabilité de l'Etat qui y procède. Ainsi, à la suite de l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989¹¹, plusieurs affaires sont venues consolider le principe voulant qu'en présence de motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'Etat requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la responsabilité de l'Etat qui expulse sera engagée à raison d'un acte exposant autrui à des traitements prohibés. Le fait de ne pas donner de suite appropriée aux allégations de violation peut ainsi constituer, en soi, une violation par les autorités judiciaires de l'article 3. Notamment, un arrêt du 29 juillet 2010, *Shchukin et autres c. Chypre*¹², admet une violation pour absence d'enquête effective des autorités chypriotes, suite aux allégations de mauvais traitements subis par un membre de l'équipage d'un navire ukrainien, au cours de son expulsion suite à la faillite du propriétaire du navire *Primexpress Island*. De

⁷ L'article 15, qui admet un certain nombre de dérogations à la Convention EDH en cas d'état d'urgence, n'en admet cependant aucune concernant l'article 3.

⁸ R. Barnes, « The International Law of the Sea and Migration Control », in B. Ryan and V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden, Nijhoff, 2010, p. 103. – X. Hinrichs, « Measures against Smuggling of Migrants at Sea : A Law of the Sea Related Perspective », *Rev. belge dr. internat.*, 36 (2003), n°2, p. 413. – A. Fornerod, « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes », *RTDH* 2010, p. 315 et s.

⁹ Sur la question de savoir si les Etats contractants ont normalement l'obligation d'appliquer la Convention seulement sur leur propre territoire, V. CEDH, 7 juill. 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07.

¹⁰ Par exemple, CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 13163/87. - 4 févr. 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, req. n°46827/99 ; 46951/99.

¹¹ Req. n°14038/88 – W. Ganshof Van Der Meersch, « L'extradition et la Convention européenne des droits de l'Homme. L'affaire Soering », *RTDH* 1990, p. 5. – F. Sudre, « Extradition et peine de mort : l'arrêt Soering du 7 juillet 1989 », *RGDIP* 1990, p. 103.

¹² 29 juill. 2010, *Shchukin et autres c. Chypre*, req. n°14030/03.

⁶ U. Erdal et H. Bakirci, *Article 3 of the European Convention on Human Rights, a practitioner's handbook*, OMTC (Genève), 2006. – A. Reidy, « L'interdiction de la torture, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Précis sur les Droits de l'Homme* n°6, Ed. Conseil de l'Europe, 2006. – H. Fourteau, *L'application de l'article 3 de la CEDH dans le droit interne des Etats membres*, LGDJ, 2006.

son côté, l'arrêt *A.A. c/ Grèce*¹³ du 22 juillet 2010 a admis qu'un migrant, demandeur d'asile, a été retenu illégalement et dans des conditions sordides dans un centre de rétention en Grèce, en contradiction avec l'article 3. Dans cette affaire, le requérant était un ressortissant palestinien résidant en Grèce. Fuyant le camp de réfugiés où il vivait au Liban, il gagna les eaux territoriales grecques où il fut appréhendé par la gendarmerie maritime alors que l'embarcation qu'il occupait était en train de sombrer. Les autorités de police le placèrent en détention provisoire, puis le procureur ordonna son renvoi dans son pays d'origine. Dans cette affaire, la cour EDH rappelle que le droit des États de placer en détention des demandeurs d'asile en vertu de leur droit indéniable de contrôler l'entrée et le séjour de étrangers sur leur territoire, doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la convention. Pour la Cour, le fait que le requérant ait séjourné durant 3 mois dans des conditions indignes (surpopulation carcérale, exigüité et saleté extrêmes, toilettes délabrées, hospitalisation impossible, système d'égout défectueux, odeurs nauséabondes, problèmes dermatologiques transmissibles, violences lors des arrestations), est constitutif d'un traitement dégradant, en toutes hypothèses contraire à l'article 3.

Affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*. Le 23 février 2012, un arrêt particulièrement frappant, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*¹⁴ a traité du refoulement de migrants en Libye sans examen du risque qu'ils invoquaient d'être exposés à un risque de mauvais traitements.

En l'espèce, les requérants sont 11 ressortissants somaliens et 13 ressortissants érythréens, qui font partie d'un groupe d'environ 200 personnes qui, en 2009, quittèrent la Libye à bord de 3 embarcations dans le but de rejoindre les côtes de Lampedusa (Italie). En mai 2009, alors que les embarcations se trouvent à l'intérieur de la zone maritime de recherche et de sauvetage relevant de la compétence de Malte, elles sont approchées par des navires d'Etat italiens. Les occupants sont transférés sur les navires militaires et reconduits vers la Lybie en vertu de la récente entrée en vigueur d'accords conclus entre les autorités libyennes et italiennes dans le cadre de la lutte conjointe des deux pays contre l'immigration clandestine par mer¹⁵. Arrivés au port de Tripoli, les migrants sont livrés aux autorités libyennes. Les requérants s'y opposèrent mais furent obligés par la force à quitter les navires italiens. 2 des requérants sont décédés dans des circonstances inconnues après les faits litigieux. Entre juin et octobre 2009, 14 des requérants ont obtenu le statut de réfugié auprès du bureau du HCR de Tripoli.

Devant la Cour EDH, les requérants invoquaient la violation de l'article 3 de la convention EDH et soutenaient que la décision des autorités italiennes de les renvoyer vers la Libye les exposait au double risque de

subir des traitements inhumains et dégradants en Libye et d'être rapatriés arbitrairement en Érythrée et en Somalie. Ils estimaient également avoir fait l'objet d'une expulsion collective prohibée par l'article 4 du Protocole n°4. Enfin, ils invoquaient la violation de l'article 13 de la convention EDH puisqu'ils considéraient n'avoir eu aucune voie de recours effectif en Italie pour se plaindre des atteintes alléguées à l'article 3 et à l'article 4 du Protocole n°4. La requête a été introduite devant la Cour EDH le 26 mai 2009. La chambre à laquelle l'affaire avait été confiée s'est dessaisie le 15 février 2011 au profit de la Grande Chambre, témoignant ainsi de l'importance solennelle de l'espèce.

Au fond, la Cour devait se prononcer sur la violation de plusieurs dispositions de la convention EDH. Dans un premier temps, elle devait examiner la question de sa compétence au regard de l'article 1 de la convention : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) convention* ». Le gouvernement italien avançait, pour exclure l'applicabilité de cet article, que ses autorités n'avaient pas exercé « *un contrôle absolu et exclusif* » sur les migrants, l'interception des requérants ayant eu lieu en haute mer en vertu de l'obligation de sauvetage de la vie humaine en mer ; de même, à bord du navire, les secourus auraient bénéficié de « *l'assistance humanitaire et médicale nécessaire* », sans recours à la violence. En réponse, la Cour EDH rappelle le principe de droit international, transcrit dans le *code italien de la navigation*, selon lequel un navire en haute mer est soumis à la juridiction exclusive définie par son pavillon. De leur montée à bord jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, en droit et en fait, des autorités italiennes. Par conséquent, au sens de l'article 1 de la convention, les faits dont découlent les violations alléguées relèvent de la juridiction de l'Italie. La Cour, bien que consciente de la pression sur les Etats que représente le flot de migrants par voie maritime, rappelle que cette situation ne les exonère pas de leur obligation de ne pas éloigner une personne risquant de subir des traitements prohibés par l'article 3 dans le pays de destination. Notant la dégradation de la situation en Lybie à compter d'avril 2010, la Cour observe que les migrants irréguliers et demandeurs d'asile étaient systématiquement arrêtés et détenus dans des conditions inhumaines, évoquant notamment des cas de torture. Le gouvernement italien a maintenu que la Libye était un lieu sûr pour les migrants et que ce pays respecterait ses engagements internationaux en matière d'asile et de protection des réfugiés.

La Cour souligne encore que l'existence de textes internes et la ratification de traités ne suffisent pas toujours à assurer une protection adaptée contre le risque de mauvais traitements lorsque des sources fiables font état de pratiques contraires à la convention EDH. Cette réalité étant notoire en Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir, au moment d'éloigner les requérants, qu'ils y seraient exposés à des traitements interdits, étant précisé que le fait que les requérants n'aient pas expressément demandé l'asile ne dégage en rien l'Italie de ses responsabilités.

La Cour rappelle enfin les obligations des Etats concernant les réfugiés, dont le *principe de non-refoulement* également consacré par la Charte des droits

¹³ Req. n° 12186/08.

¹⁴ Req. n° 27765/09.

¹⁵ Accord du 29 déc. 2007 de coopération pour la lutte contre l'immigration clandestine ; Protocole additionnel du 29 déc. 2007 fixant les modalités techniques et opérationnelles ; Protocole additionnel du 4 févr. 2009 visant au renforcement de la coopération bilatérale aux fins de la lutte contre l'immigration clandestine. Ces instruments ont été suspendus le 26 février 2011 par le ministre italien de la Défense au regard des événements en Libye.

fondamentaux de l'UE, proclamée à Nice le 7 décembre 2000¹⁶.

La Cour conclut que transfert des requérants vers la Libye par les autorités italiennes les ont exposés, en connaissance de cause, à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

Prospective. La décision de la Cour EDH est bienvenue, qui devrait avoir des conséquences sur les politiques nationales de refoulement, lesquelles ne sont plus fondées à se retrancher derrière le principe de territorialité pour exclure l'applicabilité de la convention. Sans en dire davantage, la Cour autorise à affirmer qu'en haute mer, où règne le principe de liberté des mers, la situation des migrants clandestins n'autorise pas les Etats à s'affranchir de leurs obligations élémentaires en matière de droits de l'Homme.

Aujourd'hui, la continuité des drames humains qui se jouent à proximité des côtes européennes et l'incapacité persistante du droit à s'en emparer, apportent la preuve de l'insuffisance des règles juridiques préventives et répressives. S'agissant d'une préoccupation tout à la fois internationale, régionale, humanitaire et politique, et malgré les messages envoyés aux Etats par la Cour EDH, il demeure que les principes juridiques applicables à la protection et la répression des migrants doivent certainement être repensés.

¹⁶ JOCE 18 déc. 2000, C 364/1.

La consécration du contrôle de proportionnalité sur le choix de la sanction infligée à un agent public



Jérôme MICHEL

Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Enseignant à l'institut d'études politiques de Paris et à l'IDAI (Paris I – Le Caire)

Le juge administratif exerce désormais un contrôle entier sur le choix de la sanction disciplinaire infligée à un agent public (CE, Ass., 13 novembre 2013)

Pour bien comprendre la portée de la décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 13 novembre 2013 (n°347704, M. Dahan) reproduit ci-après il semble utile, de prime abord, de rappeler l'évolution du régime juridique de la sanction disciplinaire dans la fonction publique.

Dans une étude publiée à la revue *Actualité juridique - Droit administratif* (cahier spécial n°2000-3) Marcel POCHARD, conseiller d'Etat, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique écrivait : « Les gestionnaires répugnent à exercer leur pouvoir disciplinaire, notamment pour ce qui est de la discipline quotidienne : respect des horaires, absentéisme, délais de réponse, négligence dans le traitement des dossiers. Ceci explique le nombre infime de sanctions courantes comme le blâme ou l'avertissement (environ 3500 par an), pourtant les plus adaptées à ces manquements quotidiens qui sont la plaie de la fonction publique. Les sanctions les plus lourdes sont elles-mêmes peu pratiquées. Surtout, elles ne sont vraiment mises en œuvre que pour un type de manquement, le détournement direct des deniers publics ».

Quoiqu'il en soit le pouvoir disciplinaire de l'administration vis-à-vis de ses agents s'exerce sous le contrôle du juge administratif.

En vertu de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et qui s'applique aux agents de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière : « Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale ».

A la différence du droit pénal régit par le principe de légalité des délits et des peines, il n'existe pas, à proprement parler, de définition de la faute dans le droit français de la fonction publique. Les textes

réglementaires portant statut des corps de fonctionnaires ou cadres d'emplois ne comportent aucune énumération de fautes.

De manière très souple, il ressort de la jurisprudence administrative que la faute se définit avant tout comme un manquement à une obligation préalable pesant sur le fonctionnaire, obligation qui peut être écrite ou non écrite. L'autorité administrative compétente peut constater certains faits dont elle fait grief à un agent public et si elle estime que ces faits traduisent un manquement à une obligation à laquelle était tenu l'agent en cause, elle lui donnera la qualification de faute susceptible d'entraîner une sanction. Pour cela, elle tient compte des faits eux-mêmes, de leur degré de gravité, des conditions dans lesquelles ils sont survenus, du comportement général du fonctionnaire concerné, de la manière dont l'agent a servi depuis le début de sa carrière, de sa place dans la hiérarchie, enfin de toutes circonstances pouvant constituer un facteur aggravant ou, au contraire, atténuant de sa responsabilité disciplinaire. Par ailleurs, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire doit choisir, dans la gamme des échelles de sanctions prévues par les textes celle qui lui apparaît comme la plus adaptée afin de punir la faute poursuivie.

Pour l'essentiel, les règles disciplinaires sont communes aux fonctions publiques. Une sanction disciplinaire ne peut être infligée qu'après réunion d'un conseil de discipline. Dans la fonction publique de l'Etat par exemple, il s'agit de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline. Cette commission est composée pour moitié de représentants de l'administration et pour moitié de représentants des fonctionnaires, et plus précisément des organisations syndicales de fonctionnaires.

Il est important de souligner l'importance, en droit public français, du principe de l'indépendance des législations régissant les poursuites pénales d'une part, les poursuites disciplinaires d'autre part. Schématiquement, cela signifie qu'un même fait constituant à la fois une infraction pénale et un manquement à une obligation pesant sur le fonctionnaire peut être sanctionné par le

juge pénal d'une part et par l'autorité disciplinaire d'autre part sans que la règle du *non bis in idem* soit méconnue. Doit être réservée l'hypothèse dans laquelle l'autorité disciplinaire est liée par une constatation de fait opérée par le juge pénal. Ainsi dans le cas où un fonctionnaire est relaxé au pénal au motif qu'il n'a pu commettre le fait qui lui est reproché, ce motif revêtu de l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision du juge pénal interdit de sanctionner cet agent, pour le même fait, sur le terrain disciplinaire.

La répartition des sanctions prévue par les textes statutaires distingue quatre groupes par ordre de rigueur croissante :

- Premier groupe : avertissement ; blâme ; exclusion temporaire (pour quelques jours) ;
- Deuxième groupe : abaissement d'échelon ; exclusion temporaire (quantum plus élevé) ;
- Troisième groupe : rétrogradation ; exclusion temporaire (quantum encore plus élevé) ;
- Quatrième groupe : mise à la retraite d'office ; révocation.

Le Conseil d'Etat est juge de premier ressort pour toutes les sanctions prises contre les fonctionnaires et agents, civils et militaires, nommés par décret du Président de la République en vertu de l'article 13 de la Constitution ou des articles 1er et 2 de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958. Juge de premier ressort, le Conseil d'Etat l'est aussi de dernier ressort, car sa décision est définitive.

Les sanctions prises contre les autres fonctionnaires et agents, civils et militaires relèvent en premier ressort du tribunal administratif. Le jugement qui en résulte peut être frappé d'appel devant la cour administrative d'appel, puis l'arrêt de celle-ci peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

Le décor juridique général étant planté nous pouvons en venir au contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir qui vient de connaître avec la décision du 13 novembre 2013 ici commentée un point d'aboutissement.

Jusqu'à cette décision, le contrôle du juge sur la sanction infligée à un fonctionnaire et contestée par lui, s'opérait selon un cheminement intellectuel en deux temps :

- le juge exerçait un contrôle normal sur les faits et la qualification juridique de faute retenue par l'administration ;
- en revanche, il n'exerçait qu'un contrôle restreint (appelé également contrôle minimum) sur le choix de la sanction. Il n'annulait le choix d'une sanction lorsque celui-ci révélait une erreur manifeste d'appréciation de la l'administration, autrement dit une disproportion choquante entre les faits reprochés et la sanction prononcée.

1. Le contrôle normal sur les faits et la qualification juridique :

Le juge exerce en cette matière un contrôle des plus classiques, soumettant la sanction disciplinaire à toutes les vérifications auxquelles donne lieu le contentieux de l'excès de pouvoir.

Il contrôle l'erreur de fait et s'assure donc que la sanction ne repose pas sur des faits matériellement inexacts (14 janvier 1916, Camino, p. 15 ; 5 juillet 1918, de Noue p. 660 ; 21 juillet 1995 Capel T. p. 637).

Il contrôle l'erreur de droit et s'assure à ce titre d'une part que le fonctionnaire a été sanctionné sur le fondement d'un texte qui lui était applicable et d'autre part que la sanction prononcée était effectivement prévue par ce texte (29 mars 1901 Sauvé p.361).

Il contrôle la qualification juridique du fait sanctionné : c'est ce qu'on appelle le contrôle du fait « de nature à ». Ici, qualifier un fait consiste à lui reconnaître le caractère d'une faute. Dans le contentieux des sanctions disciplinaires dans la fonction publique, le juge applique pleinement le principe consacré par le célèbre arrêt Gomel (4 avril 1914, Gomel p. 488) Ce contrôle de qualification est complet ou encore dénommé « normal » (17 mai 1933, Delle Giraud p. 531 ; 13 juin 1990 Ministre de l'Intérieur c/ Ocellati T. p. 562). Ceci a été rappelé par le commissaire du gouvernement Didier Casas dans ses conclusions sous la décision du 15 juin 2005, M. B., n° 261 691 (AJDA, 12 septembre 2005 p. 1689) : « Le contentieux disciplinaire constitue un des terrains d'élection de ce contrôle et vos décisions montrent combien ce contrôle de la qualification juridique des faits vous est utile pour repousser les limites de ce contrôle ».

2. De l'absence de contrôle au contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation quant au choix de la sanction

En revanche, jusqu'à la décision d'Assemblée du 13 novembre 2013, le juge laissait à l'administration, dans le choix de la sanction, une marge de manœuvre assez large.

En premier lieu, la conception du pouvoir discrétionnaire qui a longtemps prévalu a conduit, initialement, le juge de l'excès de pouvoir à refuser d'exercer sur le choix de la sanction quelque contrôle que ce soit. Le juge voulait y voir une question de pure opportunité échappant par nature à tout contrôle de légalité (23 janvier 1935, Four, p. 91 ; 16 juillet 1947, Bensmaïn Ghalem Ben Hadj p. 319). Cette jurisprudence a perduré, y compris après l'entrée en vigueur du statut général des fonctionnaires (Section, 15 février 1963, Leray, p. 97).

En second lieu, cependant, l'apparition et l'extension de la technique du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ont changé les données du problème. Sous l'influence de trois jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail de Genève en date du 14 mai 1973 (Revue du droit public, 1974, p. 691) par lesquelles cette juridiction internationale a introduit un contrôle d'erreur manifeste dans le choix des sanctions prononcées vis-à-vis des fonctionnaires appartenant à cette organisation, le Conseil d'Etat français a franchi à son tour le pas par la célèbre décision de Section

« Lebon » du 9 juin 1978, (AJDA novembre 1978, p. 573).

Cette évolution a rencontré le plein assentiment de la doctrine : le professeur Pacteau concluait ainsi une note au Dalloz de 1979 (p. 30) : « La bataille du pouvoir discrétionnaire a été gagnée : il faut aussi gagner la bataille de l'erreur manifeste ». Depuis lors, le juge de l'excès de pouvoir n'a pas hésité à censurer les sanctions procédant d'un choix manifestement erroné, c'est à dire entaché d'une erreur ne faisant « aucun doute pour un esprit normalement éclairé » selon la formule du président Braibant (conclusions sur CE 13 novembre 1970, Lambert AJDA 1971-2-33).

En 2006, par une décision Touzard (1er février 2006 n°271676) avait précisé la nature du contrôle exercé sur le choix de la sanction.

Déjà à ce moment, le Conseil aurait pu basculer du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au contrôle normal.

Plusieurs arguments militaient en ce sens. L'évolution jurisprudentielle entamée depuis une quinzaine d'années a conduit graduellement à réduire le périmètre du contrôle restreint et à étendre celui du contrôle normal. De même la ligne jurisprudentielle suivie par certaines instances nationales ou internationales a mis en exergue depuis quelques années l'intérêt qui s'attache à ce que le juge exerce en matière de sanction un contrôle de proportionnalité au sens propre du terme. Ainsi de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Celui-ci a développé une jurisprudence constructive tirant de la référence faite par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 aux peines « strictement et évidemment nécessaires » le principe selon lequel le principe de nécessité, autrement dit de proportionnalité des peines s'applique non seulement aux sanctions pénales mais s'étend à toute sanction ayant le caractère de punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire (Décisions 237 DC du 30 décembre 1987 - 248 DC du 17 janvier 1989). La référence au principe de proportionnalité existe aussi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (26 septembre 1995 Diennet c/France 18160/91).

Cependant, en 2006, le Conseil d'Etat a préféré maintenir les équilibres fondamentaux du contrôle exercé par le juge administratif sur le choix des sanctions prononcées contre les fonctionnaires, mais en en précisant la portée. L'arrêt Touzard a permis à la jurisprudence d'être précisée dans sa formulation, pour en améliorer l'intelligibilité. La référence à une « erreur » manifeste était parfois mal comprise. Le Conseil lui a substitué la notion de disproportion. Le contrôle de disproportion peut jouer dans les deux sens :

- celui d'une sévérité manifestement excessive, lorsque c'est l'agent sanctionné qui saisit le juge ;
- celui d'une mansuétude manifestement excessive, lorsque c'est l'administration qui s'emploie à remettre en cause un jugement trop indulgent.

3. La consécration du contrôle de proportionnalité.

« Il appartient au juge de l'excès de pouvoir...de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ». Par

ce considérant de principe de l'arrêt du 13 novembre 2013 le Conseil d'Etat abjure donc la jurisprudence Lebon précisée par la jurisprudence Touzard en invitant désormais l'ensemble des juridictions administratives à effectuer un contrôle dit « normal » de la proportionnalité entre la gravité de la faute reprochée à l'agent et la sanction finalement infligée.

Au-delà d'une simple question de rédaction, c'est bien une modification profonde de l'office du juge qui est en jeu. L'avenir dira rapidement si celui-ci s'autorisera désormais à avoir le même degré d'appréciation que l'administration sur le degré de sanction nécessaire pour maintenir la bonne marche de ses services.

Décision du Conseil d'Etat, Assemblée, 13 novembre 2013, Dahan. (extraits).

« 1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à la suite d'une mission d'inspection diligentée à la fin de l'été 2010, il a été mis fin aux fonctions de M. Dahan, ambassadeur, représentant permanent de la France auprès du Conseil de l'Europe à Strasbourg, et procédé à la nomination de son successeur, par décret du Président de la République du 30 septembre 2010 ; qu'une procédure disciplinaire ouverte à l'encontre de l'intéressé a abouti à sa mise à la retraite d'office, à l'âge de 62 ans, par décret du Président de la République du 3 février 2011 et à sa radiation du corps des ministres plénipotentiaires par arrêté du ministre des affaires étrangères et européennes du 8 mars 2011 ; que, par une décision du 17 juillet 2013, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a rejeté les requêtes de M. Dahan tendant à l'annulation pour excès de pouvoir, d'une part, de l'évaluation dite à 360° dont il avait fait l'objet en juillet 2010, d'autre part, du décret mettant fin à ses fonctions ; que, par la présente requête, celui-ci demande l'annulation pour excès de pouvoir du décret le mettant à la retraite d'office par mesure disciplinaire, ainsi que de l'arrêté le radiant du corps des ministres plénipotentiaires, mentionnés ci-dessus ; que le requérant doit être regardé, au vu de ses écritures, comme demandant également l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de rendre publics la sanction litigieuse et ses motifs, révélée par leur publication sur le site intranet du ministère ;

4. Considérant que, d'une part, il ressort des pièces du dossier et, notamment, des nombreux témoignages concordants recueillis dans le cadre de la procédure disciplinaire, que M. Dahan avait, dans ses relations professionnelles avec le personnel féminin de la représentation permanente, l'habitude d'émettre de manière fréquente, y compris en public, des remarques et allusions à connotation sexuelle ; qu'il adressait régulièrement à ce personnel des consignes pour l'exercice des fonctions, empreintes de la même connotation, qui, par leur caractère déplacé ou blessant, relevaient de l'abus d'autorité ; que, d'autre part, M. Dahan a fait preuve d'acharnement à l'encontre d'une subordonnée recrutée par contrat en tenant, de façon répétée, des propos humiliants à son sujet, en sa présence et devant des tiers, ainsi qu'en dégradant ses conditions de travail, agissements qui ont porté atteinte à la dignité de l'intéressée et altéré sa santé ; que, par suite, le requérant n'est pas fondé à soutenir que la sanction

contestée aurait été prononcée sur le fondement de faits matériellement inexacts ;

5. Considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ;

6. Considérant que, d'une part, en estimant que les faits reprochés au requérant constituaient des fautes de nature à justifier une sanction, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire ne les a pas inexactly qualifiés ; que, d'autre part, eu égard à la nature de ces faits, dont M. Dahan n'a, à aucun moment, lorsqu'ils lui ont été reprochés, mesuré la gravité, à la méconnaissance qu'ils traduisent, de sa part, des responsabilités éminentes qui étaient les siennes, et compte tenu, enfin, de ce qu'ils ont porté sérieusement atteinte à la dignité de la fonction exercée, l'autorité disciplinaire n'a pas, en l'espèce, pris une sanction disproportionnée en décidant de mettre l'intéressé à la retraite d'office ; que la circonstance, à la supposer établie, que d'autres agents du ministère ayant commis des faits aussi graves n'auraient pas été sanctionnés avec la même sévérité est sans incidence sur la légalité du décret attaqué ».

Entretien

avec le Professeur Raafat FOUDA

*Professeur de Droit public à l'Université du Caire
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire*

Alaa ABD EL HAFIZ : Cher Professeur, merci d'avoir accepté le principe de cet entretien dans le cadre du lancement de la Revue de l'Institut de droit des affaires internationales.

Raafat FOUDA : D'abord merci à vous car il faut dire la vérité : l'idée de cette Revue de l'IDAI qui appartient à Stéphane Brena, est quelque chose de très intelligent qui met en valeur, scientifiquement, notre Institut. Cette mise en valeur scientifique n'est pas étonnante du côté de la Sorbonne qui, j'en suis sûr, nous offrira tous les moyens nécessaires pour faire une grande revue. Je souhaiterais d'ailleurs –et j'ai dit cela à Monsieur Brena- que la revue soit multilingue avec, si possible, la publication d'articles en anglais ou en arabe. La présence d'un comité scientifique est également une très bonne chose, en tant que garant de la qualité scientifique de cette publication que l'IDAI mérite. Je remercie donc une nouvelle fois Monsieur Brena pour sa brillante idée à laquelle il restera toujours attaché.

A.A : *Pouvez-vous nous décrire votre parcours universitaire ?*

R.F. : Mon parcours est tout à fait classique pour un enseignant à la faculté de droit de l'Université du Caire. D'abord une maîtrise en quatre ans avec mention excellent sur les quatre années. J'ai eu mon magistère ici (deux ans d'études supplémentaires) et je suis ensuite allé à Paris avec une bourse française pour obtenir le doctorat d'Etat en droit (à l'époque où il y avait un doctorat d'Etat) avec Madame le Professeur Jacqueline Morand-Deville en tant que directrice de thèse (Paris XII). J'ai alors été promu dans le système égyptien : professeur adjoint puis professeur (grâce à des ouvrages, évalués par un comité de lecture national qui assure la promotion du corps enseignant). J'ai rédigé plusieurs d'ouvrages dans mon domaine (le droit public). Ce n'est, en d'autres termes, que le même chemin qu'ont empruntés tous mes collègues de l'Université du Caire.

A.A : *Donc il n'y a pas de concours ou d'examen pour accéder au corps d'enseignant comme en France ?*

R.F. : On n'a pas le système d'agrégation. On est maître de conférences avec le doctorat (après avoir été admis comme assistant avec la maîtrise) et c'est un grade scientifique. Après, il faut un certain laps de temps, une période intermédiaire entre maître de conférences et professeur adjoint (minimum 5 ans) avec au moins six mémoires de recherche ou articles dans sa spécialité.

Certains ont fait des articles dans des revues internationales, et d'autres ont fait des mémoires c'est-à-dire des ouvrages dans notre système. Comme vous le savez, la faculté de droit est une faculté théorique. Tout se passe à la commission nationale qui est faite justement pour évaluer ces productions et donner le feu vert pour les procédures de promotion, qui relèvent ensuite du ressort du conseil de l'Université et du conseil de la faculté après avoir eu l'accord du conseil de la section ; c'est exactement la même chose pour le grade de professeur, avec des exigences supplémentaires en matière de production doctrinale. Autrement dit, il faut dix ans au moins entre le grade de maître de conférences et celui professeur. Certains ont fait dix ans en tant que maître de conférences, d'autres quinze, selon leur parcours.

A.A : Pourquoi avoir fait une thèse en France, et pourquoi pas en Egypte ?

R.F. : Je ne suis pas le premier à avoir fait une thèse en France ; c'est même ici une tradition à l'Université du Caire. Il y a d'autres universités en Egypte dont les enseignants ont fait des thèses en France, mais ce n'est pas la règle. Chez nous quand on est nommé assistant à la faculté de droit (à la fin de la maîtrise), la tradition veut que l'on suive cette voie, en bénéficiant d'une bourse soit du côté de l'Egypte, soit d'un autre Etat pour aller faire sa thèse en France. Cela permet d'améliorer sa maîtrise de la langue mais surtout d'être au courant de ce qui se passe là-bas et d'être à la hauteur des compétences françaises dans notre domaine de spécialisation. Cette règle, cette tradition –qui ne me concernait pas uniquement, mais suivie par la majorité du corps enseignant de l'Université du Caire- est, Dieu merci, jusqu'à maintenant à peu près respectée mais les moyens font défaut. Je dois également rappeler que je suis publiciste et que le berceau du système de dualisme juridictionnel c'est la France, avec l'Histoire du Conseil d'Etat et du droit administratif. Il fallait aller à la source. J'ai eu cette chance et j'espère que ça continuera pour les autres car les moyens font défaut, comme je vous l'ai dit.

A.A. : Que vous a finalement apporté la formation française dans votre carrière professionnelle ?

R.F. : Déjà, je vous parle en français et, sans être vaniteux ou orgueilleux, je crois assez bien maîtriser cette langue. Cela m'a également permis de comprendre la culture française. J'imagine que je suis fasciné par la façon de vivre, le savoir-vivre à la française, y compris même la gastronomie française. Ne parlons pas de mon domaine de compétence –le droit public- qui, de A à Z, a été inventé en France, sans compter un certain « esprit constitutionnel ». Sur ces points, la France m'a tout apporté. Bien sûr j'avais des bases solides de mes professeurs Egyptiens, qui m'ont formé à être un « bel homme » et à pouvoir atteindre l'objectif de la thèse de doctorat en France. Mais la France m'a beaucoup apporté jusqu'à maintenant sans pouvoir l'exprimer de manière exhaustive : toute ma vie professionnelle et personnelle s'est transformée. D'ailleurs, je ne sais même pas de quel côté –côté français ou côté égyptien- je penche le plus franchement : j'ai donc fait la part des choses et je vis comme cela, à la croisée des deux cultures.

A.A. : *Quelles sont vos activités académiques actuelles ?*

R. F. : Je suis enseignant, comme vous le savez, à la faculté de droit de l'Université du Caire. Je suis professeur de droit public, chef de la section de droit public dont je supervise toutes les activités ; j'enseigne dans tous les niveaux d'étude (maîtrise, magistère) tout au long de l'année et je participe à de nombreuses conférences. Heureusement, au plan scientifique, nous vivons actuellement un bouleversement constitutionnel en Egypte et les opportunités de conférences ou de s'exprimer, en vue de « sauver » l'Egypte, ne manquent donc pas. Mais le cas égyptien est difficilement solvable : il me semble que l'on est malheureusement revenu à la case départ.

A.A. : *Quelles sont vos activités extra-universitaires ?*

R. F. : Des conférences, en dehors de l'Université, et le métier d'avocat, car j'ai un cabinet. Je défends les droits de mes concitoyens. Mais mon métier de cœur est paysan. Je cultive ma terre, j'ai mes récoltes et j'éleve des animaux ; j'aimerais bien un jour vous y emmener pour vous montrer ce qu'on y fait. Je ne pourrai jamais m'en passer même si le travail juridique, comme spécialiste, est une vocation, depuis tout petit. Actuellement je suis donc professeur, avocat, paysan ; c'est la vérité et la réalité.

A.A. : *Quelle est votre vision de l'IDAI ?*

R. F. : Ce n'est même pas une vision, c'est un rêve. Quand j'étais maître de conférences venant d'arriver de Paris, le Professeur Noman Gomaa m'a chargé de mener les discussions avec le « père » de l'IDAI, Monsieur Fillion-Dufouleur, et on a mené les discussions côté égyptien pour justement créer, de A à Z, l'IDAI. C'était une idée folle de Noman Gomaa pour faire un double système de cursus franco-égyptien, mais surtout français. Faire venir les professeurs, comme si on était en France, c'est extraordinaire et je crois que l'Université du Caire est la première qui a eu cette idée, grâce à l'acceptation du côté de Paris 1. A partir de cela, Paris 1 s'est déployé dans de nombreuses capitales, arabes ou autres. Cela fait pratiquement trente ans que l'IDAI existe. Mes rêves ne se terminent jamais quant à ce que l'on fait. J'avais proposé des coopérations supplémentaires mais, malheureusement, ce sont les moyens qui freinent toutes mes ambitions pour l'IDAI. Je suis néanmoins très content de ce que l'on a et je n'aimerais pas le perdre. Sans exagération –et je l'ai dit en ces termes, dans des moments difficiles, où j'estimais que l'Université du Caire ne donnait pas ou trop peu de moyens pour l'IDAI- j'ai dit très exactement que c'est l'IDAI qui fait l'image de l'Université du Caire. Peut-être que j'exagère un peu tout de même, car l'Université du Caire est plus ancienne que l'IDAI, mais si l'Université du Caire est une femme, l'IDAI en est la chevelure.

L'IDAI en quelques mots

La filière française d'études juridiques en Egypte se veut l'héritière du lien privilégié qui unit les cultures égyptienne et française dans le domaine du droit. Elle entend perpétuer et approfondir la tradition d'échanges juridiques inaugurée par l'ancienne et prestigieuse Ecole française du Caire. L'Institut de droit des affaires internationales est une filière de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne délocalisée au sein de l'Université du Caire par convention de coopération conclue entre ces deux prestigieux établissements et soutenue par l'Ambassade de France en R.A.E. et l'Institut Français d'Egypte.

L'Institut de droit des affaires internationales offre une formation juridique de très haut niveau, assurée par des universitaires et des praticiens français et égyptiens parmi les plus pointus et renommés dans leur spécialité.

La vocation de l'IDAI est de proposer aux étudiants francophones une ouverture unique vers les professions juridiques et judiciaires ainsi que vers la recherche en délivrant un double diplôme : celui de Paris I Panthéon-Sorbonne (Licence en droit puis Master en droit des affaires internationales et européennes) et celui de la Faculté de droit de l'Université du Caire (Licence en droit).

Pour toute information complémentaire : <http://idai.univ-paris1.fr>

Pour nous contacter :
Mél. : IDAI@univ-paris1.fr
Tél. : (00202)35688633

L'équipe de l'IDAI - 2013/2014

Philippe NEAU-LEDUC

Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Coordinateur du programme de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Doyen de la faculté de droit des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Président du Conseil National des Universités

Rafat FOUDA

Professeur de droit public à l'Université du Caire
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire

Stéphane BRENA

Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier II
Directeur de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Elias GEOFFROY

Assistant du Directeur
Chargé d'enseignement en droit public

Alaa ABD EL HAFIZ

ATER de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Doctorante et chargée d'enseignement en droit privé
IDAI - Le Caire

Sherif AYOUB

ATER Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Doctorant et chargé d'enseignement en droit privé
IDAI - Le Caire

Alexis BLOUET

Doctorant contractuel de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Chargé d'enseignement en droit public
IDAI - Le Caire

Revue de l'Institut de droit des affaires internationales – RIDAI

Directeur de la publication

Philippe NEAU-LEDUC

Responsable de la rédaction

Stéphane BRENA

Editeur

Institut de droit des affaires internationales (IDAI) – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Ambassade de France en RAE S/C Valise diplomatique
13 rue Louveau
92438 CHATILLON Cedex

Imprimeur

Institut français d'archéologie orientale (IFAO)
32, rue Al Cheikh Ali Youssef
BP 11562 Qasr al Aïny
11 441 Le Caire- Egypte

Dépôt légal : juin 2014
Publication sans ISSN

La RIDAI est GRATUITE