

La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques

Interview de Marie-Anne Frison-Roche

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

par Pierre Rancé

Journaliste, Chroniqueur judiciaire

La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques a été promulguée le 15 mai dernier (loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, publiée au JO du 16 mai, p. 7776). Cette loi est divisée en trois titres : la régulation financière, la régulation de la concurrence et la régulation de l'entreprise.

Marie-Anne Frison-Roche est professeur de droit à l'Université de Paris Dauphine.

Le Dalloz - Quelles sont les dispositions qui concernent les salariés dans ce texte ?

Marie-Anne Frison-Roche - C'est une perspective qui est davantage sous-jacente que véritablement expresse dans la loi, car il n'y a pas de titre ni de chapitre à proprement parler qui soit relatif à la considération des salariés dans les diverses régulations. C'est de façon ponctuelle, même si la fréquence des dispositions révèle un certain systématisme, que le législateur évoque la protection des salariés. Par exemple, dans la régulation financière, il y a l'obligation pour le dirigeant qui a déposé l'offre publique de se rendre devant le comité d'entreprise de la société cible pour exposer à celui-ci son plan et ses projets concernant leur entreprise. C'est donc une possibilité qui est ouverte aux salariés de manifester leur approbation ou leur hostilité dans les offres publiques, ce qui produit une interférence directe d'une préoccupation sociale dans une procédure qui est normalement purement financière et dont les destinataires ne seraient que les détenteurs de titres.

Dans le même esprit, la loi prévoit une modification de la composition du Comité des établissements de crédit et d'investissements (CECEI). On connaît l'importance de cette autorité qui assure un contrôle prudentiel sur les banques et qui tient l'arme redoutable des délivrances, des refus ou des retraits d'agrément d'exercer l'activité bancaire. La loi accroît d'ailleurs ses pouvoirs à ce titre. Cet office permet au CECEI d'apprécier la suffisance des fonds mais aussi de contrôler le profil des dirigeants sociaux des banques. Son rôle est crucial lorsqu'il y a prise de contrôle d'une banque car la bonne fin de l'opération dépend de son approbation. Or, la loi NRE modifie sa composition pour qu'il y ait désormais non plus seulement des représentants des diverses institutions d'Etat, mais encore des représentants des organisations syndicales représentatives du personnel. Ces représentants syndicaux vont participer pleinement aux activités du CECEI en siégeant dans l'organisme qui contrôle prudentiellement les banques.

Le Dalloz - C'est-à-dire ? Quel sera le contrôle auquel seront associées les organisations syndicales ?

M.A.F.R. - Il s'agira par exemple de vérifier que les dirigeants présentent l'honorabilité, l'expérience et la

compétence requises pour diriger les banques, ou que les fonds sont suffisants au regard des opérations de crédit menées. L'enjeu est de préserver le secteur du risque systémique engendré par une défaillance. Lorsqu'il y a un changement décisif, le CECEI intervient. C'est principalement le cas lorsque l'établissement veut développer des activités nouvelles ou lorsque le contrôle de la banque change de mains. C'est pourquoi le CECEI est devenu tout à coup célèbre à l'occasion de l'affaire BNP-Paribas/Société Générale. C'est sans doute en souvenir de cela que la loi consacre de nombreuses dispositions à la composition et aux pouvoirs du CECEI. L'enjeu est d'accroître, dans le même temps, la crédibilité de cet organisme, notamment dans son indépendance par rapport aux corps constitués et aux administrations classiques, alors même que sa composition de représentants *es qualités* d'organismes de l'Etat peut poser difficulté au regard de l'impartialité qu'on attend de lui. Si l'on en revient à la question des salariés, on observe un mouvement d'inversion puisque l'on insère des représentants syndicaux des banques dans les organismes de contrôle de celles-ci. C'est, d'une part, une nouvelle façon d'insérer les soucis des salariés dans les procédures de contrôle des mouvements financiers et, d'autre part, un moyen de renverser la relation de subordination qui pèse sur les salariés dans un souci de meilleur équilibre. Pour cette loi, la notion de « régulation » s'identifie en grande partie à cet effort de rééquilibrage des rapports de force.

Le Dalloz - En ce qui concerne maintenant les régulations de la concurrence.

M.A.F.R. - On retrouve le même souci de participation des salariés à travers le contrôle des concentrations, et ce, de deux façons. Tout d'abord, si le ministre décide de solliciter l'avis du Conseil de la concurrence, celui-ci a le pouvoir d'entendre des tiers intéressés, mais le texte est plus directif concernant les salariés en disposant que « les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par le conseil ». Si la concentration se fait par ailleurs par offre publique, le comité d'entreprise de la société cible aura donc deux occasions de se faire entendre. Plus encore, et en dehors de toute saisine du Conseil de la concurrence, lorsque le projet de concentration est notifié et fait l'objet d'une publication, le chef d'entreprise de chaque entreprise réunit le comité d'entreprise et celui-ci peut décider d'avoir recours à un expert dont il entendra le rapport à l'occasion d'une nouvelle réunion. On retrouve donc l'idée des vertus de la participation, non pas aux prises de décisions elles-mêmes, mais au processus de prise de décision, ce qui renvoie à une définition procédurale de la justice et de l'équilibre des pouvoirs.

En outre, si cette loi arrive à acclimater davantage une certaine sensibilité sociale dans le contrôle des concentrations, la référence au progrès économique et social, qui permet l'autorisation d'une concentration ayant pourtant des effets anticoncurrentiels, pourra permettre l'adoption de mesures pour l'emploi.

Le Dalloz - Quelle est la définition du progrès économique et social pour une entreprise ?

M.A.F.R. - Ce progrès, qui doit sauver l'atteinte à la concurrence engendrée par l'accroissement de puissance dont la concentration est synonyme, pourra servir de base à des engagements dont le ministre peut demander aux entreprises l'adoption. Ainsi, il n'autorisera la concentration qu'en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter un progrès économique et social. Pragmatiquement, on peut penser que le ministre en profitera pour exiger des engagements de maintien d'emploi.

On retrouve la même sensibilité à l'échelle européenne. Désormais, dans le prolongement d'une appréhension du progrès économique intégrant de plus en plus une dimension non strictement économique, il faudrait penser les questions en terme économique et social, dans une balance entre l'économique - au sens d'intérêt de marché - et le social. Sans porter d'appréciation sur l'idée politique sous jacente, il faut avoir conscience d'un effet général produit par cette évolution : l'insertion de la perspective sociale dans les décisions économiques rend le contrôle de celles-ci plus difficile. C'est à première vue paradoxal mais une décision, qu'elle soit prise par des dirigeants d'entreprise, une Administration ou une autorité de régulation, est moins discrétionnaire lorsqu'elle se mesure seulement à l'aune de l'économique que lorsqu'une visée sociale est endossée et mise en balance. En effet, le progrès économique ou l'efficacité économique d'une opération est à peu près mesurable, mais la considération du maintien ou le progrès social trouble cette mesure. Quand vous mêlez économique et social, vous créez en réalité d'importantes zones d'arbitraire. Par exemple, si l'on reprend la question des concentrations, les décisions du ministre vont devenir moins aisément contrôlables, alors même que la jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'affaire Coca-Cola/Orangina avait exercé un contrôle très fort. Autre exemple, si vous confiez à une autorité de régulation la mission non seulement de surveiller la bonne marche économique d'un secteur, mais encore la prospérité sociale du secteur, on lui impute deux objectifs hétérogènes qui permettent à ceux qui les poursuivent d'adopter des décisions de fait peu contrôlables. Ainsi, on accroît la discrétion de ceux qui prennent les décisions (l'entreprise, le ministre, l'autorité de régulation) et l'on diminue le pouvoir de celui qui les contrôle (le juge). Il n'est pas sûr que le législateur ait mesuré cette implication puisque, par ailleurs, il a cherché à accroître les contrôles et le recours aux juges. Finalement, ce sont les autorités de régulation, dont les missions se diversifient, qui voient leur pouvoir accru.

Le Dalloz - Dans lesquelles participeront les syndicats...

M.A.F.R. - Pour l'instant, l'observation que vous faites ne vaut que dans le secteur des établissements de crédit, à travers le CECEI. En ce qui concerne le droit de la concurrence, la sanction des comportements anticoncurrentiels relève du Conseil de la Concurrence, lequel évoque à la fois de la figure de l'expert et de celle du juge, tandis qu'en ce qui concerne le contrôle des

concentrations, le contrôle demeure l'office exclusif du ministre de l'Economie et des Finances, ce qui exprime la dimension politique de ce contrôle et sa proximité avec la politique de la concurrence. A l'échelle européenne, c'est la Commission qui a la charge des deux fonctions, ce qui révèle d'ailleurs l'ambiguïté de son statut, à la fois organe juridictionnel d'application des textes et auteur d'une politique économique.

Le Dalloz - Voilà donc la place des salariés et de leurs représentants au regard des ces nouvelles régulations ?

M.A.F.R. - Oui et, pour résumer, on observe l'accroissement des droits des salariés dans la régulation financière à propos des OPA et du CECEI. Dans la régulation de la concurrence, la procédure de la concentration et celle du Conseil de la concurrence saisi pour avis s'ouvrent pareillement pour que les salariés puissent valoir leurs intérêts. Mais c'est au titre de la régulation de l'entreprise que la considération des salariés prend la place la plus nette, ce qui est logique puisque l'espace naturel du salarié, c'est l'entreprise. L'idée de la loi est de réguler l'entreprise en articulant les atouts capitalistiques et la force de travail. On revient ainsi à cette définition de l'entreprise telle qu'elle existait dans les années 1970. En cela, la loi relève fondamentalement du « droit économique », tel que conçu notamment par l'Ecole de Rennes. On accroît le pouvoir des salariés d'attaquer les mandataires sociaux. C'est une sorte d'institutionnalisation de la lutte des classes, un conflit encadré, peut-être favorisé, par la loi.

Le Dalloz - Où en fait il s'agit surtout de saisir le juge...

M.A.F.R. - Oui, en donnant aux représentants des salariés des droits d'action, un droit d'information, en chargeant les mandataires sociaux d'une obligation de transparence, même si la société n'est pas cotée, en donnant aux représentants le droit d'être présents aux assemblées d'associés pour poser des questions. Certes, il peut y avoir un fossé entre la proclamation des textes et les moeurs dans les entreprises et les sociétés. On se souvient que les dispositions sur la participation des salariés dans les conseils d'administration n'ont pas réussi à prendre prise dans la réalité du fonctionnement des sociétés. En outre, n'oublions pas - l'argument n'est pas définitif mais l'on ne peut non plus le balayer d'un revers de main - que le choix du siège social est libre et qu'une excessive pression sur les mandataires et sur les actionnaires peut inciter à des délocalisations dont chacun paie ensuite le prix.

Le Dalloz - Il suffit pourtant d'acheter une action pour participer aux réunions des actionnaires ?

M.A.F.R. - Oui, cela est vrai pour les sociétés cotées, mais cela n'est vrai que pour elles, du fait que le principe juridique de négociabilité des titres se mute alors en principe financier de liquidité. C'est pourquoi cette loi sur les NRE essaie d'importer dans les sociétés non cotées les pratiques et les bénéfices que l'on peut observer dans les sociétés cotées. Or, dans une société non cotée, les dirigeants d'entreprises, celles-ci étant souvent familiales, ne donneront probablement jamais une action à un représentant du personnel, ou plus largement à un salarié revendicatif. La loi impose donc le droit direct pour un représentant du personnel d'aller aux assemblées, dès l'instant qu'il ne peut accéder à la qualité d'associé. En cela, la loi établit une sorte de statut hybride pour le salarié : il devient un « quasi-associé ». Cette

attribution symbolique peut être là aussi relativement illusoire car la pression extérieure du marché ou de la presse financière sur les mandataires sociaux n'existe pas pour ces sociétés non cotées. Dès lors, les assemblées d'associés n'ont pas une publicité analogue, alors que c'est celle-ci qui produit la pression.

Dans ces conditions, le seul moyen de rééquilibrer le rapport de force dans l'esprit du législateur, peut-être dans les faits aussi, c'est le recours au juge. Cela peut être aussi le recours à l'Administration, comme s'il fallait choisir entre une régulation du marché, soit par le juge, soit par l'Administration. Chacun de ces choix ne renvoie pas aux mêmes cultures juridiques, la première étant familière des systèmes anglo-américains, la seconde des systèmes romanistes, notamment français. Cette pression administrative s'exerce principalement lorsqu'il y a une restructuration à l'occasion d'une concentration, notamment par fusion, comme nous l'avons vu. L'entreprise a donc besoin d'une autorisation administrative pour se restructurer lorsqu'elle choisit la voie d'une alliance avec une autre entreprise ; elle est alors obligée d'en passer par les exigences de l'organe administratif compétent, notamment les exigences sociales. Et d'autres textes en projet ou en cours de vote ont l'ambition de réinstaller la puissance administrative au sein des entreprises ...

Le Dalloz - La loi sur les NRE voulait également lutter contre le blanchiment de l'argent sale. Quel est l'esprit de la loi sur ce sujet ?

M.A.F.R. - La lutte contre le blanchiment est considérée comme un enjeu mondial qui est à la croisée de deux considérations différentes. La première regarde le droit pénal classique puisqu'il s'agit d'une criminalité organisée qui n'est que l'écume de comportements extrêmement graves, notamment le trafic de drogue et la prostitution. La deuxième concerne l'impératif de régulation financière. En effet, le blanchiment fragilise la structure bancaire et les marchés financiers, ce qui peut être dramatique dans un système d'interdépendance des places et des banques. Ainsi, les banques qui relaient le blanchiment d'argent, d'une manière consciente ou inconsciente, créent un risque systémique important. Dès lors, l'impératif de préservation des équilibres financiers mondiaux s'associe à l'impératif classique de lutte contre les trafics pour accroître l'efficacité de la lutte contre le blanchiment. C'est parce qu'il y a un risque systémique commun à tous les pays, y compris les Etats-Unis, affectant les régulations financières, que la coopération internationale progresse.

Les pays ne peuvent plus, comme ils pouvaient en être tentés précédemment, choisir d'être irréprochables chez eux et corrupteurs systématiques dans les autres pays ou continents. Aujourd'hui, nous sommes dans un système économique et financier en interdépendance mondiale, ce qui contredit d'ailleurs les affirmations souvent faites d'une hégémonie américaine. Or, les problèmes de blanchiment d'argent peuvent fragiliser grandement un système bancaire mondial. Désormais, on insiste sur la lutte contre la drogue et le blanchiment, avec un discours aux termes classiquement moralistes, mais qui a aussi pour visée la lutte contre les risques systémiques. L'exigence de contrecarrer le blanchiment est désormais présentée comme absolue. Ceci explique que l'on va voir fleurir des dispositions dont la lettre et l'esprit sont contraires au droit pénal classique.

Le Dalloz - Tout le monde doit être concerné et tout le monde est complice ? C'est ça...

M.A.F.R. - Un peu... Loi du soupçon, loi des suspects, loi de délation ... Sont ainsi justifiés des affaiblissements des droits de la défense, un recul de la présomption d'innocence, des renversements de la charge de la preuve, l'obligation pour des organismes privés d'être des auxiliaires forcés du ministère public, toutes choses contraires au droit pénal classique et dont nous ne disposons pas, par exemple, pour lutter contre les crimes de sang. Pour lutter contre les assassinats, on ne s'autorise pas des moyens de la sorte.

Mais, comme il s'agit ici de ce que l'on pourrait appeler des « crimes et délits systémiques » qui mettent en péril tout le système par un effet de domino à partir d'une seule défaillance, en cela un délit en soi relativement mineur (par rapport aux atteintes directes aux personnes) est analysé et considéré comme étant un fait bien plus grave qu'un assassinat. En effet, en matière financière, bancaire, la question de la confiance est fondatrice et une opération de blanchiment peut engendrer un risque systémique et une crise de confiance majeures.

voilà pourquoi il y a notamment une remise en cause de la distinction la plus naturelle qui soit en procédure pénale : les délinquants et le milieu auquel ils appartiennent ou avec lequel ils sont en relation, d'une part, les autorités de poursuite, d'instrument et de justice, avec leurs auxiliaires, essentiellement la police, d'autre part. La considération de l'importance de la lutte contre le blanchiment d'argent et la difficulté incontestable de détection du blanchiment justifient que les opérateurs privés soient de force promus auxiliaires de la répression. Cela est acquis pour les banquiers et la loi nouvelle ne fait que renforcer le système précédent. C'est encore un débat ouvert, et violemment ouvert, en ce qui concerne les avocats que l'on voudrait affecter du même office, anéantissant un secret professionnel qu'ils estiment consubstantiel à leur ministère.

La loi sur les NRE étend de toutes parts le système. Ainsi, elle étend le type des personnes soumises à cette déclaration de soupçon : les marchands d'oeuvres d'art, les marchands de métaux précieux et de pierres précieuses qui se retrouvent donc auxiliaires du parquet.

Ensuite, l'opération qui va justifier l'obligation de dénonciation change de définition. C'est important car, désormais, il ne s'agit plus seulement de dénoncer une opération qui « paraît » provenir d'une opération de blanchiment, mais de dénoncer une opération qui « pourrait » provenir d'une opération de blanchiment. En changeant seulement de verbe tout en conservant le mode conditionnel, la charge qui pèse sur ces intermédiaires est alourdie. En visant antérieurement une opération qui « paraît » provenir d'une affaire de blanchiment d'argent, il fallait donc que son anormalité soit manifeste, notamment par la disproportion, le montant et la localisation, les trois étant souvent associés. Ce critère objectif protégeait le banquier et lui rendait plus facile la détermination de ce qu'il fallait dénoncer ou non. En revanche, si on remplace « paraît » par « pourrait », il faut alors que le banquier aille regarder, même en face d'une opération normale, s'il ne « pourrait » pas s'agir d'une opération de blanchiment. Ensuite, deuxième alourdissement, il faut, en même temps que l'on doit dénoncer des opérations qui pourraient être douteuses, dénoncer également des personnes « douteuses ». Si la banque, par exemple, n'arrive pas à identifier l'identité

du donneur d'ordre et l'identité du bénéficiaire de l'opération, elle est obligée de dénoncer. Ce qui revient à dire que l'anonymat n'est plus garanti, que le secret bancaire est supprimé. Il faut bien comprendre que dénoncer une opération apparemment douteuse est une chose, mais quand l'anonymat des clients est lui-même un motif de dénonciation, on entre dans une autre dimension. En réalité, ce qui est attaqué, c'est le système bancaire suisse. Tout ceci s'accompagne également d'une grande souplesse puisqu'il est prévu que l'on puisse prendre par décret, c'est-à-dire sans revenir devant le Parlement, des dispositions plus impérieuses encore lorsque l'opération concerne un pays dont il est acquis que la législation est notoirement insuffisante pour lutter contre le blanchiment d'argent ou bien quand il n'y a pas de volonté administrative, politique et juridique de lutter contre le blanchiment d'argent, arguments que l'on peut puiser, par exemple, dans les rapports d'Arnaud Montebourg, notamment sur la Suisse. Enfin, mais il est peut-être nécessaire d'agir ainsi « au canon », il existe désormais un délit qui permet de poursuivre une personne qui aurait un train de vie injustifié alors qu'elle est en relation avec quelqu'un qui participe à une activité criminelle organisée. C'est une disposition dont on comprend bien la *ratio legis*, c'est tout simplement un souci d'efficacité. Mais, si on cherche à savoir ce qui est reproché à ladite personne, il n'existe aucun reproche substantiel: l'objet de la disposition est donc un allègement probatoire pur et simple. Est-ce vraiment conforme à la Constitution ? Et comme il n'y a pas eu de saisine du Conseil constitutionnel sur ce point, on ne sait pas ce que le Conseil en aurait pensé au regard de la présomption d'innocence qui est un principe constitutionnel. La question pourra être ultérieurement posée, vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'article 6, al. 2, de la Convention.

Le Dalloz - Que faisait le Conseil constitutionnel au moment de l'élaboration de cette loi ?

M.A.F.R. - Il ne s'est pas prononcé parce qu'il n'a pas été saisi. La loi n'a fait l'objet d'aucun recours de la part des parlementaires.

Le Dalloz - C'est extrêmement étonnant de la part de nos parlementaires si prompts habituellement à s'inquiéter de la présomption d'innocence et du droit des victimes.

M.A.F.R. - Et c'est d'autant plus étonnant que le Conseil constitutionnel s'était semble-t-il préparé à une telle saisine, ce à quoi l'on pouvait tous pareillement s'attendre, une loi d'une telle importance et touchant aux libertés méritant un contrôle constitutionnel. Voilà un exemple qui devrait inciter à reparler de l'opportunité de l'insertion d'une exception

d'inconstitutionnalité en droit français, pour que le contrôle ne soit plus tributaire d'une inertie politique.

Le Dalloz - Finalement quel est le grand changement constaté dans ce texte sur les NRE ?

M.A.F.R. - D'abord on cherche ouvertement à renforcer l'efficacité de la répression des comportements anticoncurrentiels. D'une part, il y a désormais l'utilisation possible du système des repentis et de la délation, à travers les procédures dites « de clémence », puisqu'une personne qui avoue avoir fait partie d'une entente, ou mieux encore, une personne qui dénonce les autres parties de l'entente, verra la sanction encourue diminuer, à l'aune à la contribution qu'elle aura apportée. Le droit français intègre désormais le système des repentis qui existe déjà dans d'autres droits de la concurrence, notamment le droit américain et le droit communautaire. Le principe d'efficacité le fonde mais le droit classique de la répression avait préféré en faire l'économie. Il est vrai qu'il s'agit ici de sanctions administratives mais, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, nous sommes en « matière pénale ». L'augmentation des sanctions encourues en cas de comportements anticoncurrentiels, le contrôle désormais systématique des concentrations montre que l'Etat veut accroître le processus de régulation, c'est-à-dire d'interventions directes dans les phénomènes de marché, pour rendre ceux-ci pérennes ou les mâtinier de considérations autres. Il s'agit d'un interventionnisme d'un nouveau genre, parce qu'il est plus ponctuel, qu'il intervient non pas sur les structures de marché mais sur les changements ou les affectations des structures de marché, et aussi parce qu'il s'exerce désormais sous une forme très procéduralisée, plus ouverte et transparente. L'autre trait distinctif de cette loi NRE, c'est la volonté d'intervenir dans les rapports de force, essentiellement entre les dirigeants et les actionnaires minoritaires, d'une part, les mandataires sociaux et les salariés, d'autre part. Le juge sera le gardien de cette balance. C'est un sens beaucoup plus flou de ce qu'est la régulation, davantage lié au thème du « bon gouvernement d'entreprise », sens qui ne se confond pas avec le premier, lequel est plus strict et correspond davantage à la théorie économique de la régulation. On peut être assuré que la première sorte de nouvelles régulations économiques sera effectivement renforcée car sa puissance est attachée à la lettre de la loi, par exemple la notification obligatoire des projets de concentration. On doit être plus prudent pour la seconde sorte de nouvelles régulations car on ne réforme pas les moeurs par décret et la protection des minoritaires sur le mode du droit anglo-américain, d'une part, la cogestion à l'allemande, d'autre part, n'ont pour l'instant guère prospéré en France. ■