

L'HYPOTHESE DU JUGE REGULATEUR DE LA CRISE

Marie-Anne Frison-Roche

1. Il n'est pas besoin de s'attarder sur l'argument selon lequel le juge ne serait que la personne qui tranche un litige entre deux personnes, ou retirer un acte non-conforme à la norme supérieure de l'ordre juridique, ou punir une personne particulière, et que le phénomène général qu'est la crise lui serait de ce seul fait hors de portée. En effet, nous savons que le juge rend des décisions qui ont de droit ou de fait des effets globaux, soit parce que les autres juges reprennent le raisonnement (la jurisprudence), soit parce que l'objet sur lequel porte le litige est lui-même global, auquel cas son jugement aura un effet global.
2. La seconde hypothèse est plus complexe. En effet, quel est l'objet d'un litige ? Cela peut être ce pourquoi les parties se disputent, ce que celui qui a saisi le juge demande et que le défendeur récuse. D'une façon plus transparente, l'objet d'un litige est la situation à propos de laquelle les parties se disputent, par exemple un marché. Dans un procès, il y a toujours des prétentions qui ont des objets, des intérêts en cause et des situations concernées. Dès l'instant que le juge a le pouvoir de statuer sur les prétentions, sa décision affecte d'une façon médiate et les intérêts en cause et la situation. Ainsi, les juges qui tranchent des litiges en droit des marchés affectent par cela même, et quand bien même ils ne le voudraient pas, les marchés.
3. Cela ne suffit pas pour en faire un « régulateur », encore moins un « régulateur de la crise », par la « création de règles adaptées ». C'est pas à pas, mot à mot, qu'il convient d'examiner cela.

I. L'HYPOTHESE DU JUGE REGULATEUR

4. Qu'est-ce qu'un régulateur ? On ne peut se passer d'une recherche de définition car formellement le juge n'est pas un régulateur, qu'on prenne celui-ci au sens étroit, prenant alors généralement la forme d'une Autorité administrative indépendante, ou au sens large, de celui qui édicte les règles qui valent *erga omnes*. Il faut se tourner vers une définition substantielle.
5. Le régulateur est celui qui est en charge d'un équilibre instable et durable dans un secteur déterminé qui le requiert, comme les télécommunications, l'énergie, la banque ou la finance. Il est aussi bien doté du pouvoir de prendre des dispositions par avance, par exemple par l'adoption de textes (pouvoir *ex ante*) que d'exercer des pouvoirs en réaction à des situations ou des comportements non conformes aux normes (pouvoirs *ex post*).

6. Le juge a évidemment le pouvoir *ex post* et celui-ci a d'autant plus un effet général que le phénomène précité de jurisprudence est relayé par la captation très rapide par les marchés, souvent *via* les médias, des jugements rendus, jouant donc comme un signal général et immédiat.
7. Cela lui donne par ce biais un pouvoir *ex ante* puisqu'en statuant sur le cas d'hier, il influe sur le comportement de demain des agents économiques qui l'observent. Il faut donc que les juges soient le plus visible possible des marchés, et les plus prévisibles aussi, pour rencontrer la rationalité de ceux-ci qui l'observent à travers la motivation des jugements.

II. LE JUGE REGULATEUR DE LA CRISE EN COURS

8. Puisqu'il convient de ne pas empiéter sur les thèmes qui seront traités par la suite, à savoir la spécialisation et la contraction du temps, il faut s'en tenir au bord du sujet, au bord du gouffre même qu'est la crise.
9. Tout d'abord, la crise peut être circonscrite ou non, l'effet de propagation n'étant ou plus à craindre. Dans le premier cas, il peut s'agir d'une crise bilatérale, sans propagation, limitée à une entreprise, etc. Il faut encore s'agir d'une crise achevée, mais dont il s'agit alors de panser les plaies à travers le droit de la responsabilité, et le juge trouve un champ naturel d'intervention. Mais il peut encore s'agir d'une crise en cours, d'une crise systémique en cours, ou d'une crise systémique qui se profile. Le juge peut-il intervenir ?
10. Prenons tout d'abord l'hypothèse du juge sanctionnateur, pour réguler une crise. La sanction est alors un outil très délicat à manier car à la fois la sanction des certains, par exemple les managers ou les traders ramènent la confiance des investisseurs, mais elle peut aussi affoler par un effet de domino judiciaire, chacun pouvant se dire que la tête prochaine sur le billot sera la sienne.
11. Examinons ensuite l'hypothèse du juge pacificateur. La crise est un échauffement, une brisure entraîne surréaction, et la mission civilisatrice du juge, au sens technique du terme, car c'est alors le juge civil le plus approprié, peut s'appliquer. Dans un tel cas, le juge peut être un meilleur régulateur que le régulateur financier, car celui-ci est soumis à la transparence de ses procédures, alors que le juge peut conserver ses médiations non publiques. En cela, si un heurt peut avoir un potentiel effet systémique, le juge peut être le meilleur des régulateurs pour prévenir l'affrontement public, le dévoilement, l'enflamment du secteur, la crise.
12. Mais l'essentiel n'est pas là. L'essentiel est que le juge admet que la crise est l'objet même du dossier qu'il doit juger, quelque soit le juge. L'importance de la crise prévaut sur les autres intérêts du dossier. Le régulateur sectoriel le fait, le juge doit le faire. La crise n'est pas un élément de contexte du dossier, elle est en son cœur.
13. Cela signifie que le raisonnement du juge doit s'inverser et partir des conséquences de sa décision. Comme le rappelle l'article 12 du Code de procédure civile, la loi est un moyen que

le juge utilise et à laquelle il doit se conformer, pas plus, pas moins. L'article 12, parce qu'il ne s'agit que de la matière civile, ne vise ensuite que l'impératif de trancher un litige, mais ici il s'agit de parer au feu. Donc, il faut que le juge utilise la loi, en usant de sa puissance d'interprétation, notamment analogique, notamment téléologique, pour obtenir un ralentissement de la crise ou l'arrêt d'une propagation.

14. Pour cela, le juge doit anticiper les effets de la décision, et ce sont ces effets qui justifient la décision : les effets sont la cause, dès l'instant que la décision demeure conforme à la loi. Pour cela, le juge doit anticiper les réactions comportementales des agents économiques à son jugement. Pour cela, il doit s'exprimer clairement et d'une façon stable, offrant alors aux marchés cette valeur économique première qu'est la sécurité juridique. Pour cela, il doit avoir mené une analyse économique du droit et de ses choix de jugements pour désigner le plus efficace. L'étude d'impacts des potentiels jugements disponibles par l'usage de la palette des règles de droit est indispensable.

III. LE JUGE, REGULATEUR DE LA CRISE FUTURE

15. Les règles adaptées pour prévenir la crise future peuvent être prises par un juge aussi bien que par le législateur et les crises ont pour caractéristiques à la fois d'être imprévues et de tenir au fait que l'on apprend rien (par exemple, les agents financiers continuent de croire que les marchés financiers sont autorégulés).

16. Dès lors, les juges doivent réguler les marchés, et en cela prévenir les crises, à travers les obligations d'information et de mise en garde, en désignant par leur seule puissance des « tiers de confiance », voire des « opérateurs systémiques », ce qui leur donne des droits et obligations accrus.

17. Mais le juge ne doit pas oublier ce qu'il est par essence, par rapport au législateur : il est le personnage du concret et de la casuistique. Donc, il doit demeurer le plus possible éloigné des catégories abstraites. Cela est bien difficile, alors qu'on lui demande d'injecter dans le système économique des règles générales pour contribuer à la lutte contre la crise. Il faut prendre exemple sur le droit européen et faire la distinction dans les normes générales entre les règles générales abstraites et les règles générales concrètes. Ainsi, il ne faut que pas que le juge surajoute des obligations d'information : il faut qu'il impose l'obligation d'intelligibilité. Le juge demeurera ainsi dans sa pure tradition et sa distinction naturelle avec le législateur.