

Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeur des Universités à Sciences Po (Paris),
directeur de la chaire Régulation*

109. – On peut discuter de ce qui fonde la responsabilité, des bienfaits de ses effets, à qui elle doit être imputée, à quoi on doit l'articuler, pouvoir, action, situation, etc. Depuis des siècles, juristes et moralistes s'y sont employés, le droit tourne autour, davantage la jurisprudence que la loi en ce que les juridictions explicitent davantage les causes et les effets des décisions que le législateur ne le fait dans l'adoption de ses normes souveraines. Mais il est acquis que la responsabilité désigne celui qui doit « répondre¹ ».

110. – À partir de cette vérité élémentaire, on peut, en premier, lieu développer la problématique très générale de la responsabilité pensée dans son adéquation avec les régulations économiques, puis distinguer selon qu'il s'agit de l'hypothèse de responsabilité de l'opérateur ou de celle du régulateur.

1. Sur cette dimension, v. l'article de référence de Geneviève Viney, « La responsabilité », in *Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, n° 35, p. 275-292.

I. L'ADÉQUATION ENTRE L'APTITUDE À RENDRE DES COMPTES ET LE BON FONCTIONNEMENT DES RÉGULATIONS ÉCONOMIQUES

111. – La responsabilité invite donc, dans un premier temps, à mettre en perspective les notions corrélatives d'« aptitude à répondre », donc d'« aptitude à être responsable », pour déterminer, dans un second temps, quel type d'aptitude est le plus adéquat dans les régulations économiques. Cela peut s'aborder par deux entrées : d'abord, à travers la conception juridique de la responsabilité pour choisir qui doit répondre pour que la régulation soit efficace (A) ; ensuite, à travers la conception économique et sociale de la régulation dans laquelle la responsabilité peut être un pilier de l'autorégulation (B).

A. LA DÉTERMINATION GÉNÉRALE DE L'APTITUDE À ÊTRE RESPONSABLE AU REGARD DE L'EFFICACITÉ DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE

112. – Cette tautologie entre la responsabilité et la désignation de celui qui répond peut tout d'abord conduire à tirer le mécanisme vers ses effets. Dans ce cas, la responsabilité joute la garantie, voire se déverse dans celle-ci. On peut aussi rattacher la responsabilité à sa source, par exemple la faute, auquel cas la responsabilité demeure proche de la morale et du critère de culpabilité. Dans la première perspective, on désignera comme responsable celui à qui cette imputation fera adopter le « bon » comportement (au sens où ce comportement a les effets attendus par le système, par exemple le recours du responsable potentiel à un contrat d'assurance). Cet effet incitatif joue aussi bien sur la personne visée que sur les tiers dont la situation est similaire. Dès lors, le jeu de la responsabilité est *de facto* collectif.

113. – Dans la seconde perspective, on désignera comme responsable celui à qui cette imputation est « due » en amont, parce qu'il a eu dans le passé un comportement reprochable. La responsabilité sera de nature individuelle et il faudra la forcer pour y ajouter un effet collectif, par exemple par une loi imposant la prise obligatoire d'une assurance.

114. – Ces deux conceptions, qui tirent dans deux sens opposés, même si le droit positif n'a jamais exclu l'une par l'autre, déterminent ce que l'on a donc nommé comme « l'aptitude » à être responsable. Pour insister sur le point dont nous verrons l'importance en matière de régulation économique, peut ainsi être « apte » à être responsable, d'une part, celui à qui cette responsabilité qui plane conduira à agir conformément aux intérêts collectifs du système, par exemple l'intérêt social, l'intérêt de la société, ou bien peut être « apte » à être responsable, d'autre part, celui qui a agi d'une façon reprochable.

115. – Par nature, ces deux approches comportent en leur logique leur régime juridique spécifique. Ainsi, la première implique le rattachement au bien-être collectif et n'a guère de rapport avec l'intentionnalité, voire avec l'action d'une personne.

C'est sur cette base que se sont développées les théories plus ou moins critiquables de la défense sociale². La seconde donne pertinence à l'acte acquis, donc naturellement passé, par rapport auquel on doit établir une causalité et pour lequel preuve est requise.

116. – Le choix entre les deux perspectives est variable, libre et plus ou moins net. Mais lorsqu'on fait interférer le souci d'une régulation économique, alors la balance va pencher plus nettement du premier côté. En effet, la régulation économique a pour souci d'établir et de maintenir de force et d'une façon constante des équilibres dans des secteurs économiques qui ne peuvent les produire ou les soutenir par leur propre mécanisme. Cet équilibre s'établit entre un principe de concurrence et un autre principe, par exemple le service public ou la gestion des risques.

117. – Si l'on conçoit ainsi un droit de la régulation économique³, celui-ci est autonome par rapport aux branches classiques du droit, notamment en ce que celles-ci se rattachent traditionnellement à la *summa divisio* du droit public et du droit privé⁴, parce que les règles et décisions qui le composent dépendent directement de l'organisation économique dans lequel il s'infiltré. La référence en est un système libéral, établissant par avance des mécanismes contrant des défaillances structurelles de marché.

118. – Dès lors, la régulation économique étant une organisation *ex ante* de secteurs économiques⁵ afin de satisfaire le bien-être collectif, lequel n'y est pas servi par les seuls comportements rationnels spontanés des opérateurs, le droit de la responsabilité va devoir s'imprégner de cette définition pour être adéquat à la régulation. Par ce mouvement, le droit de la responsabilité viendra renforcer le droit de la régulation : la responsabilité devient un mode de gouvernance des marchés⁶, par l'influence rétrospective ou anticipée qu'elle a sur les comportements des agents⁷.

119. – Cela donne tout d'abord pleine pertinence aux travaux d'analyse économique du droit de la responsabilité, domaine de prédilection du mouvement *Law and Economics*, précisément parce que la responsabilité y est conçue comme une emprise ordinaire et suffisante pour le fonctionnement des marchés, alliée aux mécanismes

2. F. Gramatica, *Principes de défense sociale*, Cujas.

3. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, chron., p. 126-129.

4. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation, objet d'une branche du droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 3-7.

5. M.-A. Frison-Roche, « L'ex-ante et l'ex-post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po-Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », 2006, p. 33-48.

6. Cette conception, qui ôte de la main des États le gouvernement économique, est contestée. On se reportera notamment à la synthèse critique opérée par Pierre Legendre, « L'État parmi les formes de Gouvernement », *Revue des anciens élèves de l'ENA*, mai 2007, n° 371, p. 5-9.

7. Comme cela sera développé plus loin, ces agents peuvent être aussi bien des opérateurs que des régulateurs.

contractuels⁸. Ainsi, la responsabilité intervient non pas tant comme un ensemble de sanctions de comportements actés, procédé *ex post* donc, mais plutôt comme un ensemble d'informations dont disposent *ex ante* les agents et qui les incitent à adopter un comportement conçu et voulu par le régulateur dans la perspective du bien-être général.

120. – Le temps pertinent de la responsabilité n'est alors plus l'acte passé (faute avérée) mais l'acte futur (comportement attendu). La prescription juridique devient davantage une obligation d'agir, pour que l'agent porte l'intérêt général, qu'une simple interdiction (obligation de ne pas commettre de faute)⁹. La responsabilité se détache de la faute. Elle s'insère corrélativement dans un système cognitif.

121. – Dans cette adéquation générale entre responsabilité et régulation économique, la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale perd sa pertinence, puisque celle-ci puise essentiellement dans la distinction des fautes, ce qui suppose un rattachement préalable à l'acte passé, lequel n'est plus au premier plan dans les régulations économiques.

122. – Le critère de distinction entre les deux types de responsabilité devient une référence à l'efficacité des sanctions, ce qui explique par exemple que la peine de prison soit intégrée dans les mécanismes de régulation lorsqu'elle peut, seule, contrebalancer la grande chance des opérateurs de n'être pas découverts, du fait de l'asymétrie d'information, dans le même temps que la sanction peut devenir l'objet de transaction et de politique de clémence. À première vue, on peut y voir de l'incohérence, puisqu'on fait monter en même temps dans le système et la répression et la négociation sur la répression, mais en réalité l'articulation des deux permet plus d'efficacité. De la même façon, la responsabilité administrative, moyen efficace de répression et de contrôle, devient parfaitement pertinente, notamment du fait que l'activité de régulation jouxte celle de la police des secteurs¹⁰.

123. – Ainsi, la régulation économique conduit à une conception radicalement instrumentale de la responsabilité, conception instrumentale dont le droit traditionnel connaît de nombreuses autres manifestations, par exemple la responsabilité imputée au gardien de la chose ayant causé le dommage. Il convient alors d'imputer une responsabilité aux agents dont on attend un comportement adéquat pour le bon fonctionnement du secteur économique considéré, par exemple au regard des obligations d'information, de sécurité, de transparence, de mise en garde, etc. Le contenu, les critères et les sanctions attachées à cette responsabilité doivent pareillement être dessinés selon ce comportement attendu, donc le comportement futur.

8. Pour une étude d'ensemble, v. notamment C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342 et s.; C. Jamin (dir.), *Droit et économie du contrat*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2007.

9. Pour la description de ce mouvement, y compris en responsabilité pénale, v. J.-H. Robert, « L'obligation de faire pénalement sanctionner », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, Dalloz, 2000, t. 44, p. 153-161.

10. Dans ce sens, M. Lombard, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006.

124. – À ce stade de développement de ces réflexions, il convient d'insérer la contradiction qui apparaît entre la définition de la responsabilité, comme le fait de rendre de rendre des comptes, et le principe d'indépendance. Cela concerne aussi bien les opérateurs sur les secteurs que les régulateurs.

B. LA CONTRADICTION PREMIÈRE ENTRE RESPONSABILITÉ, LIBERTÉ D'ACTION ET INDÉPENDANCE DES ACTEURS DE LA RÉGULATION

125. – En effet, les agents économiques sont indépendants, puisque nous sommes dans un système libéral de marché, fonctionnant sur la liberté des acteurs, aussi bien offreurs que demandeurs. C'est de cette liberté-là que le droit de la concurrence est gardien¹¹. De la même façon, les régulateurs sont indépendants, selon un principe majeur du droit de la régulation, cristallisé dans l'appellation d'« autorité administrative indépendante » qu'on leur accole souvent¹². Il y aurait contradiction.

126. – Il faut donc articuler le mécanisme de responsabilité, le principe qu'il illustre à savoir le fait de rendre des comptes, et le principe à première vue opposé de l'indépendance. L'insertion est difficile car les termes paraissent contradictoires. En effet, si l'on étudie tout d'abord les opérateurs économiques en compétition sur les marchés des secteurs régulés, le principe d'indépendance leur est acquis à travers la liberté du commerce et de l'industrie. Celle-ci leur offre un pouvoir d'action. Ils rendront compte de l'usage qu'ils en font à travers la responsabilité. Rien de plus traditionnel en droit : la responsabilité est à la fois l'indice et la conséquence de la liberté d'agir. Mais lorsque la responsabilité est maniée à leur encontre par le régulateur, elle devient pleinement un outil de régulation et s'imprègne alors d'autres soucis, la gouvernance du secteur, qui affecte cette conception juridique classique.

127. – En outre, tel l'arroseur arrosé, le régulateur n'est pas exempt de responsabilité. Pourtant, celle-ci devrait reculer parce que le régulateur partage avec le juge la caractéristique d'être non seulement libre, donc maître de son action comme le sont les opérateurs, mais encore indépendant, c'est-à-dire protégé par l'immunité qui coupe tout lien entre son action et une responsabilité. Le statut couvre le pouvoir. La responsabilité du régulateur devient inconcevable, parce qu'elle entre en conflit non pas avec le principe de liberté d'action mais avec celui d'indépendance. Le fait de changer de langue, ce qui rend toujours plus supportable les choses, forme internationale de l'euphémisme, en évoquant l'*accountability* du régulateur suffit-il à résoudre la difficulté ?

11. M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Précis Dalloz, 2006.

12. V. B. Lasserre, « Qu'est ce qu'un régulateur ? », in *Droit, éthique, société. Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations*, PUF, 2002, p. 43-57. Pour les références ultérieures voir P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Sénat n° 404, et plus particulièrement le travail bibliographique p. 150-153.

II. RESPONSABILITÉ, INDÉPENDANCE ET REDDITION DES COMPTES DES OPÉRATEURS, PENSÉES À TRAVERS L'AMBITION DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE

128. – Par définition, l'économie libérale repose sur la puissance que confère aux personnes leur liberté, dont l'action économique est l'un des modes, et que l'État pré-organise et garantit. Ainsi, l'économie libérale n'est pas nécessairement spontanée, même si Friedrich Hayek a poussé jusqu'à cette conception son attachement à la liberté¹³. Dans cette perspective, la responsabilité est alors une clé de l'autorégulation (A). Mais d'une façon plus exogène, la responsabilité des opérateurs peut être un mode pour le régulateur de gouvernement des marchés (B).

A. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MODE D'AUTORÉGULATION

129. – Tout d'abord, l'autorégulation renvoie à l'idée qu'il suffit de quelques éléments, que sont les droits de propriété, le droit de contracter des engagements et le droit de saisir un juge, pour que l'économie soit juridiquement organisée. Dans cette conception juridicisée de l'économie, le droit n'est pas la traduction des rapports de force économique mais le préalable général de l'économie de marché¹⁴.

130. – Si l'on estime que la responsabilité est le fondement de la liberté économique, en ce qu'elle légitime son déploiement par la limite qu'elle lui impose (légitimité circulaire qui peut se traduire ainsi : « j'ai la puissance d'agir librement car je réponds des effets de l'usage que je fais de cette puissance libre »), alors il n'est pas nécessairement d'aller plus avant dans l'organisation des marchés et des secteurs par le droit. En cela, l'indépendance des opérateurs, en ce qu'ils sont libres de s'affronter et de s'organiser, est un des clés de l'autorégulation¹⁵.

131. – C'est ce que soutient la thèse de l'autorégulation, dans son sens le plus radical, puisqu'il n'est alors pas besoin d'institutionnaliser la régulation, ni de prévoir des règles qui lui soient spécifiques. L'avantage de penser la régulation à travers une responsabilité ordinaire des opérateurs, responsabilité engendrée par leur puissance

13. *Droit, législation, et liberté*, PUF, 1980-1983 ; *Constitution de la liberté*, Litec, 1994.

14. Parmi les études très abondantes, opposant notamment la première conception, d'obéissance marxiste, et la seconde, d'obéissance libérale, v. F. Zénati, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », in *Archives de philosophie du droit, Droit et économie*, t. 37, Sirey, 1992, p. 121-129.

15. Dans la suite de cette étude, la question de l'indépendance, lorsqu'elle s'applique non plus aux opérateurs mais aux régulateurs, prend un autre sens puisqu'il s'agit de construire l'autonomie du régulateur par rapport à l'exécutif, mais l'idée est commune, à savoir l'intimité entre la liberté et la responsabilité. En ce qui concerne les opérateurs, la responsabilité est acquise, engendrée par le droit commun, et la liberté d'action peut être mise en doute par le biais de l'économie dirigée, alors que la question est posée d'une façon inverse en ce qui concerne le régulateur, puisque son indépendance est acquise, alors que la question de sa responsabilité demeure ouverte.

d'action (soit dans l'ordre contractuel/responsabilité contractuelle ; soit dans l'ordre général de l'action/responsabilité délictuelle) tient tout d'abord dans le fait qu'elle lie intimement régulation et liberté, alors qu'on a souvent tendance à opposer la régulation, comme organisation *ex ante* et contraignante des comportements, et la liberté. La référence souvent faite à la situation actuelle de « surrégulation ¹⁶ » se réfère implicitement à cette sorte d'âge d'or de la régulation, à base de contrat et de responsabilité.

132. – L'autorégulation, servie par la seule articulation de la propriété privée, du contrat, de la responsabilité et d'un juge, présente deux avantages pratiques, indépendamment de son intimité avec le libéralisme économique, auquel on peut adhérer plus ou moins. En premier lieu, l'autorégulation est une perspective que la mondialisation invite à considérer, puisque les États n'ont pas encore effectué un maillage normatif mondial. Or, dans la mesure où l'autorégulation ne requiert pas de pouvoir normatif extérieur, notamment pas celle d'un ou plusieurs États, autorégulation juridique et mondialisation économique riment bien ensemble.

133. – À ce titre, on observera que les trois secteurs régulés à la fois les plus globalisés et ceux pour lesquels on évoque le plus souvent la nécessité de régulation, c'est-à-dire le secteur financier, celui des jeux et le mécanisme de l'Internet, sont ceux pour lesquels on évoque aussi fréquemment les mérites de l'autorégulation, construits sur les contrats et les responsabilités des opérateurs ¹⁷.

134. – Néanmoins, la simplicité et la souplesse du système autorégulé ne sont qu'apparentes. En effet, quelles exigences que de disposer à la fois d'un droit des contrats, de mécanismes de responsabilité et d'un juge pour faire fonctionner l'ensemble ! Peu de pays satisfont de tels préalables et la question de l'effectivité, de l'entrée dans les faits des responsabilités, de l'*enforcement*, trouve peu de solutions dans de très nombreux pays, qui sont donc en réalité des trous d'autorégulation.

135. – Dès lors, l'autorégulation a tendance à sortir tout simplement du droit, parce que le droit élémentaire requis n'est pas effectif. Il faut alors s'en tenir tout d'abord à la haute conscience des opérateurs. C'est une responsabilité de type morale, les dirigeants d'entreprise se contraignant eux-mêmes, se tenant bien par une sorte de stoïcisme économique, pour les effets vertueux duquel la machine du droit n'est plus même sollicitée. Ce que l'on désigne parfois comme la « haute banque ¹⁸ », à savoir des entreprises qui, détentrices de l'information et de l'argent, donc de la puissance,

16. Pour des variations sur ce thème, v. J.-B. Zufferey, (*Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse*, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

17. V. par exemple E. Brousseau, « Régulation de l'Internet : l'autorégulation nécessite-t-il un cadre institutionnel ? », in *Économie de l'Internet*, numéro spécial de la *Revue économique*, septembre 2001, p. 349-377 ; B. du Marais, « Autorégulation, régulation et corégulation des réseaux », in *Le droit international de l'Internet*, Bruylant, 2002, p. 293-308 ; L. Cohen-Tanugi, *Le nouvel ordre numérique*, Odile Jacob, 1999. Voir aussi dans le domaine de la publicité, Bureau de vérification de la publicité, *L'autorégulation*, 2006.

18. Qu'illustrerait notamment le fondateur Sigmund Warburg de la banque Warburg.

ne l'utilisent néanmoins pas face à des clients en situation d'asymétrie et de faiblesse, seraient les titulaires de cette autorégulation moraliste et moralisante.

136. – Mais à peine sorti du droit, à peine évoquée la responsabilité morale des opérateurs comme mode d'autorégulation, on revient dans le droit. En effet, ces obligations de bien se tenir se cristallisent sous la forme de la déontologie¹⁹. Celle-ci est très présente dans la régulation bancaire et financière. L'intérêt au regard de la responsabilité tient à la plus ou moins grande extériorisation de la contrainte. En effet, dans l'ordre moral, la responsabilité est elle-même interne, et donne lieu à cette sanction particulière qu'est le remord, lequel peut être plus ou moins recouvert par le pardon. Le droit ordinaire ne relève pas cet ordre²⁰.

137. – Pour qu'il y ait une effectivité de type juridique attachée à ces obligations morales, pour que celles-ci émergent dans le droit²¹, il faut y ajouter quelque chose. La perspective est alors double. En premier lieu, le droit peut organiser une obligation de transparence des comportements, obligation juridique procédurale donc, laissant à la réprobation d'un secteur auto-observant²² le soin de faire effet sur la personne dont le comportement n'est pas conforme à ce qu'il devrait être. Il y a là mélange entre la contrainte sociale et la source juridique, articulation qui ne peut fonctionner que s'il y a une structuration sociale suffisante dans le secteur considéré²³.

138. – La seconde perspective, davantage juridicisée, consiste à institutionnaliser l'autorégulation par un organisme. Nous sommes encore dans le domaine de l'autorégulation car celui-ci « émerge » du secteur et prend généralement la forme d'une association. C'est ce que Fabrizio Caffagi désigne comme le « régulateur privé²⁴ ».

139. – Dans ce type d'autorégulation, ce régulateur est paradoxal en tant qu'il exprime l'autorégulation mais adéquat parce qu'il est le miroir de l'ambiguïté de la déontologie. L'organe étant donc de même nature, ambiguë, que la norme, est le plus souvent un régulateur professionnel. En effet, les professionnels, qui sont les intermédiaires du

19. V. par exemple D. Gutmann, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, 2000, t. 44, p. 115-128.

20. C'est pourquoi il est dommageable d'avoir qualifié de « programme de clémence » la méthode d'extraction des preuves, qui permet aux autorités de concurrence de récompenser la fourniture d'information, l'emprunt au vocabulaire moral ou de souveraineté politique n'étant pas de mise dans un mécanisme automatique d'efficacité.

21. Selon la conception très classique du rapport entre le droit et la morale. V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ; P. Jestaz, « L'avenir de droit naturel ou le droit de seconde nature », *RTD civ.* 1983, n° 233.

22. Cela suppose un système dans lequel les diverses parties prenantes ont spontanément des informations les unes sur les autres et modifient leur propre comportement en conséquence et par anticipation. Cette théorie sociologique, développée notamment par Niklas Luhmann (v. P. Guibentif et A.-J. Arnaud, « Niklas Luhmann observateur du droit », in *Droit et société*, LGDJ, 1993, spécialement p. 147-177), a de nombreux points de contact avec la théorie économique des jeux.

23. C'est notamment le cas dans le « monde » de la banque et de la finance (v. M.-A. Frison-Roche, « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in *Sociologie du droit économique, L'Année sociologique*, 1999/2, vol. 49, PUF, p. 457-494).

24. F. Caffagi, « La responsabilité des régulateurs privés », in 13^e Forum de la régulation, *Les responsabilités en matière de régulation économique*, mai 2005.

secteur, voire les organisateurs de celui-ci, sont réunis dans des organisations, de forme très ancienne, association professionnelle, ordre professionnel.

140. – Ainsi, professions et régulation se rencontrent dans une perspective d'autorégulation, puisque la régulation se fait à la fois à l'extérieur des opérateurs pris individuellement mais néanmoins d'une façon internalisée à travers non seulement les opérateurs assemblés (par un même métier, une même profession) mais encore les organisations professionnelles.

141. – Dans ce type d'autorégulation organisée et semi-externalisée, deux phénomènes apparaissent : les normes professionnelles et l'activité disciplinaire. Les premières sont des normes d'observation ou de comportement. Celles-là sont de type procédural, consistant à organiser détention de l'information, transfert de l'information, intériorisation et réaction à l'information.

142. – Cela a vocation à produire, si l'on ne sort pas de ce système-là, des contraintes non pas sur le comportement même mais sur la communication à l'extérieur. Dès lors, contrairement à la tradition, notamment bancaire, liant autorégulation et secret, ou à le moins secret partagé entre pairs, l'autorégulation se noue à la publicité. Celle-ci devient à la fois mode d'organisation et forme de légitimité.

143. – Quant aux normes de comportements, on observe un mélange de référence aux règles de l'art, aux règles techniques, aux règles morales, parfois aux règles juridiques. L'ensemble est rassemblé dans des lignes directrices, codes et autres *restatments*, fatras qui recopie souvent des normes soit déjà supérieurement installées dans le droit (telle l'obligation de respecter la loi), soit contradictoires entre elles. Cette sorte de codification peut faire horreur pour qui voit dans celle-ci une œuvre de l'esprit qui produit un système, parce qu'elle résulte d'une sorte d'humus engendré par un empilement dans le temps d'expériences, de cas concrets, d'emprunts à d'autres pays. Elle crée cependant l'atmosphère dans laquelle la responsabilité des opérateurs sera engagée.

144. – Dans le système d'autorégulation, parce qu'il s'agit d'une régulation impliquant une responsabilité ayant pour fonction d'engendrer à l'avenir un comportement adéquat et de la part du contrevenant et de la part des tiers qui observent l'articulation entre défaillance et sanction, la responsabilité est de type disciplinaire.

145. – Cela explique la permanence et la pertinence des structures professionnelles, alors même que celles-ci ont pris racine dans le Moyen Âge²⁵. Cette efficacité de la responsabilité disciplinaire non seulement n'est pas inquiétée par la mondialisation mais elle est accrue par elle. Il faut en effet additionner les faits suivants : les professions sont mondialement organisées, elles fonctionnent en réseaux, ceux qui sanctionnent et ceux qui sont sanctionnés sont très proches, l'opprobre immédiatement diffusée dans la profession est efficace.

146. – Il apparaît ainsi que la responsabilité disciplinaire est l'organisation institutionnalisée dans l'autorégulation, qui répond le mieux à des régulations qui ne peuvent se penser que mondialement.

25. J. Hilaire, *Introduction historique du droit commercial*, PUF, 1986.

B. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MODE DE GOUVERNEMENT ÉCONOMIQUE PAR LE RÉGULATEUR

147. – Mais l'on peut concevoir aussi une responsabilité des opérateurs plus en distance d'eux-mêmes. En effet, même institutionnalisée et associée à la publicité, l'autorégulation peut faire craindre la capture, non pas tant par la corruption mais par des formes moins conscientes, donc plus dangereuses, comme l'indulgence à l'égard de celui qui vous ressemble ou le sentiment, plus collectif, de la crainte d'un scandale qui entraîne toute la profession dans le gouffre.

148. – Dans un tel cas, on en revient à la responsabilité au sens plus strictement juridique du terme, même si l'on a vu qu'il fallait la tirer vers l'incitation à des comportements futurs adéquats. La conséquence de son adéquation substantielle avec la régulation tient dans le renvoi organisationnel de cette arme entre les mains des régulateurs, et non pas seulement des juges de droit commun. La responsabilité des opérateurs retenue par le régulateur concorde avec la régulation.

149. – Tous les régulateurs disposent d'un pouvoir de sanction et le plus souvent d'injonction pour parvenir à leur fin. Il devient alors contradictoire de la part d'un régulateur, s'il se présente comme un arbitre entre les opérateurs, d'exercer fortement son pouvoir de sanction et de n'être pas doté d'un pouvoir de règlement des différends. Il ne s'agit pas ici de dénier que la sanction, sollicitée par un opérateur contre un autre, ou prononcée sans cette action mais ayant un effet bénéfique sur un autre (comme en matière de droit de la concurrence), ne contribue pas au maintien des rapports loyaux entre compétiteurs sur un secteur régulé. Mais le pouvoir de sanction a vocation à être manié pour maintenir des équilibres que le seul fonctionnement du marché, même avec des responsabilités civiles ou pénales qui peuvent être retenues par les juridictions, ne peut produire.

150. – Ainsi, la responsabilité des opérateurs, parce qu'elle est maniée par les régulateurs, est un outil de régulation et doit être maniée en tant que telle. Cela explique que le plus souvent, le régulateur a davantage de pouvoir que le juge pour engager la responsabilité des opérateurs, notamment sans se préoccuper de l'intentionnalité mais plutôt du simple manquement à la norme de comportement. Ainsi, la prise en considération de la récidive, comme fait justifiant une aggravation de la sanction, alors même que les textes ne visaient pas l'hypothèse, se justifie parce que ce constat montre en lui-même l'échec de l'incitation de la première sanction sur le comportement ultérieur de l'opérateur. Il faut dès lors que la seconde sanction, non pas tant s'alourdisse en soi, mais, démonstration fait de l'inadéquation du premier montant, trouve un montant accru plus efficace, donc plus adéquat, ainsi mieux fondé. L'objectivation de la sanction, que l'on peut réprouber au regard des principes classiques de la répression, va de soi dans la régulation.

151. – Cela explique que le montant des sanctions ne soit pas tourné vers le passé (amplitude de la faute) mais vers le futur (dissuasion du comportement à l'avenir) ou, à mi-chemin, vers la reconstitution de ce qu'aurait été la prospérité du secteur si le manquement n'avait pas eu lieu. Ces reconstitutions, confiées à des spécialistes de

théorie économique, constituent, avec l'effet à obtenir sur les comportements à venir, la base du montant et de la forme des sanctions. Dans les faits, cela engendre une augmentation très nette le montant des amendes et une mise en place de modes d'intervention rapide et publique par le régulateur.

152. – La répression en matière économique est ainsi substantiellement plus forte que dans les autres branches du droit qui attachent des sanctions à des comportements, voire à des positions²⁶. On peut s'en étonner car des comportements économiques sont ainsi davantage pourchassés et sanctionnés que des atteintes à la personne. Cela tient au lien très étroit entre responsabilité des opérateurs et construction des secteurs par les régulateurs. Ne pas l'admettre, ce qui est tout à fait concevable car des libertés publiques sont en jeu, revient à ne pas admettre le système de régulateur, lequel est effectivement critiqué dans son essence même au nom des principes démocratiques, notamment de la séparation des pouvoirs. Cela peut aller jusqu'à douter du mécanisme de la régulation elle-même, au nom d'une défense contre cette nouvelle forme d'interventionnisme public.

153. – Certes, le système a produit ses propres limites pour préserver les opérateurs, notamment le principe de proportionnalité dans les sanctions ou, par nature, le recours ouvert contre la décision devant une juridiction. En outre, la procédure de sanction elle-même, menée par le régulateur, est fortement juridictionnalisée, par application directe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, précisément, cette évolution, consistant à transformer grâce à la contrainte procédurale le régulateur en juge, peut être approuvée parce qu'il s'agit d'un pouvoir de sanction, même si elle a été aussi fortement critiquée car le régulateur n'est pas un juge mais ressemble davantage à un ingénieur²⁷ (qu'il est parfois dans les faits si l'on observe les formations et les fonctions précédentes des régulateurs) et parce que la sanction doit se penser par rapport à la régulation et pas par rapport à la juridiction²⁸.

154. – En cette matière, il faut sans doute garder la mesure, éviter les conflits violents de doctrine où chacun campe sur son terrain légitime, qui la régulation, qui la juridiction, et doser pragmatiquement, comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme, en préservant le cœur requis mais restreint (comme peut l'être l'ordre public international) du respect des garanties de procédure devant le régulateur dès l'instant qu'il est corrélé à un plein déploiement de ces garanties devant un juge du recours, qui doit être toujours accessible²⁹.

26. V., pour davantage d'explicitation, M.-A. Frison-Roche, C. Nocquet, J.-C. Marin, *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001.

27. J.-C. Jobart, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ*, 2004, n° 1, p. 33-73.

28. P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger, réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1060 et s.

29. Cette conception est également celle des systèmes de *common law* (v. J. Black, P. Muschinski, P. Walker, *Commercial regulation and judicial Review*, Art Publishing, 1998).

155. – Ce que l'on peut donc observer en matière de responsabilité, ce sont des enjeux, voire des batailles procédurales³⁰, notamment parce que suivant qu'il s'agit de responsabilité civile, pénale ou administrative, le juge du recours et donc l'ordre juridictionnel concerné n'est pas le même³¹. La division n'est pourtant pas substantielle. Il s'agit de répression incitative, la pertinence de la distinction substantielle entre le civil, le pénal et l'administratif s'effaçant.

156. – Il ne faut pas nécessairement y voir une lacune, ou un archaïsme. En effet, la responsabilité maniée par le régulateur à l'égard des opérateurs ne se reportant guère aux comportements mais consistant en des incitations, des messages et des indications pour l'avenir, de la même façon que la procédure de sanction est appréhendée par un droit « processuel » qui dépasse les trois procédures et se cristallise autour de quelques principes fondamentaux, la responsabilité est appréhendée par un droit « sanctionnateur » qui dépasse les trois responsabilités.

157. – Cela explique notamment que les autres opérateurs que celui auquel le régulateur³² va demander des comptes sur son comportement passé (par la sanction) et futur (par l'engagement, à travers notamment des transactions sur les sanctions) sont de plus en plus incités à intervenir dans les procédures³³. Il ne s'agit pas tant d'un mouvement de « civilisation » de la régulation par cette présence plus forte des opérateurs contre les opérateurs, mais plutôt, à lire la doctrine de la Commission européenne et des régulateurs, un moyen de renforcer l'effectivité de la régulation, par l'activation d'agents gouvernés par leur intérêt particulier, concourant médiatement à l'efficacité du système.

158. – Le régulateur gouverne donc le secteur qu'il doit construire et dont il doit maintenir les équilibres grâce notamment au processus de responsabilité des opérateurs, qu'il engage directement. Cette puissance est si grande, notamment guère arrêtée par la division des pouvoirs, notamment pas en France du fait que nous ne sommes pas dans un régime politique de *check and balance*, qu'elle doit être limitée. Elle le sera, par un effet de miroir, par la responsabilité du régulateur lui-même.

30. V. par exemple S. Thomasset-Pierre, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, préf. F. Ferrand, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2003, n° 393.

31. M. Bazex, « L'implosion du dualisme de juridiction », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 35-42.

32. E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFD adm.* 2004, n° 4, p. 751-771.

33. V. M.-A. Frison-Roche, « Efficient and effective Enforcement in Antitrust Law », in *ESCORA*, à paraître.

III. RESPONSABILITÉ, INDÉPENDANCE ET REDDITION DES COMPTES DES RÉGULATEURS, PENSÉES À TRAVERS L'AMBITION DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE

159. – Le régulateur doit être indépendant pour assurer sa mission, dès l'instant que l'État est partie prenante. Cela est incontestable s'il a des intérêts financiers dans des entreprises publiques en compétition dans le secteur³⁴. L'idée peut être soutenue, alors même que le secteur ne voit s'opposer que des compétiteurs privés, si l'indépendance de la régulation par rapport au gouvernement permet de soutenir la confiance des parties prenantes, par exemple celle des investisseurs, en matière de régulation financière.

Cette indépendance rend difficile la responsabilité. Mais un régulateur irresponsable n'est pas politiquement supportable. Tous les systèmes juridiques, économiques et politiques, ont été confrontés à cette première aporie (A), afin d'organiser une sorte dérivée de responsabilité à travers la reddition des comptes (B).

A. L'APORIE PREMIÈRE ENTRE INDÉPENDANCE DU RÉGULATEUR ET RESPONSABILITÉ

160. – Il est aisé à première vue de distinguer l'indépendance et la responsabilité, ce qui rend alors possible de les marier. En effet, l'indépendance suppose simplement que l'organe où la personne en cause ne puisse pas recevoir d'instruction d'un autre organe ou d'une autre personne. Ainsi, l'indépendance est liée à l'autonomie, comme l'ont montré les réflexions et la mise en place des banques centrales indépendantes.

161. – Confronté à cela, la responsabilité peut s'articuler sans difficulté puisque la personne peut être obligée à répondre de l'exercice qu'elle fait de ses pouvoirs³⁵, et dans le même temps être à l'abri des instructions, notamment gouvernementales. Si l'on va plus loin et qu'on estime que le régulateur est autonome et libre d'agir, alors la responsabilité paraît s'associer plus aisément encore avec cet exercice.

162. – Mais cette présentation harmonieuse ne prend pas en cause le temps, à savoir la projection que les acteurs font de l'exercice de leur pouvoir, liant pour leur part naturellement le passé et le présent. En effet, le principe de rationalité et d'anticipation n'est pas le propre des opérateurs, le régulateur y puise aussi des raisons de faire des choix et de prendre des décisions.

163. – Or, un régulateur qui anticipe peut avoir tendance à brider l'exercice de son pouvoir, ou à l'orienter, en fonction de la responsabilité qui peut y être ultérieurement associée. Ce comportement cognitif va faire passer dans la rationalité la responsabi-

34. A. Cartier-Bresson, *L'État actionnaire*, thèse Paris II, 2005.

35. Sur cette définition première, v. *supra* n° 111 et s.

lité avant la prise de décision, même si, dans l'ordre temporel, celle-ci succède à la première.

164. – La solution est alors de décharger le régulateur de sa responsabilité pour lui laisser son seul pouvoir, qu'il exercera alors sans pression, car l'anticipation transforme en réalité la responsabilité en contrôle. La problématique est la même pour les régulateurs et pour les juges. La solution est également la même : elle sera, dans pratiquement tous les pays, l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de ses régulateurs.

165. – La cohérence retrouvée ouvre alors une difficulté dans un autre registre, à travers un hiatus politique. En effet, l'État doit supporter sur ses finances des indemnités liées à un exercice de pouvoir sur lequel il n'a aucune prise. Alors que le droit ne cesse de vouloir associer pouvoir de décider et aptitude à répondre, par exemple à travers le principe du « pollueur-payeur » ou celui contenu dans le principe de précaution, on observe ici une dissociation entre position donnant pouvoir d'agir et responsabilité.

166. – Dès lors, l'irresponsabilité, disons l'immunité, du régulateur ne crée pas tant de problèmes juridiques que de problèmes politiques, rendant selon certains le pouvoir du régulateur insupportable. Le choix paraît alors être le suivant : soit on réinsère le régulateur dans le système politique ordinaire, soit on le rend davantage directement responsable pour que son indépendance soit supportée.

167. – La tendance que l'on observe en France relève plutôt de la première branche de l'alternative, des travaux conseillant la réintégration de la régulation dans la hiérarchie de l'exécutif. Si on préfère soutenir la pertinence de la seconde, à savoir l'indépendance d'un régulateur qui exerce pourtant sur le secteur un pouvoir de régulation, l'on peut tout d'abord qualifier le type de pouvoir qu'il exerce, pour opérer alors un lien plus ou moins nécessaire avec sa responsabilité.

168. – En effet, si l'on dit que le régulateur se contente d'exercer un pouvoir technique, à travers des normes, ou une application neutre des textes à travers les sanctions ou l'arbitrage et le règlement des différends, alors sa responsabilité est moins nécessaire, puisque l'office du régulateur est neutre. Mais les régulateurs élaborent des politiques de construction et de développement des secteurs, et les normes techniques façonnent ceux-ci, influant sur les stratégies à long terme des opérateurs. Cela n'est pas à critiquer en soi mais démontre l'existence d'un pouvoir de type politique. Il faut donc y associer une responsabilité de type politique.

169. – Cela est désigné par le terme anglais d'*accountability*. Il s'agit d'une « reddition des comptes » que le régulateur doit faire³⁶. Rendre des comptes, le droit connaît cela à propos par exemple des tuteurs qui ont géré le patrimoine d'autrui, caractéristique la personne qui exerce un pouvoir au bénéfice d'autrui. C'est pourquoi la problématique de la « responsabilité » des mandataires sociaux dans les sociétés est la même

36. C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford University Press, 2002.

que celle de la « responsabilité » des régulateurs³⁷ : les deux n'exercent un pouvoir que dans l'intérêt d'autrui. Ce constat élémentaire influence sur le type de responsabilité qui s'attache au régulateur.

B. LA SOLUTION D'UNE REDDITION DES COMPTES ORGANISÉE

170. – En effet, la responsabilité du régulateur va à la fois être plus faible et plus forte que la responsabilité ordinaire que connaît le droit. Dans une première perspective, cette reddition des comptes à l'encontre du régulateur ne se déroule pas devant les juridictions et ne prend pas la forme de sanction juridique. Même si un acte du régulateur se trouve être annulé par le juge du recours, il ne s'agit pas d'une responsabilité directe, mais plutôt d'une sorte de désapprobation médiare de l'auteur de l'acte.

171. – La reddition des comptes se fait donc sur un mode plus incertain, ce que l'on se plaît à désigner comme la *soft law*, à travers des rapports, des auditions, des conférences et des réponses à des questions posées. Le phénomène a vocation à s'accroître tout d'abord parce que cette procéduralisation de la reddition des comptes correspond à la même procéduralisation des instances devant le régulateur. Plus encore, la reddition des comptes n'est plus à la charge de ceux qui demandent des comptes, par exemple les juges, les parlementaires, les ministres, les consommateurs, l'opinion publique, mais elle est à la charge du régulateur lui-même.

172. – C'est celui qui est apte à répondre qui doit mettre les autres en mesure de le désapprouver. Voilà un mouvement décisif dans la conception de la responsabilité : le premier devoir de celui qui peut être désapprouvé est d'apporter à tous les moyens d'engager sa propre responsabilité. La règle de transparence, qui pèse sur les régulateurs et sur les opérateurs cruciaux³⁸, est le premier moyen de cela.

173. – Une autre considération alourdit la responsabilité du régulateur : les critères à l'aune desquels les comptes seront rendus. Dans une conception très juridique, voire comptable, le régulateur a satisfait à son obligation lorsque son action est conforme aux textes, aux ratios, etc. Mais dans la mesure où le droit de la régulation est téléologique³⁹, le régulateur, qui est au centre de celui-ci, doit voir son action appréciée de la même façon, c'est-à-dire à travers les objectifs visés et atteints.

37. Pour un approfondissement, d'ailleurs en termes sceptiques, de cette question, v. D. Schmidr, « Le droit des sociétés a-t-il été intégré par la loi NRE dans la logique de la régulation ? », in *Droit de la régulation : questions d'actualité, Petites Affiches*, n° spéc., 2003, p. 26-28.

38. Ces « opérateurs cruciaux » sont des opérateurs qui ont des fonctions de régulation de second rang, par exemple parce qu'ils gèrent des réseaux d'infrastructure essentielle. Ils ont à la fois plus de droit et plus d'obligation, notamment de transparence (sur un approfondissement de cela, v. M.-A. Frison-Roche, « Proposition pour une notion nouvelle : l'opérateur crucial », *D.* 2006, chron., p. 1895-1900).

39. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 610-616.

174. – Ainsi, le régulateur devient responsable non plus de la conformité des moyens employés par lui, mais des résultats atteints par lui⁴⁰. Il faut donc qu'il établisse que les effets de ces décisions coïncident avec les objectifs en vue de la satisfaction desquels le législatif lui a confié ses considérables pouvoirs.

175. – On mesure à travers cela que la reddition des comptes, mieux que la responsabilité strictement juridique, redonne au régulateur une place précise dans le système politique : il n'est pas tenu par l'exécutif ou par les juges puisqu'il doit demeurer indépendant dans l'exercice de ses pouvoirs mais il est tenu par les résultats de son action, pour l'obtention desquels une telle préséance lui a été donnée. La reddition des comptes est donc ce qui rend supportable politiquement et efficace économiquement l'indépendance du régulateur.

40. M.-A. Frison-Roche et J.-J. Laffont, *Contrôle et évaluation des autorités de régulation*, Rapport pour la Cour des comptes, 2001.