

Droit commun

&

Droits sectoriels de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre de printemps 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 8



**Responsabilité
&
Régulation**

19 avril 2016

INTRODUCTION

Le mot « responsabilité » a un double sens

Sens juridique :

- **répondre**
- Répondre de ce que l'on a fait, répondre de quelqu'un, répondre à quelqu'un

Sens commun :

- avoir du **pouvoir**
- Avoir des marges pour l'exercer

C'est **différent** mais dans un système libéral c'est **corrélé** :

- **L'on ne peut pas être obligé de répondre si l'on n'avait pas de marge pour agir**
- **L'on ne peut pas avoir du pouvoir s'il ne répond de rien.**

I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

III. LA RESPONSABILITÉ SELON LES TYPES D'OPÉRATEURS

- L'indépendance est consubstantielle au Régulateur
- On affirme souvent que l'indépendance impliquerait l'absence de responsabilité :
 - La crainte d'être condamné conduit à ne rien décider (décider, c'est risquer. Or, décider, c'est l'office du Régulateur)
 - Comparaison Banque centrale
 - Le Régulateur a souvent un office juridictionnel : or, « immunité juridictionnelle »

I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

A. L'ARTICULATION ENTRE INDÉPENDANCE DU RÉGULATEUR ET RESPONSABILITÉ

1. Le lien logique entre Indépendance et Responsabilité

- Mais l'indépendance n'exclut pas la Responsabilité

Au contraire

- L'indépendance se définit comme le fait de pouvoir décider sous la seule contrainte de la Règle de droit
- L'indépendance est le fait de n'obéir à personne sauf à la Loi (différence entre le juge et l'administrateur)
- L'indépendance, condition de l'impartialité
- Mais l'indépendance implique la responsabilité

I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

A. L'ARTICULATION ENTRE INDÉPENDANCE DU RÉGULATEUR ET RESPONSABILITÉ

1. Le lien logique entre Indépendance et Responsabilité

- Le Régulateur doit être responsable, par principe
- Mais il exerce un « pouvoir » avec une « violence légitime »
- En Ex Ante :
 - Utilisée d’une façon téléologique : mission du Régulateur
- En Ex Post :
 - Emprunt à la fonction juridictionnelle du juge
- Responsabilité sur comportement particulière : « faute lourde »

I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

A. L’ARTICULATION ENTRE INDÉPENDANCE DU RÉGULATEUR ET RESPONSABILITÉ

2. Le principe de responsabilité du Régulateur

- Difficulté technique : le Régulateur n'a pas toujours la personnalité morale
 - Or, l'on « répond » sur son patrimoine
- En outre, le Régulateur exerce son pouvoir au nom de l'État
- Principe de responsabilité de l'État du fait des régulateurs
 - Engagement de la responsabilité de l'État du fait des manquements procéduraux de la COB
 - Engagement de la responsabilité de l'État du fait des manquements de l'ARCEP

I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

A. L'ARTICULATION ENTRE INDÉPENDANCE DU RÉGULATEUR ET RESPONSABILITÉ

3. La responsabilité de l'État du fait des Régulateurs

- 1. Le Régulateur indépendant
 - N’obéit pas
 - Prend des décisions à portée politique
- 2. Ne répond pas devant le Parlement
 - « Parle » avec lui
 - Ne peut être destitué par lui
- 3. Ne répond pas devant le juge
 - Sa décision peut être « cassée » pour vice de « légalité »
 - « réformé » si le juge devient lui-même « régulateur » (contrôle des concentration ?)
 - Responsable si « faute lourde »
 - Responsabilité portée par l’État ...

I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

B. INDÉPENDANCE JURIDIQUE ET IRRESPONSABILITÉ POLITIQUE

1. Les effets de nature du Régulateur



I. LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES RÉGULATEURS

B. INDÉPENDANCE JURIDIQUE ET IRRESPONSABILITÉ POLITIQUE

2. Le Régulateur plus fort que tous ?

**I. LA PROBLÉMATIQUE DE
LA RESPONSABILITÉ DES
RÉGULATEURS**

**B. INDÉPENDANCE JURIDIQUE
ET IRRESPONSABILITÉ
POLITIQUE**

3. La contestation du « maître du jeu »

- Classiquement la responsabilité porte sur une personne
- Elle n'est donc pas un "outil structurel", contrairement à une "norme générale et abstraite"

Mais

- la personne morale est une organisation qui peut comprendre de très nombreuses personnes :
État ; BNPP, etc.

II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

A. LES EFFETS STRUCTURELS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉS

1. L'effet disciplinaire et comportemental de la responsabilité

- Classiquement la responsabilité porte sur une personne
- Elle n'est donc pas un "outil structurel", contrairement à une "norme générale et abstraite"

Mais

- Un "professionnel" = une profession
- Exemple :
 - Jurisprudence *Perruche* (Canivet)
 - Ass. Plén., 16 novembre 2000, P.
 - Cons. Const., QPC, 11 juin 2010, "loi anti-perruche"
- Banque, assurance, jurisprudence
- Responsabilité et assurance

II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

A. LES EFFETS STRUCTURELS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉS

1. L'effet disciplinaire et comportemental de la responsabilité

- Classiquement la responsabilité porte sur le passé
- “répondre”, c’est répondre du passé



II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

A. LES EFFETS STRUCTURELS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉS

2. L'ex ante cognitif de la responsabilité

Mais

- Les opérateurs organisés et anticipateurs s'ajustent **pour l'avenir**
- Soit se conforment
- Soit contournent
- Soit convainquent celui qui a engagé la responsabilité de changer sa "doctrine"
- Soit agissent sur le Législateur
- La responsabilité est :
 - Un apprentissage
 - Un **engagement unilatéral** de l'opérateur frappé
 - Un **engagement collectif** du secteur
 - Un **engagement réciproque** du secteur et du régulateur
- Supériorité de la responsabilité engagée par le Régulateur par rapport à la responsabilité engagée par le juge

II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

A. LES EFFETS STRUCTURELS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉS

2. L'ex ante cognitif de la responsabilité

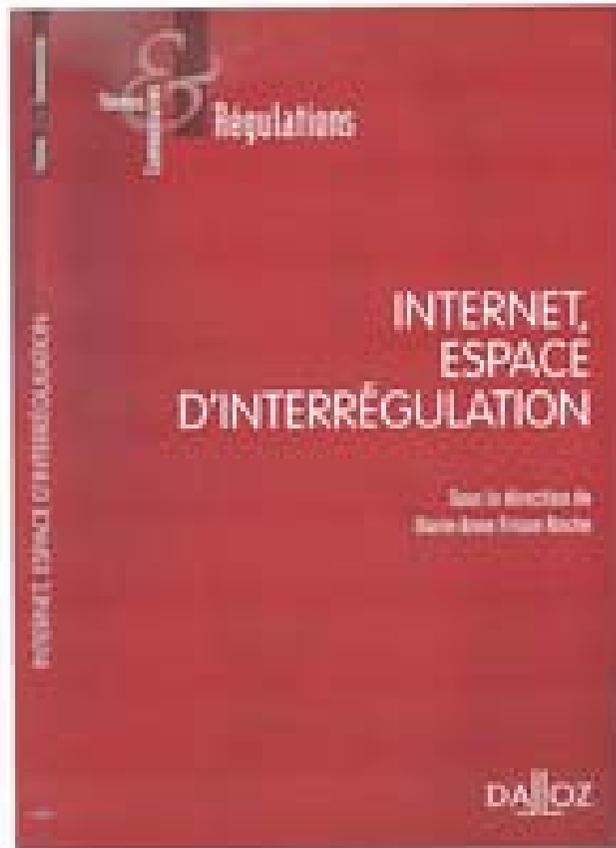
Mais

- Les opérateurs organisés et anticipateurs s'ajustent **pour l'avenir**
- Soit se conforment
- Soit contournent
- Soit convainquent celui qui a engagé la responsabilité de changer sa "doctrine"
- Soit agissent sur le Législateur
- La responsabilité est :
 - Un apprentissage
 - Un **engagement unilatéral** de l'opérateur frappé
 - Un **engagement collectif** du secteur
 - Un **engagement réciproque** du secteur et du régulateur
- Supériorité de la responsabilité engagée par le Régulateur par rapport à la responsabilité engagée par le juge

II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

A. LES EFFETS STRUCTURELS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉS

3. Le *continuum* des types de responsabilités et la conséquence sur le « dialogue » des juges



II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

B. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS, SOLUTION DES TROUS NOIRS RÉGULATOIRES

1. Responsabilité et espace numérique

- La régulation des agences de notation
 - Le “droit de noter” ?
 - La notation des produits défectueux ?
 - Les agences comme régulateurs ?
 - La responsabilité contractuelle ?
 - Un “contrat d’adhésion” ?
 - La responsabilité extra-contractuelle ?

- La responsabilité des États-Unis dans la crise financière mondiale ?
 - Les éléments juridiques objectifs d’un cas
 - Les éléments juridiques subjectifs d’un cas

- La responsabilité comme seule mode de régulation mondiale ?

II. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS COMME MOYEN DE RÉGULATION DU SECTEUR

B. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS, SOLUTION DES TROUS NOIRS RÉGULATOIRS

2. Responsabilité et crise financière

III. LE SYSTÈME DE LA RESPONSABILITÉ SELON LES OPÉRATEURS

A. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS NON-RÉGULÉS

1. La Responsabilité de l'opérateur ordinaire, conséquence de sa liberté

- C'est à l'**État** de faire respecter la Loi et les droits
- Pas à l'entreprise ordinaire dont le but est de concrétiser son « entreprises »: si c'est une entreprise commerciale, faire des profits.
- Si l'entreprise a souci d'autrui (RSE), c'est qu'elle s'y « engage » volontairement.
- La RSE ne saurait être obligatoire.
- Constitutionnalité du « devoir de vigilance » ?

III. LE SYSTÈME DE LA RESPONSABILITÉ SELON LES OPÉRATEURS

A. LA RESPONSABILITÉ DES OPÉRATEURS NON-RÉGULÉS

2. L'absence de « devoir général » à la charge d'un opérateur ordinaire dans une économie libérale

- Convergence entre sens juridique et sens commun
- Obligation de répondre du fait du pouvoir exercé
- Ce qu'il convient de penser : obligation de répondre du fait de la « position de pouvoir » détenu
- Emprunt à la notion de « pouvoir de marché » (droit de la concurrence)
- Ex ante : obligation de répondre = obligation d'agir

III. LE SYSTÈME DE LA RESPONSABILITÉ SELON LES OPÉRATEURS

B. LA RESPONSABILITÉ « PROACTIVE » DES OPÉRATEURS RÉGULÉS

1. La notion émergente de « responsabilité systémique »

- Les banques sont régulées et sont supervisées
- Elles sont en « position de pouvoir » car elles sont à la croisées des informations
- Elles doivent répondre et retransmettre les informations
- Déclaration de soupçon
- Obligation de compliance
- Interdiction d'ouvrir un compte à une société dont elle ne connaît pas le « réel bénéficiaire »

III. LE SYSTÈME DE LA RESPONSABILITÉ SELON LES OPÉRATEURS

B. LA RESPONSABILITÉ « PROACTIVE » DES OPÉRATEURS RÉGULÉS

2. La responsabilité grandissante des banques

**III. LE SYSTÈME DE LA
RESPONSABILITÉ SELON LES
OPÉRATEURS**

**C. LA RESPONSABILITÉ DES
OPÉRATEURS CRUCIAUX ?**

1. La notion d'opérateur crucial

**III. LE SYSTÈME DE LA
RESPONSABILITÉ SELON LES
OPÉRATEURS**

**C. LA RESPONSABILITÉ DES
OPÉRATEURS CRUCIAUX ?**

1. La notion d'opérateur crucial

**III. LE SYSTÈME DE LA
RESPONSABILITÉ SELON LES
OPÉRATEURS**

**C. LA RESPONSABILITÉ DES
OPÉRATEURS CRUCIAUX ?**

2. L'extension de la responsabilité
« proactive » aux opérateurs cruciaux

CONCLUSION

Enjeu actuel

Responsabilité

entre

économie libérale, responsable et régulée

Et

Économie administrée et paternaliste