

I-2.3: La neutralisation dans les secteurs économiques régulés par les techniques procédurales

Thierry Fossier, ancien Président de la chambre Concurrence et Régulation, Cour d'appel de Paris,
Conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹

En soi, la régulation n'appelle pas nécessairement un contrôle juridictionnel du régulateur, qu'il soit une administration ou une autorité indépendante. Ce régulateur, sommes toutes, pourrait avoir en toutes circonstances « le dernier mot ». Pourtant, moitié par conviction démocratique, moitié par prudence en raison de ses engagements internationaux, le législateur français s'est convaincu qu'un tel contrôle était indispensable. Mais qu'y cherche-t-il (I)? Quel avantage peuvent y voir les opérateurs économiques (II) ? Quel usage le juge a-t-il fait de ses pouvoirs au regard de ces attentes (III) ? Cela conduit à se poser la question de savoir si en matière de régulation, la question de la neutralité est-elle vraiment au programme (IV) ?

I. L'ATTENTE PAR LE LEGISLATEUR DE LA NEUTRALITE DU JUGE

On peut admettre que le législateur attend du juge une neutralité, c'est-à-dire en l'occurrence un tempérament à l'engagement du régulateur ; quand ce dernier, conduit par la passion de sa mission, a pu justifier les moyens par la fin, le juge adoptera attitude d'abstention. On peut aussi supposer, ce qui est le complément et non l'inverse de la conception précédente, que le législateur a voulu introduire un contrôle de la science juridique, réputée neutre, sur une action antérieure qui aura procédé fondamentalement de l'économie. Enfin et réciproquement, on peut être certain que le législateur n'a pas souhaité que le contrôle juridictionnel soit puissant, moins encore systématique.

Il n'est pas exagérément hardi d'avancer qu'aucun de ces postulats législatifs n'a la moindre réalité pragmatique.

L'abstentionnisme judiciaire est naturellement un leurre : la décision du juge est un acte à proprement parlé politique et, même à son corps défendant, le juge est dans l'arène. Le fondateur de la chambre Régulation économique de la cour d'appel de Paris, Guy Canivet, a dit et écrit plusieurs fois que le juge est en la matière un des acteurs de la régulation. Et il ne peut en être autrement. Une lecture insolente, mais pas fondamentalement inexacte, permettrait de classer chacune des juridictions concernées dans les écoles de la pensée économique.

Le deuxième postulat de la loi, la supériorité prétendument indispensable du droit sur l'économie, ne peut pas avoir le moindre sens, et je ne m'y appesantirai pas : qui croit encore que les deux « matières » sont distinctes ? Il fut d'ailleurs un temps, récent encore, où certains magistrats de la cour d'appel de Paris recevaient un enseignement de sciences économiques appliquées au droit.

Le dernier souhait du législateur, cette sorte de « un juge mais pas trop », a davantage de chances d'aboutir, mais pour de mauvaises raisons. Les opérateurs économiques saisissent le juge, on le verra plus loin, autant qu'ils le veulent, mais à la condition quand même d'y trouver une plus-value : ils sont opérateurs économiques jusqu'au bout, et ne font pas de philosophie. Le législateur peut chercher à les en empêcher en étouffant le juge. D'origine, c'est-à-dire dès 1986 pour le droit de la concurrence, le choix de l'ordre judiciaire, réputé pauvre et peu spécialisé, a pu procéder de cette volonté de maintenir le contrôle juridictionnel dans des limites basses. Mais il s'est trouvé des inventeurs, mes grands devanciers, pour relever le défi :

¹ Depuis la rédaction de cet article, l'auteur a été nommé Conseiller à la Cour de cassation.

le contrôle du droit de la concurrence par le juge judiciaire a bien fonctionné. Hélas, la période actuelle, très difficile, que traverse la cour de Paris est de nouveau le signe de ce que j'avance : l'étiollement notoire des moyens, au risque de l'érosion qualitative, est indubitablement une tactique ; ce serait déshonorant en tout cas d'y voir une inadvertance de l'exécutif ou des dirigeants du judiciaire.

II. LA DEMANDE DES ENTREPRISES D'UNE STRICTE NEUTRALITE JURIDICTIONNELLE

S'agissant de l'attente des opérateurs économiques, elle est peut-être plus strictement juridique que celle du législateur lui-même. Du moins peut-on en juger ainsi à la lecture des moyens, au sens procédural, articulés devant la cour d'appel de Paris et qui traduisent à la fois un besoin des entreprises de bénéficier des mêmes garanties devant toutes les autorités de marché (concurrence, marchés financiers, autorités sectorielles) ; et un besoin de débattre de leurs difficultés, bien naturellement pour expliquer ou excuser leurs comportements. Des garanties et un débat, voici l'attente des entreprises,

Pour qu'un droit commun procédural s'instaure, il faut qu'une norme de référence s'impose de manière égale à toutes les Autorités administratives indépendantes (AAI). Cette norme existe, serait-ce depuis peu. C'est naturellement l'article 6-1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), et de façon plus récente les articles 41 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adossée au Traité de Lisbonne, qui constituent ce socle, bien plus que nos codes de droit national. Les sanctions, considérées en droit européen comme relevant des peines, la régulation, considérée comme relevant de la procédure civile, sont encadrées de manière homogène pour toutes les AAI. Il y a là une forme de « culture » qui a gagné ou doit gagner AAI et juges, à la demande insistante, ancienne et explicite des opérateurs économiques. Nous verrons que la neutralité est au cœur de cette culture.

Notons par parenthèse, pour n'y plus revenir, qu'un droit commun procédural a besoin d'une unicité de contrôle juridictionnel. La répartition entre Conseil d'État et Cour de cassation ne pose pas ou ne pose plus problème, je n'y reviendrai pas ; la dualité des ordres de juridiction demeure certes une curiosité qui étonne les juristes étrangers, mais elle ne présente plus d'inconvénients significatifs pour ce qui nous intéresse ici. Quant au sein-même de la Cour d'appel de Paris, l'unicité de contrôle des AAI y est jalousement conservée. Des pressions se font jour périodiquement en faveur d'une grande « chambre de la concurrence » regroupant le contrôle de l'Autorité de la concurrence, le contentieux inter-entreprises de la concurrence, tandis que le contrôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF) serait dévolu à une petite chambre, distincte, du droit boursier, qui serait également chargé de l'indemnisation des épargnants floués. Ces pressions sont inefficaces parce qu'il apparaît que le droit de la régulation et des sanctions est un tout, précisément articulé autour de la procédure, et que l'Autorité de la concurrence, l'AMF, l'Autorité de régulation des communications (ARCEP), celle de l'énergie (CRE) et celle des activités ferroviaires (ARAF) réussissent ou échouent toujours de la même manière, à savoir par la qualité formelle de leurs pratiques, qu'elles soient régulatrices ou sanctionnatrices ; que cette qualité défaille, par autoritarisme ou par laisser-aller, et les actions menées finiront par manquer leur but. Il faut dire au passage, que l'adjonction des contentieux douanier et fiscal aux autres attributions de la chambre n'est pas un hasard : ces contentieux sont aussi principalement procéduraux et ont la même finalité régulatrice de l'économie et sanctionnatrice des entreprises.

Il est probable que les entreprises ont d'autant plus besoin de ce « droit commun procédural », qu'il ne faut pas exclure que si les AAI et leurs juges de contrôle sont en décalage, en retard, sur le terrain procédural, à cause de la dispersion des méthodes et éventuellement de résistances au progrès, d'autres processus non moins efficacement régulateurs verront le jour puis prendront le pas. On songe à l'action de groupe. On songe même à la procédure pénale qui

peut, en droit de la concurrence en tout cas, déboucher sur des sanctions nettement plus efficaces que l'amende, telles que l'interdiction de gérer, l'interdiction d'accès aux marchés publics, les fermetures d'établissements, les saisies ou confiscations des stocks ou de machines ... Et l'idéal d'une AAI chargée des poursuites portées ensuite devant un vrai tribunal répressif indépendant, composé de juges spécialisés, commence à convaincre nos élites dans d'autres domaines du droit répressif de l'entreprise. Les opérateurs économiques ne tiennent pas, c'est un euphémisme, à ce que de telles évolutions se produisent.

Enfin, il est évident que ce que les entreprises viennent chercher dans le palais de justice, c'est un lieu d'expression, que les AAI n'ont pas le temps ou la culture professionnelle de leur offrir. Ca n'a jamais été aussi vrai : la période de crise que nous traversons est l'occasion de découvrir ou redécouvrir les vertus de la discussion, par écrit ou par oral ; jamais les investisseurs ou les entreprises n'ont eu autant envie ou besoin de s'exprimer, d'expliquer leurs difficultés, et si les AAI ne peuvent le leur proposer, les juges de contrôle ne sauraient se dérober à ce qui devient leur loi, générale et impérative : le débat contradictoire, en tant que mission de service public,

III. LA RECEPTION PAR LE JUGE DES ATTENTES DU LEGISLATEUR ET DES ENTREPRISES

Quel usage le juge a-t-il fait de ces diverses attentes, et a-t-il atteint la neutralité ?

En somme, quel est le rôle du juge dans la régulation économique ? Ce rôle s'articule évidemment autour des trois missions fondamentales de la juridiction : ouvrir le débat (a), évaluer les preuves (b), accorder la force exécutoire à une partie. Cette dernière dimension de la Justice (la sanction, sous tous ses aspects) ne sera pas ici abordée car elle ne peut fonder une unicité procédurale.

a- Le débat

On a pu douter que la qualité du débat soit une fin en soi, et écrire que la régulation et les sanctions s'accommodaient bien mal des droits de la défense, ou même risquaient de s'affaiblir dramatiquement. Je pense exactement l'inverse : aucune AAI, régulatrice ou sanctionnatrice, n'a un intérêt bien pensé à fragiliser ses décisions en empêchant les entreprises ou les investisseurs de s'exprimer comme ils le veulent, dans les seules limites du raisonnable. C'est l'une des dimensions de l'arrêt *HADAD* de 1996².

Les limites sont connues. Il s'agit de laisser subsister une phase inquisitoire au début de toute procédure.

Ceci dit, une tendance nettement extensive se fait pour dans les arrêts de la Cour d'appel et même de la Cour de cassation. C'est ce qu'on peut lire dans la cassation intervenue le 7 janvier 2011 dans l'affaire *Philips-Sony*³ qui (ne serait-ce qu'au visa du Code de procédure civile) introduit l'idée d'un contrôle lourd sur les modalités de l'enquête. C'est plus humblement ce que la Cour d'appel a introduit avec ses arrêts *ITS* (9 septembre 2010) ou *Kelly* (20 mars 2010)⁴, qui inaugurent un contrôle des saisies de courrier, ou de la loyauté des auditions par les enquêteurs. C'est aussi ce qui a pu amener l'AMF, hélas, seule pour le moment à le faire, à édicter une "charte de l'enquête" et à prévoir un récapitulatif de l'enquête annexe à la notification de griefs. C'est enfin ce qui a pu guider les arrêts dits » Parfums » (celui de la Cour d'appel de

² Com, 9 avril 1996, *Haddad*, pourvoi n° 94-11,323, Bull. civ., IV, n° 115

³ Cass, Plénière, 7 janv, 2011, *Philips-Sony*, pourvoi n° 09-14,667, Bull. civ., Ass. Plén. n° 1.

⁴ Paris, chambre 5-7, *International Technology Selection*, 9 septembre 2010, affaire n° 2010-00128 ; *Kelly*, 30 mars 2010, affaire n° 2009-13348.

Paris du 10 novembre 2009⁵, puis celui de la chambre commerciale de la Cour de cassation⁶, lequel entérine remarquablement l'idée qu'une enquête trop longue puisse porter atteinte aux droits de la défense).

On le voit, on est bien loin du temps où le juge de contrôle se contentait d'apprécier, certes avec une vigueur intraitable, les conditions de l'audience et celles du délibéré (voir à ce sujet, l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, *Oury*, du 5 février 1999⁷, dont l'arrêt de la chambre Concurrence et régulation de la Cour d'appel de Paris, *Cemex*⁸, du 27 janvier 2011 est un lointain écho), et négligeait ouvertement l'amont - le contrôle de la notification des griefs ou du délai laissé entre le rapport et l'audience -, et laissait se développer, pour chaque AAI, des habitudes plus ou moins bonnes de travail.

Un "modèle neutre" est-il acquis, pour autant, aux entreprises ou investisseurs ? Il ne pourrait l'être qu'en approchant de la juridictionnalisation pure et simple des AAI de régulation économique et de sanctions. Tel n'est pas le cas (voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris *Orange Caraïbes* du 23 septembre 2010⁹), tout simplement parce que la Cour de Justice de l'Union Européenne comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme se contentent d'entités administratives, même partisans ou brutales, à la seule condition (fort critiquable et sur laquelle, voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris *Graça c/ AMF* du 16 juin 2009¹⁰) qu'un juge digne de ce nom intervienne finalement. Le juge de recours qui contrôle une procédure arbitraire peut-il être neutre ? Certes non : il s'efforce, au besoin en adoptant divers contrepieds, de rectifier des anomalies. Et c'est précisément ce qui a été reproché à la cour d'appel de Paris dans la période récente : donner des coups de barre qui ont été vécus comme des agressions contre les AAI, l'Autorité de la concurrence en particulier.

Du moins, pourrait-on espérer que la recherche de la preuve obéisse rigoureusement aux mêmes exigences pour toutes les AAI et prélude ainsi à la découverte d'une vraie neutralité.

b- La preuve

Telle est la vraie justice, celle du sens commun : accumuler des preuves, loyales et discutées.

Sur la *loyauté* de la preuve, je ne développerai pas davantage: l'affaire *Sony-Philips*, déjà évoquée, est exemplaire du débat. Il n'y aurait beaucoup à écrire sur ce sujet que si j'avais choisi de parler des visites domiciliaires, spécialement des saisies de messageries, mais je laisserai cela au débat éventuel avec la salle. La *discussion* de la preuve, en revanche, serait un bon moyen d'atteindre à la neutralité du juge.

Il faut bien dire que cette discussion ne porte pas, en l'état de notre réflexion, sur l'usage que *le rapporteur* fait de sa liberté d'action : celle-ci est systématiquement consacrée par la Cour d'appel, ce qui ne peut manquer de favoriser une obscurité, qui augure mal de la neutralité de la décision, celle de l'AAI d'abord, celle du juge de contrôle ensuite, pour des raisons à la fois techniques et pratiques que cet exposé ne permet pas de détailler.

En revanche, selon la Cour d'appel, la discussion doit être intense sur *la valeur* des preuves réunies. La consultation du dossier, par exemple, est une exigence ancienne de la Cour, et n'a de sens que si elle ouvre un débat, à un stade approprié de la procédure de chaque

⁵ Paris, chambre 5-7, *Ministre de l'Economie c/ Shiseido et al. et al.*, 10 novembre 2009, affaire n° 2008-18277

⁶ Com., 23 nov, 2010, pourvoi n° 09-72,031.

⁷ Revue de droit bancaire et bourse, 1999, 33, obs. M.-A. Frison-Roche.

⁸ Cour de Paris, chambre 5-7, *Cemex*, 27 janvier 2011, affaire n° 2010-04297.

⁹ Cour de Paris, chambre 5-7, *Orange Caraïbes* du 23 septembre 2010, affaire n° 2010-00163.

¹⁰ Cour de Paris, chambre 5-7, *Graça-AMF* du 16 juin 2009, affaire n° 2009-02354.

AAI. Autre exemple : la motivation de la décision finale de l'AAI est sévèrement contrôlée par la Cour d'appel, justement parce que c'est le biais adéquat d'examen de la valeur des preuves.

A vrai dire, la Cour d'appel exerce ce contrôle de motivation, plus souvent aux dépens de l'Autorité de concurrence que de l'AMF, de l'ARCEP ou de la CRE, en se référant constamment au droit répressif général, ce qui a pu dérouter quelques hyper-spécialistes.

Enfin, il faut bien dire que ce contrôle, qui constitue la clef de la neutralité parce qu'il est au cœur de la protection des droits de la défense, nécessite des moyens humains et matériels, que nous n'avons tout simplement pas, et des moyens intellectuels, que parfois nous n'avons pas lorsqu'il s'agit d'aborder la dimension purement économique d'un dossier complexe. C'est cette considération qui m'a conduit à mettre en place pour un dossier relatif à la tarification interbancaire, examiné à la fin de 2011, une procédure spéciale d'audition d'économistes, avant d'entendre les avocats et les défenseurs de l'Autorité de concurrence.

IV. LE POINT D'ABOUTISSEMENT DES METHODES DE NEUTRALITE DU JUGE

Je voudrai, pour tenter d'évaluer le point d'aboutissement de l'effort de neutralité, relever ou rappeler que la Cour d'appel de Paris souhaite vivement, parce que c'est sa vocation historique et même "structurelle", aboutir à une forme de neutralité, même si ça ne doit pas être celle, mythique, que préconise le législateur ; qu'elle est cependant au milieu du gère et n'ira guère plus loin sans la Cour européenne des droits de l'Homme ou la Cour de justice de l'Union européenne. Et je voudrais aussi indiquer ceci : les schémas préconçus, les organigrammes savants ou prudents, ne sont pas indispensables pour protéger les droits de la défense dès l'amont du juge et permettre ainsi véritablement à celui-ci de prétendre à une forme de neutralité; par exemple, l'Autorité de la concurrence n'a pas de commission des sanctions, ce n'est pas seulement pour cette raison mais pour d'autres, que les entreprises ne s'y sentent pas comprises ni même entendues. La Cour d'appel de Paris a et aura longtemps une approche pragmatique et au-cas-par-cas des droits de la défense.